

**REVISTA PERUANA DE
DERECHO
CONSTITUCIONAL
N° 14**

**NUEVO CÓDIGO PROCESAL
CONSTITUCIONAL**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

**REVISTA PERUANA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**

Nº 14

**NUEVO CÓDIGO PROCESAL
CONSTITUCIONAL**

**REVISTA PERUANA DE DERECHO
CONSTITUCIONAL**
Nº 14

**NUEVO CÓDIGO PROCESAL
CONSTITUCIONAL**



CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

© TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los Cedros núm. 209 - San Isidro - Lima

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL N° 14
NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

N° 14– Nueva Época – diciembre de 2022

Director: Helder Domínguez Haro

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2023-06517

ISSN: 2222-0615

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright

Edición digital elaborada en la Dirección de Publicaciones y
Documentación del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal
Constitucional

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERU**

Presidente

Francisco Morales Saravia

Vicepresidente

Luz Pacheco Zerga

Magistrados

Gustavo Gutiérrez Ticse
Helder Domínguez Haro
Manuel Monteagudo Valdéz
César Ochoa Cardich

**CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**

Director General

Helder Domínguez Haro

Director de Publicaciones y Documentación

Alfredo Orlando Curaca Kong

Directora de Estudios e Investigación

Nadia Paola Iriarte Pamo

**REVISTA PERUANA
DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

Director

Helder Domínguez Haro

Consejo Editorial

Edgar Carpio Marcos

Nadia Paola Iriarte Pamo

Alfredo Orlando Curaca Kong

Alex Ulloa Ibáñez

Luis R. Sáenz Dávalos

Berly López Flores

Contenido

Helder Domínguez Haro

PRESENTACIÓN.....	15

SECCION ESPECIAL

(Nuevo Código Procesal Constitucional)

Rafael Rodríguez Campos/William Jesús Oblitas Villalobos.

ACIERTOS Y DESAFÍOS DEL PRIMER AÑO DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	23

Edwin Figueroa Gutarra

¿DÉFICITS DE DELIBERACIÓN Y REFLEXIÓN? COMENTARIOS A LA STC 0025-2021-PI/TC SOBRE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	38

Jhonny Tupayachi Sotomayor.

NI URGENTE, NI NECESARIO; MÁS BIEN: DESASTROSO. REFLEXIONES SOBRE LOS EFECTOS DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITU- CIONAL A UN AÑO DE VIGENCIA.....	53

José F. Palomino Manchego/Dante Paiva Goyburu.

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PERUANA: LA IMPORTANCIA DEL TÍTULO PRELIMINAR.....	84

Luis Roel Alva.

ANÁLISIS DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	102

José Reynaldo López Viera.

ANÁLISIS ESTRUCTURAL DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL NUEVO CÓ- DIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	131

Enrique Pestana Uribe

ANÁLISIS EXEGÉTICO DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	176

<i>Víctor García Toma.</i>	
LOS ARTÍCULOS I AL IV DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	201
<i>Luis R. Sáenz Dávalos.</i>	
EL PRECEDENTE VINCULANTE EN MATERIA CONSTITUCIONAL Y SU TRATAMIENTO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	239
<i>Luis Castillo Córdova.</i>	
EL PRECEDENTE Y EL DERECHO CONVENCIONAL EN EL NUEVO CÓ- DIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	287
<i>Guillermo Martín Sevilla Gálvez</i>	
EL PROCESO DE HABEAS CORPUS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	313
<i>Miguel P. Vilcapoma Ignacio.</i>	
ALGUNOS ASPECTOS DEL HÁBEAS CORPUS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	336
<i>Óscar Urviola Hani.</i>	
MODIFICACIONES AL PROCESO DE AMPARO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	354
<i>Berly Javier Fernando López Flores.</i>	
PROCEDENCIA DEL AMPARO RESPECTO DE RESOLUCIONES JUDICIALES.....	367
<i>María Candelaria Quispe Ponce.</i>	
EL PROCESO DE HABEAS DATA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. LAS MODIFICATORIAS INCORPORADAS POR LA LEY N° 31583.....	384
<i>Mosi Marcela Meza Figueroa.</i>	
LA MALICIA PROCESAL EN EL HABEAS DATA. UNA REVISIÓN DE LOS COSTOS EN LAS RECIENTES MODIFICACIONES AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	407
<i>José Humberto Ruiz Riquero.</i>	
LA DICOTOMÍA ENTRE LA VINCULATORIEDAD DEL PRECEDENTE VILLANUEVA VALVERDE Y LAS REGLAS ACTUALES DEL PROCESO DE CUMPLIMIENTO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	429

Doris Cajincho Yáñez.

ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIAS ANTICIPATORIAS EN PROCESOS CONSTITUCIONALES.....	456

Silvia H. Sánchez Gómez.

EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES.....	471

Carolina Loayza-Tamayo.

LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y SU REGULACIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS.....	504

SECCIÓN MISCELÁNEA

Pablo Luis Manili.

LOS DECRETOS DE CONTENIDO LEGISLATIVO EN EL DERECHO CONS- TITUCIONAL COMPARADO.....	529

Alfonso Celotto.

L'ETÀ DEI "NON" DIRITTI.....	548

Carlos Hakansson Nieto.

EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES Y SU CONTENIDO PARA EL EJERCICIO DE LAS RELACIONES EJECUTIVO-LEGISLATIVO A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS N°s 0006-2018-PI/TC Y 0006-2019-CC/TC.....	637

Miguel Alejandro Estela La Puente.

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL MARCO DE SU INCORPORACIÓN AL PROCESO PENAL PERUANO: CRITERIOS JURISPRUDENCIALES INTERAMERICANOS, CONSTITUCIONALES Y PENALES.....	668

Fernando Berrios Gutarra.

EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	683

Fernando Delgado Alvizuri.

LA JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL CONFLICTO COMPETENCIAL; APROXIMACIONES DESDE LOS PRINCIPIOS Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.....	700

SECCIÓN JURISPRUDENCIA COMENTADA

Alfredo Orlando Curaca Kong.

EL DERECHO AL OLVIDO Y SU RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL.
COMENTARIOS A LA STC 03041-2021-PHD/TC..... 717

Nadia Paola Iriarte Pamo.

DERECHO A LA IGUALDAD Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN
POR RAZÓN DE SEXO (EMBARAZO). COMENTARIO A LA SENTENCIA 254/2022
(EXPEDIENTE 02748-2021-PA/TC) 730

Luis Miguel La Torre.

LA PERCEPCIÓN SIMULTÁNEA DE PENSIÓN Y REMUNERACIÓN
EN EL ESTADO. A PROPÓSITO DE LO REGULADO EN EL
ARTÍCULO 40 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993.
COMENTARIOS A LA STC 1/2022
(EXPEDIENTE 03432-2018-PA/TC) 744

13

SECCIÓN CLÁSICOS

Francisco Pacheco.

ESCLARECIMIENTOS A LA CONSTITUCIÓN DADA AL PERÚ
EN EL AÑO DE MIL OCHOCIENTOS VEINTIOCHO..... 768

SECCIÓN RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

Francisco Távara Córdova.

EL PODER DE LA JUSTICIA. FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN DE MAGISTRADOS
EN EL PERÚ (SU ENCUADRE CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ) 819

Alex Ulloa Ibáñez.

LA SOCIEDAD PATRIÓTICA DE LIMA 1822. DEBATE SOBRE LA FORMA DE
GOBIERNO MÁS ADAPTABLE AL ESTADO PERUANO..... 824

SECCIÓN DOCUMENTOS

ACTA DE CERRO DE PASCO CESACIÓN DE JOSÉ RUFINO ECHENIQUE AL CARGO DE PRESIDENTE.....	829

Presentación:

Los primeros pasos, desarrollo y transformación de la Revista Peruana de Derecho Constitucional

Me complace presentar a la comunidad jurídica el número 14 de la Revista Peruana de Derecho Constitucional, revista oficial del Tribunal Constitucional, dedicado al nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 31307, modificada por la Ley 31583.

La Revista Peruana de Derecho Constitucional (en adelante RPDC), a cargo del renovado Centro de Estudios Constitucionales (en adelante CEC), constituye una de las primeras expresiones de índole académico y debate constitucional no sólo del máximo y supremo intérprete de la Constitución sino también en el escenario jurídico del país, hecho que justifica dedicar algunas pinceladas históricas de su formación y dentro del marco de la evolución de las revistas jurídicas en el Perú.

Cabe señalar a modo de repaso en el tiempo, que desde la etapa republicana se viene publicando revistas jurídicas en el Perú. Desde sus inicios nacerán revistas de carácter general, como sucede con “La Gaceta de los Tribunales” (1860)¹, para luego entrar en el ruedo revistas por materia jurídica específica dado el orden de la realidad existencial. Así, en la década de los 80 del siglo pasado nace “Lecturas sobre Temas Constitucionales” y luego en los años 90 “Lecturas Constitucionales Andinas” -propiamente una publicación periódica-, ambas de la Comisión Andina de Juristas y en una etapa de escasez de publicaciones y textos especializados en materia constitucional y de crisis económica; asimismo surge “Pensamiento Constitucional” de la Maestría en Derecho Constitucional de la Escuela de Graduados de la PUCP (1994).

En este período de transición entre dos épocas, brota la RPDC, formando parte del desarrollo del constitucionalismo peruano en una coyuntura difícil, post autogolpe, cuando el Tribunal Constitucional tenía cuatro magistrados, y en tiempos donde era ineludible plasmar los valores constitucionales en la

¹ Como dato en el ámbito comparado, en España desde el año 1853 se viene publicando periódicamente la conocida Revista General de Legislación y Jurisprudencia, fundada por José Reus y García.

construcción de una “civilización constitucional”. Posterior a su circulación aparecerán, ya en el presente siglo XXI, la “Revista Peruana de Derecho Público” por iniciativa de Domingo García Belaunde, cuyo contenido es básicamente en materia constitucional; “Justicia Constitucional” de Palestra, cuyo primer número fue dedicado a la reforma constitucional -y no podía ser de otro modo-, “Gaceta Constitucional” del Grupo Gaceta Jurídica, la revista “Estado Constitucional”, entre otras, en pleno despegue de la *iurisdictio* constitucional con la participación activa del Tribunal Constitucional y su jurisprudencia (nace el precedente vinculante). Son tiempos de constitucionalización del derecho, del ordenamiento jurídico peruano.

Ahora bien, entrando a la génesis de la RPDC, su primer número fue autorizado mediante Resolución Administrativa n.º 067-99-P/TC del 7 de setiembre de 1999, con un tiraje de 1000 ejemplares, y se materializó en octubre de ese año, como “medio de difusión del pensamiento jurídico constitucional”. Cronológicamente precede en existencia al propio CEC cuyo origen se remonta al 2004 según la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. El primer director fue el ex magistrado José García Marcelo, fungió como secretario de redacción en aquella ocasión el asesor jurisdiccional Edgar Carpio Marcos (hoy director ejecutivo del CEC) y el primer consejo asesor estuvo integrado por los constitucionalistas Alfredo Quispe Correa (†), José Palomino Manchego, Gerardo Eto Cruz y Luis Sáenz Dávalos.

De acuerdo a la referida resolución, el Tribunal Constitucional distribuiría gratuitamente los ejemplares entre los colaboradores extranjeros y nacionales, las instituciones académicas del Perú y del extranjero, los Tribunales Constitucionales de América y Europa u órganos jurisdiccionales afines, así como entre los altos funcionarios del Estado peruano. De este modo, se aprecia que el guardián y supremo intérprete de la Norma Fundamental buscó desde el inicio fomentar el conocimiento y la discusión en materia constitucional, como medio adecuado para el labrado de una elevada cultura constitucional y la verdadera forja de nuestro Estado Constitucional.

Este primer número de la RPDC recopiló trabajos de ilustres doctrinarios extranjeros como los doctores Héctor Fix-Zamudio (†), Jorge Carpizo (†), Víctor Martínez Bullé Goyri y Manuel Becerra Ramírez, de México; Germán Bidart Campos (†) y Ricardo Haro, de Argentina; Francisco Fernández Segado, de España; Jaime Vidal Perdomo (†), de Colombia; y José Afonso Da Silva y José Alfredo De Oliveira Baracho (†), de Brasil. Asimismo, la primera revista tuvo el valioso concurso de autores nacionales como Víctor García Toma, Gerardo Eto Cruz, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Juan Carlos Morón Urbina, Luis Sáenz Dávalos y Edgar Carpio Marcos.

En aquella oportunidad se mencionó en la presentación que la creación de una revista jurídica constituye moneda corriente cuando la voluntad y el entusiasmo por la investigación del Derecho, intentan materializar en la realidad el objetivo de canalizar opiniones e inquietudes hacia el público especializado o, por lo menos, medianamente informado; pero que mantener la pervivencia de una publicación ya es otra cosa y tiene que ver con un compromiso bastante más complicado, que trasunta lo meramente coyuntural².

Pues bien, a través de los años y gracias a la voluntad, la entrega y el esfuerzo de los magistrados, funcionarios y demás colaboradores del Tribunal Constitucional y del CEC, así como a la generosa colaboración de distintos profesionales nacionales y foráneos, el compromiso se ha mantenido o, si se quiere, se ha renovado gradualmente, pues a la primera publicación de la RPDC le siguieron el número 2, que data del año 2000, y dedicada a un pluralidad de temas con relevancia constitucional; y después de un prolongado silencio, resurge con el número 3/2010 instituyéndose un espacio importante para analizar un tema constitucional en específico, en esta ocasión dedicado a la “Democracia representativa y el Derecho electoral”; el número 4/2011 sobre el “Control constitucional y arbitraje”; el número 5/2012 etiquetado “Constitución económica: desarrollo, medio ambiente y conflicto social”; el número 6/2013 referido a la “Reforma constitucional, política y electoral”; el número 7/2014 abordó la “Descentralización: retos y perspectiva”, a cargo ya del CEC (desde este momento el órgano académico y de investigación del Tribunal Constitucional asumió la dirección); el número 8/2015, referido a “La especial trascendencia constitucional”; el número 9/2016 sobre “La cosa juzgada constitucional”; el número 10/2017, rotulado “Mujer y Constitución”; el número 11/2019 titulado “Migración y derechos fundamentales”; el número 12/2020 sobre “Historia constitucional”; y, finalmente, el número 13/2021 sobre “Constitución y naturaleza”. Todas se pueden ubicar en el portal web del Tribunal Constitucional.

A lo largo de todo este período de tiempo la RPDC ha sabido ganarse un merecido espacio en el foro académico, al punto que ahora ha alcanzado un indiscutible renombre no solo a nivel nacional también en otros continentes. No por nada además de los autores extranjeros antes citados han escrito o colaborado de algún modo para ella profesores de la talla de Peter Haberer, Luigi Ferrajoli, Néstor Pedro Sagüés, Giancarlo Rolla, Javier de Lucas, Roberto Blanco Valdés, Alessandro Pace, Carlos Ruiz Miguel, Humberto Nogueira Alcalá, Tania Groppi, Pablo Luis Manili, Luiz Pinto Ferreira (†), Luis María Díez-Picasso, Jorge Alejandro Amaya, Pablo Lucas Murillo de La Cueva, Javier Tajadura Tejada, Víctor Bazán, Dieter Nohlen, Avigail Eisenberg, Marco

² Tribunal Constitucional (1999). Presentación. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, 1, 9.

Olivetti, Jordi Nieva Fenoll, Gloria Poyatos i Matas y Martha Cecilia Paz, entre otros.

El camino recorrido ha sido largo, pero, siendo sinceros, muy gratificante. No obstante, toca de ahora en adelante dar un siguiente paso en procura de alcanzar nuevos y decisivos retos, aspecto sobre el cual nos referiremos más adelante.

En esta oportunidad, en atención al tema abordado en la sección especial, sobre el del nuevo Código Procesal Constitucional como ya se ha mencionado, se han tratado de reunir con orden lógico y secuencial importantes trabajos de reconocidos autores nacionales que plantean, desde diversos aspectos, sus puntos de vista -a veces contrapuestos-, sobre el nuevo Código Procesal Constitucional o sobre alguna innovación traída consigo.

18

De este modo, aparecen en primer orden tres trabajos relacionados en sí con la aprobación del reciente código adjetivo constitucional. Así, el artículo denominado “*Aciertos y desafíos en el primer año de aplicación del nuevo Código Procesal Constitucional*” de los abogados William Jesús Oblitas Villalobos y Rafael Rodríguez Campos, se refiere, entre otros aspectos, a los retos que ha afrontado la aplicación del nuevo Código Procesal Constitucional en su primer año de vigencia. Por su parte, el interesante trabajo del destacado juez superior del Poder Judicial Edwin Figueroa Gutarra, denominado “*¿Déficits de deliberación y reflexión? comentarios a la STC 0025-2021-PI/TC sobre el nuevo Código Procesal Constitucional*”, nos ofrece un análisis especializado sobre los votos que se adoptaron en el proceso de inconstitucionalidad promovido contra la Ley 31307 (nuevo Código Procesal Constitucional), su puntual posición sobre el tema, así como sobre algunas novedades que aparecen en la regulación del nuevo Código.

Finalmente, el trabajo del profesor Jhonny Tupayachi Sotomayor, intitulado “*Ni urgente, ni necesario; más bien, desastroso. Reflexiones sobre los efectos del Código Procesal Constitucional a un año de su vigencia*”, nos da, como se puede colegir, una mirada muy crítica sobre la necesidad de haberse aprobado un nuevo Código Procesal Constitucional en el Perú en reemplazo del primer código correspondiente al 2004; y un estudio sobre los visos de inconstitucionalidad advertidos, según el autor, en algunos de sus artículos.

A renglón seguido, y teniendo en consideración el esquema temático del nuevo Código Procesal Constitucional, siguen una serie de interesantes trabajos dedicados al título preliminar. Ahí está, por ejemplo, el de los iusconstitucionalistas José F. Palomino Manchego y Dante Paiva Goyburu, denominado “*La jurisdicción constitucional peruana: la importancia del título preliminar*”; el del ex congresista y uno de los principales promotores de la

aprobación de un nuevo Código Procesal Constitucional, Luis Roel Alva, titulado “*Análisis del título preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional*”; el de José Reynaldo López Viera, llamado “*Análisis estructural del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional*”; el de Enrique Pestana Uribe, rotulado “*Análisis exegetico del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional*”; y del ex Presidente del Tribunal Constitucional Víctor García Toma, denominado “*Los artículos I al IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*”. En todos estos aportes, se estudian con particular prolijidad diversos aspectos relacionados con el Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional.

La figura del precedente vinculante, también regulada en el Título Preliminar del código adjetivo constitucional, es analizada por el asesor jurisdiccional Luis R. Sáenz Dávalos en el trabajo denominado “*El precedente vinculante en materia constitucional y su tratamiento en el nuevo Código Procesal Constitucional*”; así como por el doctor Luis Castillo Córdova en “*El precedente y el Derecho Convencional en el nuevo Código Procesal Constitucional*”. En el primero, entre otros tópicos de relevancia, se analiza de forma notable la nueva figura del precedente que puede dictar ahora el Poder Judicial en los procesos constitucionales de acción popular, las implicancias de esta nueva figura y los problemas jurídicos que puede conllevar. En el segundo, se examina primordialmente la figura del precedente vinculante y su relación con las fuentes originadas en el Derecho Convencional.

Guillermo Sevilla Gálvez y Miguel Vilcapoma Ignacio se encargan del proceso de habeas corpus con sus interesantes artículos denominados “*El proceso de habeas corpus en el nuevo Código Procesal Constitucional*” y “*Algunos aspectos del hábeas corpus en el nuevo Código Procesal Constitucional*”, respectivamente. Seguidamente, el ex presidente del Tribunal Constitucional, Óscar Urviola Hani, estudia las innovaciones al proceso de amparo en su artículo “*Modificaciones al proceso de amparo en el Nuevo Código Procesal Constitucional*”. Asimismo, este proceso constitucional, en particular el subtipo de amparo contra resoluciones judiciales, es también analizado por Berly López Flores, actualmente jefe de gabinete del Tribunal Constitucional, en su artículo “*Procedencia del amparo respecto de resoluciones judiciales*”. Todos estos trabajos son de obligatoria revisión para el lector.

Por su lado, las novedades sobre el proceso de habeas data las toca María Candelaria Quispe Ponce en “*El proceso de Habeas Data en el nuevo Código Procesal Constitucional. Las modificatorias incorporadas por la Ley 31583*”, así como Mosi Marcela Meza Figueroa en su trabajo “*La malicia procesal en el Habeas Data. Una revisión de los costos en las recientes modificaciones al Nuevo Código Procesal Constitucional*”. Por lo demás, la problemática originada de la nueva regulación del proceso de cumplimiento en relación con

las reglas de procedencia ya establecidas del precedente Villanueva Valverde es tratada por José Humberto Ruiz Riquero en *“La dicotomía entre la vinculatoriedad del precedente Villanueva Valverde y las reglas actuales del proceso de cumplimiento en el Nuevo Código Procesal Constitucional.”*

Por último, en esta sección especial de la revista se encuentran las no menos importantes contribuciones de Doris Cajincho Yáñez, sobre *“Actuación inmediata de sentencias anticipatorias en procesos constitucionales”*; Silvia H. Sánchez Gómez, sobre *“Ejecución de sentencias constitucionales”*; y Carolina Loayza-Tamayo, titulado *“La jurisdicción internacional y su regulación en el Nuevo Código Procesal Constitucional. Aspectos problemáticos”*. En las dos primeras se estudia acuciosamente la ejecución de las sentencias constitucionales de conformidad con la nueva regulación procesal constitucional, mientras que en el tercero la profesora Loayza-Tamayo nos muestra los aspectos problemáticos que presentan los artículos 122 y 123 del nuevo Código Procesal Constitucional, reglamentarios del artículo 205 de la Constitución sobre la jurisdicción supranacional.

20

Continuando con lo que es ya una sana práctica, este número de la RPDC tiene también una sección miscelánea en la que se evidencian aportes en diferentes materias. Así, en esta parte de la revista aparecen los trabajos del ilustre profesor argentino Pablo Luis Manili, denominado *“Los decretos de contenido legislativo en el Derecho Constitucional comparado”*, y del no menos destacado profesor italiano Alfonso Celotto, llamado *“L’età dei ‘non’ diritti”*, mostrado en su idioma original. En esta parte está también el aporte del doctor Carlos Hakansson Nieto, titulado *“El principio de separación de poderes y su contenido para el ejercicio de las relaciones ejecutivo-legislativo a propósito de las sentencias N°s 0006-2018-PI/TC y 0006-2019-CC/TC”*; el de Miguel Alejandro Estela La Puente, denominado *“El derecho fundamental de defensa de las personas jurídicas en el marco de su incorporación al proceso penal peruano: criterios jurisprudenciales interamericanos, constitucionales y penales”*; el de Fernando Berrios Gutarra, llamado *“El proceso de inconstitucionalidad”*; y el de Fernando Delgado Alvizuri, intitulado *“La justificación constitucional del conflicto competencial; aproximaciones desde los principios y la jurisprudencia constitucional”*. Todo ellos de mucha calidad.

Aparecen también en la presente edición de la RPDC las respectivas secciones de jurisprudencia comentada, clásicos, documentos y reseñas bibliográficas, cuya incorporación es ya una buena costumbre en cada uno de los últimos números. Es de resaltar en la sección clásicos la publicación de Francisco Pacheco *“Esclarecimiento a la Constitución dada al Perú en el año de mil ochocientos veintiocho”*, material obligatorio en todo repertorio de

historia constitucional del Perú. En definitiva, estamos ante un esfuerzo editorial valioso el que tiene entre manos el lector, y no dudamos de su utilidad para los interesados y contribuirá decididamente al comentario académico y al debate especializado. Con esta revista, el Tribunal Constitucional marca nuevamente presencia institucional.

Decidido es también el apoyo del colegiado del Tribunal Constitucional, en especial de la Presidencia, asumida algunos meses atrás por el magistrado Francisco Morales Saravia, quien ha manifestado en más de una ocasión su intención de fortalecer plenamente para que el CEC cumpla con creces sus metas institucionales y alcance así un nuevo realce. Por ello, dejamos aquí nuestro más sincero agradecimiento

Dentro de este contexto y exigencias del mundo de las publicaciones periódicas, la indexación de la RPDC se hace necesaria e indispensable, por cuanto ello significa alcanzar nuevos estándares de calidad y sea más conocida por los estudiosos del Derecho, para que con ella nuestro Tribunal Constitucional siga marcando firme presencia en la comunidad jurídica internacional. Una revista acreditada en las bases de datos más importantes del mundo es un nuevo reto que hemos asumido en el CEC con mucha ilusión.

21

Es por eso que su Dirección General, como parte de este proceso, ha tomado la decisión de que la RPDC tenga su propia página web, su propio correo electrónico, un consejo asesor nacional y un consejo asesor internacional -integrados por renombrados expertos y especialistas- que la publicación sea semestral, que los trabajos de investigación antes de que sean publicados tengan una rigurosa revisión por pares ciegos y se estandaricen, que estos puedan ser enviados libremente, entre otras muchas decisiones para alcanzar tal fin. La transformación de nuestra revista va viento en popa.

En ese sentido, aprovechamos de la ocasión para comunicar a la comunidad jurídica nacional e internacional el comienzo de esta nueva y esperada etapa de la RPDC en la línea de continuar y aportar con el proceso de repensamiento de la institucionalidad democrática y jurídica, siendo más visible a partir de sus siguientes números. Con ello, continuamos el camino de firme crecimiento de la revista, evitando la petrificación del derecho en un mundo “poblado de minas”. El reto está planteado y la oportunidad en nuestras manos.

Navidad de 2022

Helder Domínguez Haro

Magistrado del Tribunal Constitucional
Director del Centro de Estudios Constitucionales
Director de la Revista Peruana de Derecho Constitucional

SECCIÓN ESPECIAL
(Nuevo Código Procesal
Constitucional)

Aciertos y desafíos en el primer año de aplicación del nuevo Código Procesal Constitucional

Successes and challenges in the first year of application of the new Constitutional Procedure Code

✍ WILLIAM JESÚS OBLITAS VILLALOBOS¹

✍ RAFAEL RODRÍGUEZ CAMPOS²

Resumen

23

Los autores en el presente trabajo exponen los retos que ha afrontado la aplicación del nuevo Código Procesal Constitucional en su año de vigencia. Parten por analizar la sentencia del Tribunal Constitucional que se pronunció sobre la constitucionalidad de dicho texto normativo. Indican que en esta existe un reconocimiento de que tal ley ha cumplido con el procedimiento constitucional para su expedición. Ponen en evidencia, mediante la cita de diversas resoluciones, que la prohibición del rechazo liminar de la demanda ha provocado discrepancia en la academia, ante ello recogen la posición de Sagüés y la aplicación de dicha recomendación por un juzgado constitucional en un caso emblemático. En cuanto a la defensa pública del demandante, reconocen que falta implementar tal norma. A su vez, sobre la no necesidad de notificar a los jueces en los procesos contra resoluciones judiciales, consideran que la lectura correcta del artículo cinco del nuevo Código Procesal Constitucional contradice la manera como se viene aplicando por algunos jueces en casos importantes.

¹ Abogado por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Especialista en justicia e interpretación constitucional por la Universidad de Pisa (Italia). Máster en derecho constitucional por la Universidad Castilla La Mancha (Toledo - España). Doctorando por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Pasante en el Poder Judicial de la Federación de Justicia de México, y en la Rama Judicial de la República de Colombia. Consultor en materia procesal constitucional y derechos humanos. Profesor universitario. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Post Grado y estudios de maestría en Ciencia Política y Gobierno por la Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la PUCP. Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la Universidad Castilla – La Mancha (Toledo – España). Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla – La Mancha (Toledo-España). Especialista en Elecciones, Representación Política y Gobernanza Electoral por la Universidad Autónoma de México (UNAM). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Palabras claves

Nuevo Código Procesal Constitucional, rechazo liminar, gratuidad en la defensa, grado o instancia, constitucionalidad.

Abstract

The authors in this paper expose the challenges that the application of the new Constitutional Procedure Code has faced in its year of validity. They start by analyzing the judgment of the Constitutional Court that ruled on the constitutionality of said normative text. They indicate that there is an acknowledgment that said law has complied with the constitutional procedure for its issuance. They show, through the citation of various resolutions, that the prohibition of the preliminary rejection of the suit has caused discrepancy in the doctrine. In response to this they reflect the position of Sagüés and the application of said recommendation by a constitutional court in an emblematic case. As for the plaintiff's public defense, they acknowledge that such a rule needs to be implemented. Regarding the no need to notify judges in proceedings against judicial decisions, they consider that the correct reading of article five of the new Constitutional Procedure Code contradicts the way in which it has been applied by some judges in important cases.

Keywords

New Constitutional Procedure Code, preliminary rejection, free defense, degree or instance, constitutionality.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL NCPC. III. APLICACIÓN RESPECTO A LA PROHIBICIÓN DEL RECHAZO LIMITAR DE LAS DEMANDAS. IV. LA DEFENSA PÚBLICA GRATUITA DEL DEMANDANTE. V. SOBRE LA NO NECESIDAD DE NOTIFICAR A LOS JUECES EN LOS PROCESOS CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES. VI. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Tal como lo señala el profesor Eduardo Velandia Canosa (2011), reflexionar sobre la expedición de un Código Procesal Constitucional obedece a la imperiosa necesidad de: i) asegurar legislativamente el espíritu de la Constitución; ii) unificar los contenidos del Derecho Procesal Constitucional (dar orden, claridad y coherencia a la legislación procesal constitucional); iii) dar eficacia a la supremacía constitucional; y, iv) reforzar las garantías democráticas (p. 38).

En nuestro país, el 23 de julio del 2021 se publicó en el diario oficial El Peruano la Ley 31307 que aprobó el Nuevo Código Procesal Constitucional (en adelante NCPC). Según expresión de sus propios autores, la misma obedeció a la necesidad de proponer un procedimiento más garantista que el derogado, de positivizar lo que ya era marcada jurisprudencia, y de recoger instituciones modernas que ya eran avaladas a nivel internacional.

25

Reconocemos que el NCPC no ha estado exento de críticas, algunas quizá subjetivas y hasta personales, estas no ameritan pronunciamiento científico alguno; pero, también las que son justificadas, estas últimas las recogemos y consideramos que repotenciarán, vía la doctrina y jurisprudencia, la claridad con que las normas pretenden aplicarse.

En el presente trabajo, vamos a describir y analizar la jurisprudencia que ha provocado el NCPC en este año de ejecución, analizaremos los principales cambios a los cuales, litigantes y jueces han tenido que amoldarse, y si a su vez emitiremos un criterio sobre si la voluntad innovadora con la que se creó viene concretizándose en la función jurisdiccional.

El método que usaremos en el presente trabajo es de corte descriptivo y analítico; utilizaremos sentencias para demostrar objetivamente nuestras hipótesis; a su vez, cabe resaltar que, si bien se hará uso de opiniones de especialistas, lo que predominará en nuestra explicación es la evaluación de lo dicho sobre el NCPC en los fallos judiciales.

II. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL NCPC.

Es necesario precisar que el NCPC ha sido sometido a un proceso de inconstitucionalidad visto por el Tribunal Constitucional; y, más exactamente, por un Colegiado que venía aplicando durante más de siete años (la mayoría de ellos) el código derogado; siendo que incluso algunos miembros de la composición de dicho colegiado mantenían una posición negativa sobre el contenido y alcances de la nueva propuesta.

Han sido tres demandas de inconstitucionalidad las que ha superado el NCPC, dos de ellas han sido acumuladas y vistas en el Pleno mediante la Sentencia 954/2021⁵, siendo sus objetantes, el Colegio de Abogados de la Libertad y, el mismo Poder Ejecutivo de aquel entonces, los que deseaban su inaplicación⁶.

Las principales razones por las que se deseaba su inconstitucionalidad se sintetizaron en la ponencia que elaboró la magistrada Ledesma Narváez, la misma precisaba que para la creación del NCPC había vicios en el procedimiento parlamentario – inconstitucionalidad formal – (ausencia de dictámenes de comisión ante la observación de la autógrafa por parte del Ejecutivo); quiso incluso aplicar lo que denominó una “*vacatio sententiae*”, que constituía en brindar un plazo (15 de junio del 2022) al Congreso para que pueda llevar a cabo el procedimiento legislativo de aprobación con los dictámenes correspondientes; ante todo ello, también afirmó que no era necesario evaluar las cuestiones de fondo hasta que no se vea por subsanado tal presunto vicio.

Lo particular de dicha ponencia (la cual solo consiguió 3 de los 5 votos que se necesitaban para la inconstitucionalidad), es que se afirmaba que se afectó una norma reglamentaria (artículos 31-A inciso 2, 73 y 79 del Reglamento del Congreso) mas no una norma constitucional de forma directa; entonces, es legítimo preguntarnos por qué activar un proceso de inconstitucionalidad si la norma en cuestión es reglamentaria; para salvar ello, se refiere que de forma indirecta se había afectado el marco constitucional⁷.

El voto en minoría (suscrito por los entonces magistrados Ferrero Costa, Blume Fortini y Sardón de Taboada), objetando los parámetros de la ponencia, advirtió que la obligación planteada en la observación del Poder Ejecutivo sobre la

⁵ Las normas presuntamente violentadas serían las siguientes:

Constitución Política del Perú:

- Artículos 2, incisos 2 y 4; 43, 45, 103, 105, 106, 139, incisos 2, 3, 6 y 14; 158, 200, incisos 1, 2, 3 y 6; 201, 202 y 203, inciso 2.

Convención Americana sobre Derechos Humanos:

- Artículos 7, inciso 6, y 25

⁶ STC sobre Expedientes 00025-2021-PI/TC (Colegio de Abogados de la Libertad) y Expedientes 028-2021-PI/TC (Poder Ejecutivo).

⁷ En el considerando 37 expresa: “*Queda claro entonces que el Congreso de la República, al incumplir las reglas de procedimiento que este mismo órgano fijó en su reglamento (artículos 31-A inciso 2, 73 y 79) las vulneró directamente, y con ello vulneraron también, aunque de modo indirecto, el referido marco constitucional*”

necesidad de que el NCPC pase a comisiones se daría únicamente cuando inicialmente este hubiese sido exonerado, hecho que aquí no se habría dado⁸.

El tercer expediente sobre la presunta inconstitucionalidad del NCPC fue ingresado el 25 de julio del 2022 por el alcalde de la municipalidad provincial de Huánuco, y a la fecha no es calificado en su auto admisorio⁹. Al respecto, una vez que se brinde el plazo correspondiente al procurador del Congreso para que conteste la pretensión y se lleve a cabo la audiencia, puede que el Tribunal Constitucional recoja los argumentos que se expusieran con anterioridad sobre la presunta inconstitucionalidad formal del NCPC. A su vez, cabe indicar que, si bien sobre la totalidad de la norma existe una demanda de inconstitucionalidad aún por pronunciarse, el Poder Judicial habría interpuesto una demanda de este tipo sobre algunos artículos del NCPC, estos son: 5, 6, 23, 26, 29, 37 inciso 8; respectivamente. Cabe recordar que en este expediente la fecha prevista para la vista de la causa fue el 12 de agosto del 2022¹⁰.

Lo que podemos evidenciar es que formalmente se ha cumplido con el procedimiento constitucional para poder aprobar el NCPC, la constitucionalidad de todo el cuerpo normativo se encuentra validado en ese extremo; sobre las normas que se han modificado, consideramos que la ponencia descrita no tuvo la decisión de ingresar a tal terreno, ya que hubiera sido difícil derogar todo el código por algunas presuntas normas viciadas; esto a la larga, no solo hubiera producido confusión en la resolución y ejecución de la sentencia, sino que hubiese sido de difícil justificación; por ejemplo, el prohibir el reconocimiento de la apelación por salto (creación jurisprudencial¹¹), la invitación al *Amicus curiae* (reconocido anteriormente en el artículo 13-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional), o las notificaciones electrónicas (principio de celeridad), entre otros.

27

III. APLICACIÓN RESPECTO A LA PROHIBICIÓN DEL RECHAZO LIMINAR DE LAS DEMANDAS.

Este es un tema muy discutido por la doctrina; cabe resaltar que el artículo 47 de la norma derogada describía que, si el juez al calificar la demanda de amparo considera que es manifiestamente improcedente, la debe declarar así exponiendo sus fundamentos; en igual sentido, el artículo 5 del antiguo texto precisaba 10 causales de improcedencia de una demanda.

⁸ Párrafo tres: “Cabe subrayar que el tercer párrafo del mismo artículo 79 del Reglamento del Congreso dice que las observaciones corren “en el expediente que dio origen a la ley observada”. No dice que el procedimiento tenga que reiniciarse totalmente, como cree la ponencia (...)”

⁹ STC N° 00005-2022-AI (Caso Defensoría del Pueblo).

¹⁰ Expediente N° 00030-2021-PI/TC

¹¹ STC N° 0004-2009-PA/TC (Caso Roberto Allca Atachahua)

Como lo describe el profesor Sergio Díaz Ricci (2011), uno de los desafíos actuales del derecho constitucional es, ya no tanto la organización de derechos y la limitación del poder que está aceptablemente expresada en el Derecho Convencional, sino en proveer de instrumentos procesales para una eficaz tutela judicial de estos derechos (p.81).

De igual forma, el profesor Luis Castillo Córdova (2009) menciona que el principio pro homine impone que, en lugar de asumirse la interpretación restrictiva e impedir el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, se opte por aquella que posibilite a los recurrentes el ejercicio de dicho derecho (p.62).

El NCPC ha abolido el rechazo liminar de las demandas; ampara en ello su carácter garantista, avalado por la tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, críticas a dicha propuesta no han faltado, sobre todo las que son referidas a que ello produce sobre carga laboral en los juzgados, alargando innecesariamente los procesos ya que muchos de ellos en la audiencia van a ser desestimados.

28

Se debe considerar que ya el mismo Tribunal Constitucional en el año 2011 hacía recordar que el rechazo liminar de un proceso de tutela de derechos únicamente debe darse cuando no exista margen de duda sobre la improcedencia de la demanda¹². Es decir, no es sorpresivo y menos alejado de la jurisprudencia; más aún, cuando la razón principal para alegar el rechazo liminar proviene de un argumento sobre la logística de las entidades que administran justicia (carga procesal).

Sobre este tema, recogemos lo que indica el profesor Eto Cruz (2020), quien comparte el criterio del jurista Sagüés, cuando esgrime que el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo reconocido en el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica, no es incompatible con el rechazo liminar de acciones que padezcan del vicio de manifiesta inadmisibilidad. En su concepto, si una pretensión es ostensiblemente inviable, no tiene sensatamente por qué estar cubierta por el

¹² Resolución N° 01238-2011-PA/TC. f.j. 6.

Que en tal sentido, el Tribunal Constitucional estima pertinente recordar que el rechazo liminar únicamente será adecuado cuando no haya márgenes de duda sobre la improcedencia de la demanda, lo que, como ha quedado explicado supra no ocurre en el caso de autos, máxime cuando, conforme al artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, uno de los principios procesales constitucionales supone que cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.

principio de tutela judicial efectiva, pues no debe tutelarse lo francamente inadmisibile (p. 329).

La eliminación del rechazo liminar de la demanda del NCPC se aplicó de forma inmediata, y hasta ahora se ha dado en muchos casos mediáticos incluso¹³, si bien es cierto que falta informar a la población lo que se entiende por admisión (lo cual es diferente a fundabilidad de la demanda), también es necesario que la justicia sea más previsible, para así tener menos demandas; como también, resulta importante que los juzgados sean más expeditivos.

Una postura intermedia ha tenido el Tercer Juzgado Constitucional de Lima, quien ya aplicando el NCPC en un caso de habeas corpus, si bien no utiliza de forma inmediata el rechazo liminar ante los evidentes vicios de la demanda, pero expide un auto de inadmisibilidad solicitando un requisito para analizar el fondo de la causa, indica que “no precisa cuales son los actos que habría realizado la señora Fiscal de la Nación y que estarían vulnerando la libertad individual (...) en ese sentido, resulta necesario que el accionante precise lo antes señalado, a efectos de poder identificar los actos lesivos que estarían vulnerando o amenazando la libertad individual de la beneficiaria y/o derecho conexo a la misma por parte de la demandada”¹⁴.

29

Esta posición última puede ser una alternativa salomónica para aplicar el rechazo liminar de la demanda; siendo que se cumpliría con el objetivo de la norma, pero a su vez, se cumpliría con rechazar las temerarias actuaciones sobre tal dispositivo.

IV. LA DEFENSA PÚBLICA GRATUITA DEL DEMANDANTE.

Esta propuesta novedosa, de la defensa pública gratuita del demandante, se encuentra regulada en el artículo 4 del NCPC, ahí se precisa que en los procesos de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento, el demandante que no cuenta con los recursos económicos suficientes o se encuentra en estado de vulnerabilidad, puede recurrir a la defensa pública.

Sobre el particular, recogiendo los aportes del profesor Héctor Fix Fierro (2014) sobre el acceso de la justicia, el autor nos indica que es un “derecho

¹³ Expediente 01708-2022-0-1801-JR-DC-09 (abogado del presidente Pedro Castillo contra la SCAC del Congreso de la República).

Expediente 03898-2022-0-1801-JR-DC-03 (Sindicato de la Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República).

Expediente 05125-2022-13-1801-JR-DC-01 (caso ex magistrado Eloy Espinosa-Saldaña con la PUCP)

¹⁴ Expediente 05822-2022-0-1801-JR-DC-03 (caso Jenifer Paredes Navarro – sobrina del presidente Pedro Castillo)

fundamental derivado, primordialmente, del contenido de los artículos 14, 17 y 20, apartados B y C de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 8 de la Convención Americana de Derecho Humanos (...) se entendía que era un derecho natural, y por lo tanto no necesitaba ser reglamentado expresamente por el Estado, sino que solo debía impedirse su violación” (p. 5).

Al respecto, el inciso 16 del artículo 139 de la Constitución, dispone el principio de gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas con escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala. De igual forma el artículo III Título Preliminar del NCPC complementa dicho apotegma.

Este principio ya ha sido reconocido anteriormente por el mismo Tribunal Constitucional, en el año 2004 dicho organismo mencionaba sobre el inciso 16 del artículo 139 de la Constitución que “dicho precepto constitucional, en lo que al caso importa resaltar, contiene dos disposiciones diferentes: Por un lado, garantiza “El principio de la gratuidad de la administración de justicia... para las personas de escasos recursos”; y, por otro, consagra “...la gratuidad de la administración de justicia (...) para todos, en los casos que la ley señala”. A su vez, dicha sentencia resalta “La primera disposición comporta una concretización del principio de igualdad en el ámbito de la administración de justicia. Según éste, no se garantiza a todos los justiciables la gratuidad en la administración de justicia, sino sólo a aquellos que tengan escasos recursos [económicos]”¹⁵.

A su vez, debemos tener en cuenta que el proceso de amparo, por ejemplo, no es cualquier proceso judicial, sino uno donde se debaten derechos fundamentales, debido a ello es que resulta más imperioso aún el tener que avalar garantías especiales para aquellos que no tengan los ingresos económicos suficientes; cabe resaltar que la norma utiliza dos condiciones a satisfacer para la gratuidad: i) no contar con los recursos económicos suficientes; y ii) encontrarse en estado de vulnerabilidad.

A un año de aplicación del NCPC, podemos evidenciar que, si bien esta propuesta conlleva garantizar el acceso a la justicia a las personas que no gozan de recursos o se encuentran en estado de vulnerabilidad, aún no se llevan a cabo las acciones correspondientes para poder reglamentar esta medida.

¹⁵ STC N° 1607-2022-AA/TC. f. j. 6.

V. SOBRE LA NO NECESIDAD DE NOTIFICAR A LOS JUECES EN LOS PROCESOS INTERPUESTOS CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES.

El interponer acciones judiciales contra las resoluciones judiciales siempre ha merecido la mayor atención por parte de la jurisprudencia¹⁶; y eso se debe a que siempre ha sido frecuente que se susciten problemas en su aplicación. Por tanto, el campo de las notificaciones a los jueces en los procesos cuando se impugnan resoluciones judiciales tampoco ha sido la excepción.

Antes de la dación de esta norma, era reconocido que en los procesos de amparo contra resoluciones judiciales se daba un enorme inconveniente para poder notificar a los magistrados que habrían expedido el presunto auto viciado, ello debido a que era difícil el poder notificarlos debidamente ya que muchos de ellos habrían sido cesados, o jubilados, o al ser transitorios pues no mantenían continuidad. Además, tal como se explicó en la exposición de motivos de esta norma, resulta intrascendente notificar al magistrado, cuando aquel tiene un representante procesal por ley que es el Procurador Público del Poder Judicial, quien incluso goza de un reconocimiento constitucional.

31

Al respecto, la Constitución Política del Perú, en el artículo 47, indica que la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los procuradores públicos; esta norma constitucional ha sido desarrollada por el Decreto Legislativo 1326, Decreto Legislativo que reestructura el sistema administrativo de defensa jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado.

El Decreto Legislativo 1326, en su artículo 9, claramente brinda creación a la Procuraduría General del Estado, organismo público técnico especializado adscrito al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con personería jurídica de derecho público interno, quien mantiene autonomía funcional, técnica, económica y administrativa para el ejercicio de sus funciones.

Dicho ello, resulta claro que hoy es la Procuraduría General del Estado el organismo encargado de cumplir con la representación procesal del Estado; en concreto, es esta la institución que va a cumplir la norma bajo comentario; esta tarea se llevará a cabo mediante las procuradurías adscritas a sus organismos públicos, ministerios, municipalidades, gobiernos regionales, entre otras.

¹⁶ STC N° 03538-2013-PA/TC

STC N° 01213-2013-PA/TC

Resolución de expediente N° 1761-2014-PA/TC.

Resolución de expediente N° 05590-2015-PA/TC.

Por ley y por mandato constitucional, es la Procuraduría Pública la que va a ser emplazada si es que la entidad o el alto funcionario es emplazado con una acción constitucional. De igual forma, aun estando a lo que exponemos es que se le deberá notificar a todas las partes involucradas la resolución que, de fin al procedimiento, por más que el proceso hayan sido defendidos por ley mediante la Procuraduría General.

Ahora, cuando en el segundo párrafo del artículo 5 del NCPC se indica que en los procesos constitucionales contra resolución judicial no se notifica ni se emplaza con la demanda a los jueces o magistrados del Poder Judicial; ello se ejecuta bajo los principios de celeridad e inmediatez; permitiendo el dinamismo del proceso y la oportunidad de cumplir con los plazos para resolver los conflictos.

Un caso muy particular sobre este tema, se llevó a cabo en un pronunciamiento de la Primera Sala Penal de Apelaciones de San Juan de Lurigancho de Lima Este (caso Oscar Javier Peña Aparicio)¹⁷, en cuya resolución 8 (20.05.2022) precisa “disponemos que el Juez A quo, cumpla con notificar la Sentencia Fundada de Hábeas Corpus a favor del beneficiario Oscar Javier Peña Aparicio, a los señores magistrados Gino Paolo Delzo Livias (Juez del Primer Juzgado Penal Unipersonal del Callao), Miguel Ricardo Castañeda Moya, Duberlis Nina Cáceres Ramos y Fanny Yesenia García Juárez (Jueces Superiores de la Primera Sala Penal de Apelaciones del Callao), a fin de que tome conocimiento de la decisión final adoptada”¹⁸.

Para contextualizar, el caso versaría en que el demandante en primera instancia habría obtenido una sentencia favorable contra resolución judicial, este fallo presuntamente no habría sido apelado oportunamente por el procurador del Poder Judicial, en esa condición es que el procurador pide que la Sala Superior revise el caso. Esta segunda instancia, en uno de sus argumentos, expone que dicha sentencia no ha sido consentida de acuerdo al NCPC, ya que el artículo 5 indica que también se debe notificar a los magistrados que han expedido la resolución impugnada, actuación que se habría obviado realizar.

¹⁷ Expediente N° 07178-2021-0-3207-JR-PE-01 (caso Oscar Javier Peña Aparicio contra la procuraduría pública del Poder Judicial)

¹⁸ Cabe precisar que en la primera parte resolutive se indicaba lo siguiente:

“Declarar NULA la Resolución N° Siete de fecha 25 de febrero del 2022, que resolvió “DECLARESE IMPROCEDENTE la solicitud de nulidad de la resolución 05 y 06 presentada por el Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial [...]. II. DISPONEMOS que el Juez A quo, emita la resolución que corresponda, bajo los criterios expuestos en los fundamentos de la presente resolución”.

La resolución 8 (20.05.2022) bajo comentario se ampararía en una interpretación del artículo 5 del NCPC, siendo que dicho auto en su sexto considerando fundamenta su decisión de la siguiente forma: “Por otro lado, el artículo 5 del Nuevo Código Procesal Constitucional Ley N° 31307, señala ‘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 apersonaren, se les debe notificar la resolución que ponga fin al grado. Su no participación no afecta la validez del proceso (...)’; al respecto, no se advierte del presente proceso constitucional de Habeas Corpus, ni del cargo de entrega de Notificación Electrónica de fojas 643, que la Sentencia Fundada de Hábeas Corpus a favor del beneficiario Oscar Javier Peña Aparicio, haya sido válidamente notificada a los magistrados demandados (...)”¹⁹.

Sobre este criterio de la Sala Superior, cabe resaltar que existe una confusión en cuando se leen los tres párrafos del artículo 5 del NCPC; para ser más didáctico procedemos a citar tal dispositivo:

Artículo 5. 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 apersonaren, se les debe notificar la resolución que ponga fin al grado. Su no participación no afecta la validez del proceso.

En los procesos constitucionales contra resolución judicial no se notifica ni se emplaza con la demanda a los jueces o magistrados del Poder Judicial.

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.

La norma en mención resalta el que se debe notificar con la demanda a la entidad, funcionario y servidores, y aun cuando no participen en el proceso, se debe

¹⁹ Considerando sexto de la Resolución 8 (20.05.2022) del Expediente N° 07178-2021-0-3207-JR-PE-01 (caso Oscar Javier Peña Aparicio contra la procuraduría pública del Poder Judicial)

notificar la resolución que ponga fin al grado; al respecto, precisamos que hay claridad en mencionar el término demanda, pero, en el caso de la Resolución 8 (01.06.2022) de la Primera Sala Penal de Apelaciones que hemos puesto de ejemplo líneas arriba nos encontramos ante una sentencia, la cual la Sala quiere que sea notificada; es la demanda la que se exige sea notificada, mas no la sentencia; en ninguno de los párrafos se advierte el término sentencia.

A su vez, en las últimas líneas del primer párrafo del artículo bajo comentario, se indica que, aun cuando no se apersona la entidad o el funcionario, se debe notificar la resolución que ponga fin al grado; eso, en lectura de la sala superior, cree que grado es sentencia; pero, es sabido que grado en el derecho procesal simboliza instancia; al respecto, el Diccionario panhispánico de español jurídico indica sobre ello: “Grado: (...) 2. Gral. Cada uno de los diversos estados, niveles o medidas, en relación de menor a mayor, que puede tener algo”²⁰.

Entonces, para tener una correcta interpretación del primer párrafo del artículo 5 bajo análisis, queda claro que la resolución que pone fin al grado sería la resolución de archivo o el concesorio de apelación, en caso aconteciera alguna de estas posibilidades; en la resolución bajo evaluación, podemos advertir que aún no se habría expedido una resolución que ponga fin al grado ya que no existe concesión de apelación alguna, como tampoco hay auto de archivo; es más, se conocía que la causa aún venía ejecutándose en primer grado y cuando se satisfaga en totalidad se tendrá que notificar. Pero, además de lo expuesto, cabe mencionar que, este primer párrafo es para entidades, funcionarios y servidores que no son jueces y magistrados del Poder Judicial, ya que para estos últimos se encuentra establecido el párrafo segundo de dicho artículo, el mismo que detallamos a continuación.

Cabe precisar que, el caso que hemos recogido como ejemplo (expediente N.º 07178-2021-0-3207-JR-PE-01, Oscar Javier Peña Aparicio contra la procuraduría pública del Poder Judicial) no se encuentra contenido en el párrafo primero del artículo 5 del NCPC, sino en el segundo párrafo de dicha norma, ya que de forma literal regula la condición que mantienen los magistrados²¹.

Solo una interpretación como la expuesta podría enmarcarse dentro de la constitucionalidad que se exige; siendo que a su vez se respetaría la verdadera intención del legislador, de que los jueces y magistrados que habrían expedido la

²⁰ Recuperado: Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española (rae.es)

²¹ “(...) En los procesos constitucionales contra resolución judicial no se notifica ni se emplaza con la demanda a los jueces o magistrados del Poder Judicial (...).”

resolución materia de evaluación, no intervengan en los procesos judiciales, ya que para ello ha sido notificado al procurador público.

En efecto, los mismos creadores del NCPC, los congresistas que dieron origen a este texto, así lo han dejado establecido en su libro sobre dicha norma:

“Resulta también novedoso lo establecido en el artículo 5 de la reforma del Código Procesal Constitucional, donde se dispone que en los procesos contra resoluciones judiciales no se notifica ni se emplaza a los jueces del Poder Judicial. Conocemos que muchas veces se actúa contra magistrados que ya se han jubilado, han renunciado, han ascendido o cambiaron de jurisdicción, lo cual implica una dilación innecesaria con el debate de fondo sobre el amparo. Quien sí participa en el proceso judicial necesariamente es el Procurador Público del Poder Judicial.” (Mesía y Roel, 2021, p. 24)

Entonces, sobre el ejemplo que hemos propuesto, diríamos que existe una errada interpretación al leer el artículo 5 del NCPC, ya que no es necesario notificar a los magistrados cuya resolución se evalúa, basta con dirigirse con el representante procesal de la entidad que es el Procurador Público.

35

VI. CONCLUSIONES.

- El NCPC nació con ciertas observaciones por el Poder Ejecutivo de aquel entonces, tanto es así que fueron presentadas hasta tres demandas de inconstitucionalidad contra dicha norma. Esto motivó que el propio Tribunal Constitucional emita pronunciamiento y reconozca su constitucionalidad formal. Claro está que existe una demanda pendiente de ser evaluada respecto a la constitucionalidad de algunos artículos del NCPC, se infiere que no gozarán de mayor trascendencia, ello debido a que las normas que se pretenden retirar de la ley mencionada se vienen asentando por los juzgados ordinarios y por el mismo intérprete supremo de la Constitución.
- En cuanto a la prohibición del rechazo liminar de las demandas, se contraviene una costumbre normada del antiguo código (artículos 5 y 47). Y tal como lo indica Luis Castillo Córdova, se ha optado por una interpretación amplia mas no restrictiva de las demandas; pero, recogiendo la sugerencia del profesor Sagüés, hay casos en los que las pretensiones son manifiestamente inadmisibles, ante ello es que ha sido novedoso como un juzgado del Poder Judicial lo que ha hecho es optar por declarar en la resolución inicial todos los vicios a ser subsanados por el accionante, con ello lo que se efectúa es una correcta orientación de la pretensión, sin dejar de afectar la tutela jurisdiccional efectiva; alternativas como la expuesta son las que consideramos deben seguir aplicándose en atención al NCPC.

- Respecto a la defensa gratuita para los demandantes en situación de vulnerabilidad, consideramos que debe implementarse tal norma; es más, no se descarta que dicho dispositivo pueda tener ampliaciones en su explicación.
- Un punto muy importante del NCPC, es el referido a la no necesidad de notificar a los jueces en los procesos contra resoluciones judiciales; al respecto, nos hemos servido de un caso emblemático del Poder Judicial (Oscar Javier Peña Aparicio vs procuraduría pública del Poder Judicial), para explicar cómo debe interpretarse el artículo 5 del referido texto normativo; entendiendo que no se debe notificar a los magistrados o jueces que habrían emitido la resolución materia de observación, en tanto el segundo párrafo del artículo en mención es claro en determinar ello, como también la propia explicación de los autores del NCPC; debido a ello es que solo debe notificarse la demanda al Procurador Público del Poder Judicial.

BIBLIOGRAFÍA.

Velandia E. (2011). *Codificaciones procesales y el código procesal constitucional modelo*. En: Velandia E. (Coord.) *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. Volumen 2. VC Editores.

Díaz Ricci S. (2011). *Principios básicos de una codificación procesal constitucional*. En: Velandia E. (Coord.) *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I. Volumen 2. VC Editores.

Castillo Córdova L. (2009). *El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*. En: Castillo Córdova L. (Coord.) *Estudio y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*. Parte I. Gaceta Jurídica.

Eto Cruz G. (2020). *Teoría del Amparo*. Editorial Pacífico S.A.

Fix Fierro H. (2014). *Acceso a la Justicia*. En Ferrer Mac – Gregor E. et al (Coord). *Diccionario del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, Tomo I. Editorial del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Mesía C. y Roel L. (2021). *Comentario a las reformas del Código Procesal Constitucional*. Jurista Editores.

Diccionario panhispánico del español jurídico - Real Academia Española (rae.es)
– Página web.

STC sobre Expedientes 00025-2021-PI/TC (Colegio de Abogados de la Libertad y 028-2021-PI/TC (Poder Ejecutivo).

STC N° 00005-2022-AI (Caso Defensoría del Pueblo).

STC N° 0004-2009-PA/TC (Caso Roberto Allca Atachahua)

STC N° 1607-2022-AA/TC

STC N° 03538-2013-PA/TC

STC N° 01213-2013-PA/TC

RTC N° 00030-2021-PI/TC

RTC N° 1761-2014-PA/TC.

RTC N° 05590-2015-PA/TC.

RTC N° 01238-2011-PA/TC.

37

Resolución del Poder Judicial recaída en el Expediente N° 07178-2021-0-3207-JR-PE-01 (caso Oscar Javier Peña Aparicio contra la procuraduría pública del Poder Judicial)

Resolución del Poder Judicial recaída en el Expediente 01708-2022-0-1801-JR-DC-09 (abogado del presidente Pedro Castillo contra la SCAC del Congreso de la República).

Resolución del Poder Judicial recaía en el Expediente 03898-2022-0-1801-JR-DC-03 (Sindicato de la Defensoría del Pueblo contra el Congreso de la República).

Resolución del Poder Judicial recaída en el Expediente 05125-2022-13-1801-JR-DC-01 (caso ex magistrado Eloy Espinosa-Saldaña con la PUCP)

Resolución del Poder Judicial recaída en el Expediente 05822-2022-0-1801-JR-DC-03 (caso Jenifer Paredes Navarro – sobrina del presidente Pedro Castillo)

¿Déficits de deliberación y reflexión? Comentarios a la STC 0025-2021-PI/TC sobre el nuevo Código Procesal Constitucional

Deficits of deliberation and reflection? Comments to STC 0025-2021-PI/TC on the new Constitutional Procedure Code

✍ EDWIN FIGUEROA GUTARRA¹

Resumen

38

Cuando las normas no son objeto de suficiente deliberación y reflexión para su incorporación al ordenamiento jurídico, se produce una infracción del principio democrático. Ese es el contexto que propugnamos ha tenido lugar respecto del nuevo Código Procesal Constitucional, herramienta cuyo contenido fue sometido a control de constitucionalidad. El voto en mayoría, que desestima la demanda, precisamente incurre en un escenario de esa naturaleza. El presente estudio examina algunos de los argumentos de los votos en minoría y mayoría.

Palabras clave

Tribunal Constitucional, nuevo Código Procesal Constitucional, control de constitucionalidad, déficits, deliberación, reflexión, derechos fundamentales

Abstract

When the laws are not subject to sufficient deliberation and reflection for their incorporation into the legal system, there is an infringement of the democratic

¹ Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la *International Association of Constitutional Law*. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe. Código de investigador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

principle. That is the context that we advocate that has taken place with respect to the new Constitutional Procedural Code, a tool whose content was subjected to constitutional control. The majority vote, which rejects the suit, falls precisely into a scenario of this nature. This study examines some of the arguments for minority and majority voting.

Keywords

Constitutional Court, new Constitutional Procedure Code, control of constitutionality, deficits, deliberation, reflection, fundamental rights

Sumario

INTRODUCCIÓN. I. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL SOMETIDO A CONTROL ABSTRACTO. II. DELIBERACIÓN Y REFLEXIÓN COMO CONDICIONES NECESARIAS PARA LA APROBACIÓN DE UNA LEY. III. OTRAS CUESTIONES JURISDICCIONALES QUE ABORDAR. III.1. LA PROHIBICIÓN DE RECHAZO LIMINAR DE LA DEMANDA. III.2. LA AUSENCIA DE UN PERIODO DE *VACATIO LEGIS*. IDEAS A TÍTULO DE CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

Constituye cuestión fundamental para las democracias constitucionales contemporáneas satisfacer condiciones suficientes de deliberación y reflexión para que las instituciones ostenten rangos de legitimidad adecuados. En grado razonable, un espacio de análisis integral valida toda figura de relevancia jurídica y, de esa forma, tanto las leyes como las decisiones judiciales, expresiones sustantivas de todo Parlamento y Poderes Judiciales respectivamente, son avaladas como herramientas que gozan de una legitimidad de inicio.

Y, sin embargo, la situación pueda resultar más compleja de lo que podamos prever si respecto de tanto una norma como de un fallo judicial, no se logra alcanzar ese debate suficiente que nos permita entender una condición de validez material, entendida esta como un estado de legitimidad, de aval, de suficiencia para entender que esos instrumentos están realmente ajustados a Derecho.

Son propicios estos conceptos de entrada a partir del debate generado en relación a un fallo del Tribunal Constitucional de Perú, caso de las STC 00025-2021-PI/TC y 00028-2021-PI/TC, un proceso de inconstitucionalidad respecto al nuevo Código Procesal Constitucional de Perú, asunto que concluye con un fallo muy puntual de la mayoría del acotado Tribunal, respecto a que no hubo déficit de

deliberación en el caso que nos ocupa. Una minoría técnica del Colegiado, por otra parte, desarrolla la posición relativa a que tanto la discusión a nivel del Congreso, autor de la ley, así como la configuración de algunas instituciones procesales nuevas, no satisficieron los requerimientos y exigencias para su legitimación constitucional.

Nos interesa desarrollar, solo a modo de puntualización, la segunda posición, en tanto se trata de votos de alguna forma más trabajados. Y no nos decantamos por la primera posición, esto es, por la decisión que desestima la demanda, pues un caso de suma importancia como el que nos ocupa, apenas mereció una muy objetiva justificación, tan solo una carilla y media, a efectos de declarar infundadas las demandas acumuladas.

Ahora bien, no podemos argüir, pues sería apenas un esbozo cuantitativo que, por poseer los fallos en minoría un examen más extenso, en este caso unas 50 carillas, el examen pudiera acaso haber sido más completo. Sería distorsionar nuestra apreciación diferenciar los números de páginas trabajadas en las decisiones, para poder inferir su suficiencia y, sin perjuicio de ello, no deja de llamarnos la atención que un caso de trascendencia como el que abordamos, haya merecido, en el caso de la mayoría técnica, un análisis tan breve como el que aludimos.

En ese orden de ideas, aun cuando queramos evitar la premisa de los números, sí podemos presentar la idea *prima facie* de que el razonamiento jurídico contemporáneo, que es por naturaleza entimemático, esto es, que no aparezcan todas las razones del fallo debidamente explicitadas, sí implica que la *ratio decidendi* prevalente, o hilo lógico central de la decisión, avale tantos suficientes argumentos *ratio decidendi* como *obiter dicta*, siendo estos últimos complementarios, y aquellos centrales, en relación a la decisión.

Llegamos así a la conclusión de que las formas de las leyes o las decisiones judiciales no han de guiarse por su extensión y, no obstante, sí es pertinente que un fallo que resuelve una cuestión trascendental, desarrolle una función no solo persuasiva, sino de incluso un giro argumentativo cognitivo trascendente, esto es, que asuma que el Derecho no es solo lógica puntual, sino también experiencia, como dijera alguna vez Oliver Wendell Holmes, *chief justice* de la Corte Suprema de EE.UU. En ese orden de ideas, los fallos judiciales son decisiones por naturaleza complejas, que a su vez deben respetar estándares de argumentación y aspirar a ser integrales, en cuanto deben esbozar el sustento de argumentos razonables y proporcionales para legitimar una decisión.

I. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL SOMETIDO A CONTROL ABSTRACTO

No resulta común, de suyo, que una norma que entra en vigencia sea sometida a control de constitucionalidad en forma inmediata tras su promulgación. La noción de presunción de constitucionalidad de la ley es un elemento de relevancia para que esta adquiera fuerza de aplicación dentro del ordenamiento jurídico. Ello tiene lugar a raíz de un criterio de deferencia con el legislador, asumiéndose, *prima facie*, que se ha cumplido un procedimiento formal al respecto. Y, sin embargo, las leyes deben cumplir un segundo baremo de control y ese espacio es precisamente su compatibilidad con la Constitución.

A ese efecto, vigencia – elemento formal- y validez- elemento material- suponen la legitimidad propiamente dicha de la norma. Esta última sin aquella solo supondría la legalidad de la norma, y es de observarse que ello, en un Estado constitucional, es insuficiente.

41

En el caso que nos ocupa, el Colegio de Abogados de La Libertad, así como el Poder Ejecutivo, interponen demanda de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la ley 31307, norma que regula el nuevo Código Procesal Constitucional (NCPConst.), en razón de distintas observaciones a esta norma, que a su vez reemplaza al anterior Código Procesal Constitucional de 2004, cuyo antecedente más remoto es la ley de 21 de octubre de 1897, referida al habeas corpus (Blume, 2004, p. 119).

Son varias las pretensiones concretas respecto a la naturaleza inconstitucional de algunos artículos de la nueva norma, pero, por razones de espacio, centraremos nuestro interés en aspectos muy puntuales: entre ellos, la vinculada al artículo 6 de dicha ley, en cuanto se prohíbe a los jueces constitucionales declarar la improcedencia liminar de la demanda, esto es, al prescribirse que están obligados los juzgadores a admitir a trámite todas las demandas, incluso las manifiestamente improcedentes.

De otro lado, con la rigidez de la nueva regulación antes acotada, se observa se estarían dejando sin efecto dos precedentes constitucionales vinculantes, eso es, los casos Elgo Ríos (STC 02383-2013-PA) y Vásquez Romero (STC 00987-2014-PA), en cuanto estos consideran la existencia de vías igualmente satisfactorias al presentarse una demanda constitucional, lo cual conlleva a la improcedencia de la demanda misma, el primero; y la falta de cumplimiento de determinados requisitos de la demanda, el segundo. Estos aspectos pueden ser destacados en relación a la demanda del Colegio de Abogados de La Libertad.

Adicionalmente, nos interesa examinar el cuestionamiento a la inexistencia de un período de *vacatio legis* respecto a la entrada en vigencia de la nueva norma, escenario que no habría permitido un necesario lapso de concientización de los actores del ordenamiento respecto a la incorporación de nuevas pautas respecto a las incidencias procesales del nuevo Código.

Constituye un argumento central de la demanda del Poder Ejecutivo el incumplimiento de pautas procedimentales respecto a la expedición de leyes, entre ellos, la trasgresión de determinados requerimientos de forma. En otros aspectos, esta demanda coincide con varios planteamientos de orden procesal con la demanda del Colegio de Abogados de La Libertad. En ejercicio de sus atribuciones, el Tribunal acumula las demandas a fin de emitir un pronunciamiento conjunto.

Al realizar un análisis de constitucionalidad de la ley 31307, norma que pone en vigencia el NCPConst., el Tribunal llega a la conclusión, aunque en número de solo tres miembros, de que en el trámite para la aprobación de la respectiva ley se ha producido un vicio de forma, cuando la Junta de Portavoces decidió exonerar de dictamen a las observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo a la autógrafa de la ley, vulnerando, por tanto, de manera directa, lo establecido en el Reglamento del Congreso, e indirectamente lo ordenado por la Constitución.

42

La minoría acotada desarrolla un importante enfoque del procedimiento parlamentario para la dación de la ley, pero se queda allí, solo en vicios de forma para la aprobación de la nueva norma. El punto aquí de debate es si debió ampliar sus fundamentos para desarrollar, sustantivamente, un enfoque, en vía de control concentrado, de las principales regulaciones procesales que afectaban la Norma Fundamental. Si bien no lo hizo, se conserva la fuerza argumentativa del incumplimiento de un procedimiento formal por parte del Congreso para la aprobación de la ley en cuestión.

Es el voto coincidente con la minoría, el del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, la posición que, a juicio nuestro, desarrolla un enfoque amplio, suficiente y congruente en dar respuesta a las pretensiones planteadas, y de ahí nos serviremos de algunas de sus ideas para establecer juicios de calificación respecto a la norma sometida a control.

II. DELIBERACIÓN Y REFLEXIÓN COMO CONDICIONES NECESARIAS PARA LA APROBACIÓN DE UNA LEY.

Constituye campo medular de este enfoque, como hemos acotado, el voto en minoría del magistrado Espinosa-Saldaña, en cuanto alude objetivamente a la línea central de este estudio, en tanto recogemos la inquietud intelectual de cuándo una norma puede acusar un déficit de deliberación y, por ende, denota una insuficiencia de reflexión, lo cual permite llegar a la conclusión de que aquella norma ha omitido elementos centrales para su incorporación idónea al ordenamiento jurídico.

En efecto, es válido el razonamiento de Norberto Bobbio (2002, p. 153) cuando alude a la sistematicidad del ordenamiento jurídico y, por ende, ello implica tres condiciones respecto al mismo: unidad, coherencia y plenitud, y he aquí que el elemento sustantivo de base de esta afirmación reside, con fuerza, en las leyes como elementos de identificación que permiten la viabilidad de un sistema de normas.

De esa forma, las leyes forman una sola unidad, en términos sistemáticos, y no es viable una interpretación aislada de la ley. A su vez, las leyes guardan coherencia unas con otras, y si acaso una antinomia hace aparecer una posible incompatibilidad, esta es solo temporal, pues la antinomia debe desaparecer tras la aplicación de principios de resolución de antinomias. Por último, el ordenamiento goza de plenitud, pues si acaso se forman lagunas en relación a las leyes, igualmente estas son temporales, dado que se debe aplicar, frente a un vacío de la ley, un criterio sistemático para colmar esa laguna o, en su caso, para integrar la norma.

43

La posición de Espinosa-Saldaña desarrolla una argumentación *in extenso* de la pretensión puesta en conocimiento del Tribunal Constitucional, a fin de examinar la compatibilidad con la Constitución de las normas sometidas a debate. Podríamos asegurar un nivel de suficiencia razonable, pues responde a todas las pretensiones planteadas, a diferencia del voto que prevaleció- el de la mayoría- el cual resulta en extremo puntual.

Ahora bien, la brevedad es una virtud en el lenguaje judicial, por cierto, pero a condición de que no deje incontestadas las pretensiones, dado que en ese caso se configura una situación de motivación insuficiente y, por ende, deja en situación de carencia los ámbitos de justificación interna y externa. Respecto de la primera, por cuanto, desde una perspectiva formal, no hay *sindéresis* cuando los jueces no realizan un ejercicio lógico de sustentar una respuesta A ante el problema A. Y en relación a la justificación externa, pues adolece el juicio de análisis de una corrección material de las premisas, contexto este último que, cuando sí tiene lugar,

permite inferir razonabilidad y proporcionalidad en la respuesta que se postula como la correcta.

Espinosa-Saldaña desarrolla una posición de ausencia de deliberación y reflexión en el caso de la ley sometida a debate, en cuanto partiendo de un fallo anterior – STC 0006-2018-PI/TC- llega a la conclusión de que han sido obviados trámites de debate necesarios en el procedimiento legislativo habitual, más aún si partimos de un esquema de Congreso unicameral, como es el actual modelo peruano, en el cual la ausencia de una cámara revisora como la de un Senado, impide un mayor análisis de la norma.

Alude el ponente que esta ausencia de debate constituye una grave infracción que lesiona el principio democrático consagrado en la Constitución, y producido el déficit acotado, entonces la norma aprobada deviene inconstitucional.

A su vez, dicho principio democrático alberga² diversos contenidos, entre ellos, el principio de respeto a las mayorías; el principio pluralista, que alude a la representación proporcional o la prohibición de partido único; el principio de respeto a las minorías, lo cual implica una democracia sustantiva; el principio de alternancia, entendido como un aseguramiento de elecciones periódicas; y el principio deliberativo, en tanto una democracia va más allá del momento del voto, en la medida que es una “cultura” o “forma de vida”.

Si vinculamos este principio con la necesaria deliberación congresal que proponemos respecto a las leyes, advertimos que una discusión amplia, suficiente y razonable de las normas, supondrá no exonerar de debate la ley sometida a consideración de ingreso al ordenamiento jurídico, de tal forma que es exigible agotar los estándares de configuración de una norma, incluidos sus necesarios debates, más aún si esta va a regular procesos constitucionales, entendidos como las herramientas centrales para la defensa, tutela y protección de los derechos fundamentales.

Por lo tanto, no se trata de tener solo los votos suficientes para tomar una decisión,³ pues satisfecho tan solo este requisito, pero no el principio democrático en sí mismo, entonces tenemos leyes que, por el solo hecho de cumplir con el estándar de un número de votos exigido, entran al ordenamiento con serias

² STC 00025-2021-PI/TC y 00028-2021-PI/TC (acumulados), de 23 de noviembre de 2021. Voto Eloy Espinosa- Saldaña Barrera. F.J. 9

³ STC 00025-2021-PI/TC y 00028-2021-PI/TC. Voto Eloy Espinosa-Saldaña Barrera. F.J. 11

carencias de deliberación y reflexión, generándose, de esa forma, procesos constitucionales que van a remarcar estas ausencias.

En esa misma línea, de carencia de contenidos de debate, las normas crean escenarios complejos antes que situaciones favorables a su plena vigencia. De esa manera, se trata de evitar apariencias de deliberación y, en su lugar, optar por verdaderos procesos deliberativos.

El voto de Espinosa-Saldaña destaca, en consecuencia, la dignidad democrática de las decisiones políticas,⁴ más aún de aquellas adoptadas a nivel de Congreso, a fin de evitar la pura imposición de la voluntad de las autoridades. Desde este estándar de exigencia, la ausencia de debate de la norma que nos ocupa, dice el ponente, padece de déficit de deliberación, posición con la cual concordamos.

Coadyuva más a esta posición otro ángulo de enfoque del voto de Espinosa-Saldaña, quien alude a la inconstitucionalidad de una denominada cuarta legislatura, en relación a un pronunciamiento anterior del Tribunal Constitucional, el cual declaró incompatible con la Constitución el período parlamentario- esta cuarta legislatura- donde se aprobó la norma sometida ahora a control de constitucionalidad, esto es, el NCPCConst.

45

La acotación hecha merece una precisión: se previó en el Parlamento peruano la convocatoria a una cuarta legislatura, entre los días 13 de junio a 16 de julio de 2021, para terminar de aprobar, en un Congreso ya de salida, con sus legislaturas ordinarias, leyes que a criterio de ese cuerpo congresal requerían formal aprobación. Por lo tanto, esa cuarta legislatura, no prevista en el ordenamiento constitucional, implicó una regulación no convencional, con serias dudas de constitucionalidad.

Esta premura, de sacar adelante una norma en un período relativamente corto, sin que se agotara el debate a nivel de la sociedad civil, en definitiva, implicó no solo apuro, sino se obviaba incluso la exigencia de un amplio examen de la nueva a nivel de foros como Universidades, agremiaciones de abogados o ante foros de instituciones involucradas, aspectos que, al no ser satisfechos, refuerzan aún más la tesis de una carencia de deliberación y reflexión.

El razonamiento aquí es de sumo interés: si el periodo congresal aquí acotado es declarado inconstitucional, resulta lógico que todas las normas que se aprobaron en ese período, devengan igualmente inconstitucionales. Y, sin embargo, ello no tuvo lugar en tanto la declaración de inconstitucionalidad abarcó solo algunas

⁴ STC 00025-2021-PI/TC y 00028-2021-PI/TC. Voto Eloy Espinosa-Saldaña Barrera. F.J. 15

normas específicas aprobadas en ese período extraordinario, en específico las leyes de reforma constitucional 31280, 31304, y 31305.

Por los resultados alegados respecto al destino del caso que versa sobre el NCPCConst., tema que ahora nos ocupa- demanda infundada- es de notarse que este argumento tampoco fue acogido por la mayoría.

III. OTRAS CUESTIONES JURISDICCIONALES QUE ABORDAR.

Existen varias acotaciones que desarrolla el voto del magistrado Espinosa-Saldaña y nos parece importante destacar las que nos parecen más representativas. Nos vemos precisados a desarrollar un juicio de selección de lo más destacado de su voto, en consideración a que se trata de los aspectos más relevantes de su posición.

III.1. LA PROHIBICIÓN DE RECHAZO LIMINAR DE LA DEMANDA.

El artículo 6⁵ del NCPCConst. prevé taxativamente que los jueces constitucionales se ven impedidos de declarar el rechazo liminar de la demanda. Una cuestión trascendente aquí es hurgar en la *ratio legis* de la norma, en tanto que el NCPCConst. no ostenta una exposición de motivos que pudiera esclarecer más el tema, o conducirnos a las razones del legislador como fundamento de la posición que adoptó el sancionar una norma en determinado sentido.

Un primer esbozo de ese intento, en relación a la nueva regulación de prohibición de la improcedencia liminar, podría conducirnos a una hipótesis de maximización de la defensa de los derechos fundamentales. El razonamiento sería muy objetivo: si se persigue la defensa integral de los derechos tutelados por la Constitución, entonces debe privilegiarse la tramitación de los procesos constitucionales. Por tanto, debe delimitarse, en la decisión final que pone fin a la instancia, la cuestión de si una norma o situación afecta derechos fundamentales.

La premisa esbozada puede resultar satisfactoria en un ámbito de vigencia formal de sus alcances y, sin embargo, no cumple una condición material: la exigencia de que no cualquier pretensión merece un trámite en sede de derechos fundamentales, pues si desde el inicio de planteamiento de la pretensión, esta no

⁵ Código Procesal Constitucional, Ley 31307. Artículo 6. Prohibición de rechazo liminar

De conformidad con los fines de los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales, en los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento no procede el rechazo liminar de la demanda.

cumple los requisitos mínimos para su admisión, pues eso debe ser declarado por el juez.

El asunto central, en este aspecto, es que una disposición de este tipo-exigencia ineludible de admitir a trámite la demanda- afecta el principio de independencia judicial, el cual es objetivo en enfatizar que el juez no puede estar sometido a presiones externas de ningún tipo para determinar el sentido final de la controversia.

Lo afirmado *supra* debe entenderse, con más rigor, al observarse que la propuesta del artículo 6 en mención, impone, sin lugar a cuestionamiento, que todo proceso merece ser tramitado hasta su conclusión, con fallo de fondo, independientemente de si la causa es atendible o no.

Nuestra posición es clara: el juez debe quedar en potestad de determinar si admite o no a trámite la demanda, pues el estudio técnico – formal y material- de la naturaleza del caso, ha de decidir el destino de la cuestión. Y, sin embargo, si acaso el juez estuviere convencido de que no existe sustento alguno en la demanda, aún en ese escenario corresponde, de acuerdo al artículo acotado y observado, que la demanda deba ser admitida sin posibilidad alguna de rechazo.

47

Lo expuesto nos conduce a una situación embarazosa para los jueces: aun sabiendo el juzgador que la demanda no ha de concluir satisfactoriamente, es obligación del juez, a lo cual no puede oponerse, que la demanda siga su curso y concluya con fallo de fondo. ¿Es esto razonable? Definitivamente no.

El voto que nos ocupa aborda esta cuestión y la relaciona incluso con los dos precedentes constitucionales vinculantes ya enunciados, casos Elgo Ríos y Vásquez Romero antes acotados, los cuales precisamente le confieren un rango de validación a determinadas decisiones de los jueces respecto al rechazo de la demanda, liminar o de fondo. Y he aquí que se configura otro ángulo de debate: ¿puede una ley modificar, dejar sin efecto, o generar inaplicabilidad de un precedente constitucional vinculante? La contestación es de suyo negativa.

Podríamos formular una nueva objeción: si tanto la ley como el precedente constitucional vinculante tienen rango normativo, ¿no será que una ley deroga a otra ley? La respuesta es positiva, pero hay otra cuestión aún más trascendente: el precedente constitucional vinculante es una interpretación del Tribunal Constitucional, en tanto que la ley es una expresión regulativa del Congreso. Observamos, pues, que hay una diferencia notable, y es notorio que un precedente del Tribunal vincula, en tanto que una ley incompatible con la Constitución puede ser declarada inaplicable.

Con un análisis realmente breve de la mayoría respecto a la infundabilidad de la demanda, ciñéndose a que solo se cumplió el trámite formal de aprobación de la ley, esta cuestión no es examinada en el desarrollo de las premisas de la ponencia prevalente, de tal forma que podemos concluir que el voto principal deja incontestada esta situación.

III.2. LA AUSENCIA DE UN PERIODO DE *VACATIO LEGIS*.

El engarce de razonamientos en cuanto al denominado déficit de deliberación y reflexión con la cuestión de un necesario período de no vigencia de la norma, es un criterio de entero valor procedimental material, a fin de que aquella sea conocida progresivamente en el tiempo.

¿Qué implica un período de *vacatio legis*? Su definición literal es muy útil, en cuanto esa vacancia de la ley, esto es, ese período en el cual no está vigente la norma, va a servir enteramente para que los sujetos en el ordenamiento jurídico conozcan las nuevas disposiciones, se orienten respecto a sus alcances modificatorios de la normativa anterior, y prevean los efectos de aplicación de la nueva norma.

El Código Procesal Constitucional anterior, una creación de profesores (García, 2004. p. 1), contenido en la Ley 28237, de 2004, entró en vigencia, según su segunda disposición transitoria y derogatoria, 6 meses después de que fue aprobado. Este instrumento, "el primero en el mundo iberoamericano en esa contextura" (García, 2005, 404), organizaba con solvencia diversos procesos constitucionales, y su conocimiento demandaba un esfuerzo de conocimiento de sus estándares.

La justificación del acotado período de no vigencia es razonable: una herramienta que comporta la tutela de derechos fundamentales debe ser objeto, en su etapa pregislativa, de un importante debate en la sociedad civil, a fin de recoger los aportes de las instituciones jurídicas y de las personas que van a sufrir los efectos de la norma. Con esto se logra que el legislador afiance, afine y ciertamente mejora la norma, y así estamos ante una visión omnicomprendensiva de la nueva norma.

A su vez, luego de aprobada la norma, si esta comporta cambios sustantivos en el ordenamiento jurídico, igualmente debería cumplir un período de no vigencia, o *vacatio legis*, en el cual los partícipes del sistema- jueces, fiscales, abogados y sociedad civil- deben ir conociendo la norma y sus alcances. Esto es, un rigor, una

vacatio legis, pues no estamos ante un ingreso abrupto de la nueva regulación al ordenamiento, con las consecuencias negativas que podamos prever.

El caso del NPConst es muy *sui generis*, en la medida que, aprobada la norma por el Congreso, el Poder Ejecutivo la observa,⁶ y, sin embargo, por un trámite denominado de insistencia, el Parlamento logra su aprobación, pero esta no tiene lugar dentro de un período regular de sesiones, sino en una llamada cuarta legislatura que, además de no convencional, implicó un rápido trámite de aprobación, en tanto no se acogieron las observaciones del Poder Ejecutivo.

Entonces, es de observarse que ni hubo suficiente debate en la aprobación de la norma, ni tampoco la misma satisfizo el principio democrático, en cuanto no tuvieron lugar ni una deliberación suficiente a nivel del mismo órgano legislativo, ni tampoco se produjo una reflexión necesaria para la configuración adecuada de la nueva norma.

Decíamos, líneas *supra*, que el anterior Código Procesal Constitucional fue una creación de profesores. Es de interés remarcar esta idea pues, por oposición, como bien anota Monroy Gálvez (2021, p. 61), respecto del NCPCConst., "a pesar que ya está vigente (...) todavía se desconoce quiénes lo elaboraron".

49

Este asunto no es menor, dado que una mayor deliberación y reflexión sobre la nueva norma, hubiera permitido conocer a los propulsores de los cambios. La ausencia de esa sustentación de ideas, pone de manifiesto una de nuestras posiciones principales en este estudio: las normas, mientras mayor sea su importancia, exigen mayor debate, en todos los estamentos de la sociedad civil.

IDEAS A TÍTULO DE CONCLUSIÓN.

La dación de leyes constituye una expectativa de interés. Asumimos, *a priori*, un estudio técnico, formal y material, por parte del legislador a efectos de satisfacer una necesidad de la sociedad, cuando de sancionar una ley se trata. Debemos inclinarnos, hasta donde nuestro esfuerzo alcance, por entender que las leyes van a ser verdaderas herramientas de interés para la comunidad.

Un tanto más allá, el denominado principio de deferencia con el legislador, en realidad una clave para la legitimidad democrática, nos lleva a asumir, conjuntamente con el principio de presunción de constitucionalidad de los actos del legislador, que esa ley goza, *prima facie*, de compatibilidad con la Constitución.

⁶ Una amplia reseña de los fundamentos de la observación, de fecha 02 de julio de 2021, puede ser observada en https://es.scribd.com/document/514090548/ULTIMO-Ejecutivo-observa-autografa-del-nuevo-Codigo-Procesal-Constitucional#fullscreen&from_embed

Hasta aquí el panorama funciona operativamente bien. Y, sin embargo, en casos como la dación del nuevo Código Procesal Constitucional en Perú, sometido ya a control abstracto por parte del Tribunal Constitucional, asumimos que no ha habido deliberación y reflexión suficientes, como condiciones necesarias para la aprobación de una ley.

Hemos desarrollado, en este trabajo, la idea de que no solo ha habido esa ausencia de debate necesario en la dación de la ley, sino más aún, es el mismo fallo del Tribunal Constitucional de Perú que, al declarar infundada la demanda a través de un voto prevalente excesivamente sucinto, no llega a atender cuestiones importantes que planteaban las demandas formuladas contra una norma de tanta importancia como lo es el NCPCConst., un instrumento destinado a la defensa sin condiciones de los derechos fundamentales, así como al principio de preservación de la primacía normativa de la Constitución.

Dado el escenario descrito, no se aborda en el voto en mayoría diversas cuestiones jurisdiccionales que sí enfatizaban las demandas se debía abordar, de tal manera que son los votos en minoría los que se ocupan de esta cuestión. Pretorianamente, hemos considerado solo una mención enunciativa de solo algunas cuestiones jurisdiccionales que eran de sumo interés se esclareciese, pero que, al no hacerlo la mayoría, sí se realizan, a juicio nuestro, desde el enfoque de los votos en minoría.

Entre los aspectos acotados, hemos cuestionado, de manera central, la prohibición de rechazo liminar de la demanda, así como la ausencia de un periodo de *vacatio legis* de la nueva norma aprobada. El primer aspecto, hemos acotado, afecta el principio de independencia judicial, así como el segundo, se vincula al llamado déficit de deliberación y reflexión, en tanto una norma que no tiene el espacio necesario para su análisis, pues no ingresa al ordenamiento en condiciones óptimas, y de ahí su cuestionamiento en procesos de control concentrado como el que nos ocupa.

Por tanto, es nuestra conclusión coincidir con los fundamentos de la posición en minoría, destacando, de forma especial, los fundamentos del voto del magistrado Espinosa-Saldaña en la sentencia que hemos examinado a propósito de la demanda interpuesta contra la nueva norma sobre procesos constitucionales. El voto en comento aborda las cuestiones más relevantes del caso, entre otras, el propio camino de aprobación procedimental de la norma. Resulta así uno de sus argumentos principales la carencia de debate suficiente, así como hemos creído

pertinente examinar solo parte de los fundamentos en cuanto se refiere a temas jurisdiccionales propiamente dichos.

Creemos que las normas constituyen precompromisos con la democracia, en especial con el principio democrático, de tal forma que, si no se cumple el lineamiento de aprobación no solo formal sino material de una ley, entendido esto último como un abordaje serio de la norma que entra en vigencia, entonces se crean problemas de aplicación.

En el caso que nos ocupa – la dación del NCPConst. – prevemos que la norma es perfectible y que el Tribunal Constitucional perdió, con el voto en mayoría, una extraordinaria oportunidad para delimitar adecuadamente el debate constitucional que la materia exigía. Por su parte, los votos en minoría revelan un mayor esfuerzo persuasivo, así como un nivel de análisis cognitivo razonable que nos induce a considerar estimados sus argumentos.

Al fin y al cabo, las decisiones judiciales asumen la misma dinámica de aquella frase que alude a que la mujer del César no solo debe serlo sino también parecerlo. Aunque el ejemplo aludido pueda parecer exagerado, convendríamos en que no basta que las decisiones de los jueces se expidan simplemente como tales, sino que a su vez deban satisfacer la necesidad de justicia constitucional integral que demandan sujetos e instituciones con fuerte vinculación a los derechos fundamentales.

51

BIBLIOGRAFÍA

Blume, E. (2004). *El Código Procesal Constitucional*. En *Derecho y Sociedad* 23. Pontificia Universidad Católica del Perú. En: file:///C:/Users/usuario/Downloads/document%20(6).pdf

Bobbio, N. (2002). *Teoría general del Derecho*. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia.

García, D. (2004). *El nuevo Código Procesal Constitucional. Alcances, reflexiones, perspectivas*. Entrevista al profesor Domingo García Belaunde. En *Advocatus* 11. 2004-II. En: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/2600-Texto%20del%20art%C3%ADculo-9710-1-10-20181107%20(1).pdf

García, D. (2005). *El nuevo Código Procesal Constitucional del Perú*. En *PROVINCIA*. Universidad de los Andes, Venezuela. Número especial 2005. En: <https://www.redalyc.org/pdf/555/55509913.pdf>

Monroy. J. (2021). *Comentarios exegéticos al "nuevo" Código Procesal Constitucional*. En *Gaceta Constitucional* 165. Gaceta Juridica. Setiembre 2021.

**Ni urgente, ni necesario; más bien:
desastroso**
***Reflexiones sobre los efectos del Código
Procesal Constitucional a más de un año de
vigencia***

Not urgent, nor necessary; rather: disastrous
***Reflections on the effects of the Constitutional Procedural Code on
more valid for one year***

✍ JHONNY TUPAYACHI SOTOMAYOR¹

*“No os dejéis, ante todo, seducir
por el mito del legislador. Más bien, pensad
en el juez, que es verdaderamente la figura
central del derecho. Un ordenamiento jurídico
se puede concebir sin leyes, pero no sin
jueces”.*

Hans Kelsen (1881 - 1973)

53

Resumen

El ensayo nos ofrece una mirada crítica al nuevo Código Procesal Constitucional, en particular, al considerar que su artículo 6 ha eliminado la posibilidad de que los jueces declaren en la primera oportunidad la improcedencia de una demanda en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento. Señala, además, que este nuevo código contiene artículos que no solo son inconstitucionales, sino que van en contra de múltiples pronunciamientos del Tribunal Constitucional y tratados

¹ Abogado y magister en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM. Especialista en Jurisdicción Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Bolonia – Italia. Miembro Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, actual Procurador Público Adjunto del Poder Judicial responsable de los procesos constitucionales. Docente de pre y postgrado de diversas universidades del Perú. Autor de múltiples artículos jurídicos y textos en su especialidad.

internacionales aplicables en la defensa de los derechos fundamentales. Desarrolla también otros aspectos relativos a la aprobación del nuevo Código Procesal Constitucional.

Palabras clave

Tribunal Constitucional, nuevo Código Procesal Constitucional, rechazo liminar de la demanda, amparo contra resoluciones judiciales

Abstract

The essay offers us a critical look at the new Constitutional Procedure Code considering that its article 6 has eliminated the possibility that judges declare at the first opportunity the inadmissibility of a protective action, habeas corpus, habeas data and compliance. It also points out that this new code contains articles that, apart from the fact that they are unconstitutional, they go against multiple pronouncements of the Constitutional Court and international treaties applicable in the defense of fundamental rights. It also develops other aspects related to the approval of the new Constitutional Procedure Code.

54

Keywords

Constitutional Court, new Constitutional Procedure Code, preliminary rejection of the lawsuit, amparo against judicial decisions

Sumario

I. REMINISCENCIA PROCESAL. II. LOS DESASTRES DE LA REFORMA PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SU INCONSTITUCIONALIDAD. III. EFECTOS REALES DE LA ELIMINACIÓN DEL *RECHAZO IN LIMINE* A UN AÑO DE SU VIGENCIA. IV. EL COSTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. V. LA DESNATURALIZACIÓN DEL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES. VI. REVISANDO LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL COMPARADA. VII. A MANERA DE CONCLUSIONES.

I. REMINISCENCIA PROCESAL.

Hace más de diecisiete años atrás, mi querido amigo Mario Castillo Freyre publicó un libro llamado *“Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso”*, en el cual comentaba y cuestionaba las modificaciones innecesarias al Código Civil, el tiempo le dio la razón en la medida que dicho cuerpo normativo siguió vigente sin la necesidad de muchas de las propuestas impulsadas en aquel momento. Hoy la misma historia se repite, con diferencias resaltantes; las propuestas de reforma no nacieron de una comisión académica que sustentara las mismas y que hayan sido debatidas en senos de discusión jurídica, sino, nace del antojo y apuro del legislador que apoyándose de algunos destacados profesores *-que prestaron su opinión sobre temas puntuales más no del contenido final-* y del cierre de legislatura; decidieron ingenua y precozmente incorporar modificaciones que hoy pueden advertirse no como defectuosas sino más bien, como desastrosas.

55

Ha pasado más de un año y medio de publicada la Ley N° 31307 que aprobó el *“nuevo”* Código Procesal Constitucional. Sobre este cuerpo normativo procesal no puede ser llamado *“nuevo”*, dado que conlleva a una repetición normativa de los artículos ya establecidos en la derogada Ley N° 28237, siendo que de los 121 artículos originales; 86 artículos han mantenido el mismo contenido original, 50 artículos han sido modificados parcialmente en su contenido original y solo 32 artículos han incorporado o contenido nuevo añadido a un texto existente, lo cual, conlleva a que *no puede argüirse ser un texto normativo originario*, ni mucho menos se podría imputar paternidad alguna a los impulsores de dicho texto, más sí alcanzaría un rotulo de *“padrastrós”* de un texto ya creado.

Cabe recordar que antes de esta aventura parlamentaria de querer hacer modificaciones al Código Procesal Constitucional, existieron dos comisiones oficialmente convocadas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para estudiar y analizar las actualizaciones que dicho cuerpo normativo requeriría, las cuales reunieron diversos especialistas; la primera en el año 2009 mediante Resolución Ministerial N° 201-2009-JUS de fecha 20 de octubre de 2009 y la segunda mediante Resolución Ministerial N° 321-2016-JUS de fecha 02 de noviembre del mismo año, teniendo como punto en común que ambos grupos de trabajo fueron dirigidos por el maestro Domingo García Belaunde y otros académicos que apostaron por modificar diversos

artículos del corpus procesal pero, de ninguna forma se propuso la modificación integral del mismo.

Recordada fue la recepción que tuvo este cuerpo procesal constitucional, que al primer día de vigencia mereció dos demandas de inconstitucionalidad, las mismas que tuvieron el pasado 23 de noviembre del 2021 una total ausencia de pronunciamiento de fondo de parte del pleno del Tribunal Constitucional, al declarar infundada las dos demandas de inconstitucionalidad (Exp. N.º 00025-2021-PI/TC y 00028-2021-PI/TC) acumuladas, por no alcanzar los votos suficientes para determinar su inconstitucionalidad, tal como requiere el artículo 5º segundo párrafo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Sobre dicha sentencia, quedó claro nuevamente el fraccionamiento del anterior colegiado constitucional *-distinto a una discrepancia racional-*, ello, porque frente a diversos artículos manifiestamente inconstitucionales primó el “*bloque de fuerzas*” que se ha visto manifiesto en múltiples fallos y que entendemos responde a un componente de carácter personal y lejano a lo que debe identificar al juez constitucional.

56

Aún queda como último peldaño de la escalera o luz al final del túnel, la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Poder Judicial (Exp. 030-2021-AI/TC), la misma que postula cuestionamientos a los artículos 5º segundo párrafo, artículo 6º, artículo 23º, artículo 29º y artículo 37º inciso 8, los mismos que son inconstitucionales al ser leídos en base a la protección y defensa de los derechos fundamentales o principios de connotación procesal albergados en la Constitución.

En base a ese contexto histórico el presente ensayo busca promover una mirada crítica a este código procesal constitucional, en particular, la afectación generada por el art. 6 al debido proceso y la tutela procesal efectiva, considerando que dicho artículo elimina la posibilidad de que los jueces declaren *in limine* la improcedencia de una demanda en los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento, teniendo que esperar aún hasta la audiencia única o luego de ella para hacerlo.

Asimismo, abordaremos una cuestión poco atendida en relación a la regulación de los amparos contra resoluciones judiciales y sus nuevas reglas de competencia, las cuales denotan lo apresurada y poco pensada que fue la

aprobación de la Ley N°. 31307. En extremo, además, se aprovechará también la oportunidad para pronunciarse sobre el problema latente que existe en el caso del amparo contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones y su desatención absoluta por parte del legislador.

II. LOS DESASTRES DE LA REFORMA PROCESAL CONSTITUCIONAL Y SU INCONSTITUCIONALIDAD.

Este Código Procesal Constitucional contiene artículos que no sólo son inconstitucionales de plano, sino que van en contra de múltiples pronunciamientos del Tribunal Constitucional y tratados internacionales que son recurribles en la defensa de derechos fundamentales, afectando con ello, por un lado, las competencias de la defensa técnica del Poder Judicial en procesos contra resoluciones judiciales y, por el otro, la tutela procesal efectiva por parte de los recurrentes a la justicia constitucional, conforme expondremos en líneas siguientes.

57

2.1. La prohibición del rechazo liminar en los procesos de tutela de derechos.

El actual artículo 6° del vigente Código Procesal Constitucional, incorpora como *“principal modificatoria a diferencia de su antecesor”* la prohibición del rechazo liminar, estableciendo la siguiente redacción:

Artículo 6.

De conformidad con los fines de los procesos constitucionales de defensa de los derechos fundamentales, en los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento no procede el rechazo liminar de la demanda.

Esta decisión es un cambio drástico en la legislación y en el ámbito procesal. Lo llamativo de tal medida, no es el argumento justificante dado por sus promotores, quienes dieron solo dos argumentos: *“el rechazo liminar fue utilizado como herramienta de parte de los jueces para desconocer las demandas y evitar carga procesal”* o *“no es justificable que existan limitaciones a la protección de derechos fundamentales en procesos de tutela”*; lo peor del caso, es que tales argumentos no se encuentran en ninguna de las iniciativas legislativas presentadas y que generaron la modificatoria impuesta, ni mucho menos está sustentado técnicamente en el *“dictamen”* emitido por la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la

República, su único espacio de reflexión y debate se dio entre comentarios sueltos realizados en las sesiones de trabajo del grupo encargado de plantear las reformas aprobadas.

Y es tan incongruente la eliminación del rechazo liminar, que el legislador olvida que existen demandas absurdas y burdas como bien lo ha demostrado diversos antecedentes procesales; el caso del “presidente Rata” está lejos de ser el único caso disparatado en nuestra jurisprudencia constitucional. De forma más reciente y ya con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, el Cuarto Juzgado Civil de Piura tuvo que admitir a trámite una demanda de amparo interpuesta contra Mark Zuckerberg (Exp. N° 00900-2021-0-2001-JR-CI-04), por considerar que Facebook había vulnerado su derecho a la libertad de expresión con el bloqueo temporal de una cuenta de usuario en dicha red social². De igual forma podemos encontrar la demanda de Habeas Corpus iniciada contra diversos funcionarios estatales e internacionales como el caso de Joe Biden actual presidente de EE.UU. (Exp. N° 06182-2022-0-1801-JR-DC-07).

58

El propio Tribunal Constitucional reconoce que existen demandas con pretensiones absurdas o claramente improcedentes, que lindan entre la temeridad procesal y el total desconocimiento del Derecho. Asimismo, no debe ser extraño en nuestro medio dado que la poca formación constitucional conlleva a un mal uso de los procesos constitucionales, siendo el rechazo liminar el filtro para dar prioridad a aquellas demandas que merecen atención y sobre todo tutela urgente. En esa línea, el colegiado constitucional resolviendo el recurso de agravio en el Exp. N° 2620-2003-HC/TC, señaló lo siguiente:

«[...] Merituados los argumentos de las partes, así como las instrumentales obrantes en el expediente, este Colegiado considera que el petitorio formulado representa un absoluto despropósito jurídico y una falta de respeto a la majestad de quienes administran justicia. Y si se ha redactado la presente sentencia consignando algunas de las frases utilizadas por el recurrente, muchas de las cuales merecerían testarse por su

² Por si ello no fuera suficiente, en la demanda se solicitó también el pago de una indemnización por el monto de 300 mil dólares.

carácter grotesco e irreverente, ello obedece únicamente a la necesidad de ejemplificar con objetividad el grado de tolerancia que asume la justicia constitucional, lo que, sin embargo, no debe confundirse con lenidad ni libertinaje, como parece creerlo el recurrente, quien con sus actos, por lo demás acreditados plenamente en los autos, y del propio tenor de sus escritos, evidentemente no viene haciendo uso de ningún derecho constitucional, sino simplemente ofendiendo la dignidad de las personas. Una cosa es expresar libremente las ideas y otra, totalmente distinta, instrumentalizar la práctica de las mismas para ofender expreso la honra, como ha ocurrido en el presente caso.

Por consiguiente, y al margen de que la presente demanda resulte totalmente infundada, por no existir ninguna razón objetiva que acredite la amenaza sobre los derechos del recurrente, este Colegiado, habida cuenta de la condición de abogado del accionante y de la evidente temeridad procesal con la que ha obrado, considera pertinente al caso de autos la aplicación de los artículos 111° y 112° del Código Procesal Civil, aplicables supletoriamente, de conformidad con el artículo 63° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435”.

[el subrayado es nuestro].

En ese sentido, la nueva fórmula legislativa que exige al juez la admisión indiscriminada de la demanda constitucional, aun cuando estas pudieran ser descabelladas, desnaturaliza la finalidad a la cual sirve la jurisdicción constitucional y supone una intensa afectación a los derechos y principios procesales que nuestra Constitución reconoce, sobre todo al de tutela procesal efectiva. Como bien demostraremos en líneas siguientes, es una medida que trae consigo serios problemas, tanto jurídicos como técnicos y, sin duda alguna, su permanencia en nuestro sistema procesal constitucional supone un completo desacierto que genera diversos problemas que detallaremos.

a) Vulneración de la autonomía judicial y la separación de poderes.

La autonomía judicial es la garantía para evitar que algún poder del Estado interfiera y afecte la independencia de la justicia. En un Estado de

Derecho es innegable la existencia de la independencia de los jueces (inc. 2 del art. 139 de la Constitución) la cual debe verse reflejado en forma material y sustancial en los instrumentos jurídicos. En tal sentido, la autonomía funcional del juez se manifiesta en la potestad de cumplir con su función - *administrar justicia*-, para que esta sea desarrollada en forma independiente (con autoridad necesaria) y ejecutable. En consecuencia, ningún órgano dentro del propio Poder Judicial (internos) u otros poderes del Estado o provenientes del sistema social en general (externos) pueden orientar la actuación jurisdiccional y, por ende, no se pueden adoptar medidas que afecten la garantía de independencia en sus funciones.

En esa línea, se debe evitar que una decisión judicial sea el resultado de un mandato o presión sobre el funcionario que la adopta, pues *es la autoridad judicial quien determina la aplicación, alcance, interpretación e integración de las normas jurídicas (en su función de administrar justicia)*. En tal caso, el juez resuelve los procesos sometidos a su conocimiento y dispone de un amplio margen de valoración del Derecho, pudiendo interpretar y ajustar a su entendimiento como actividad propia de su función de juzgar (dando primacía a la lógica y la razón por sobre la rigidez legal); así como darles a sus resoluciones el carácter de decisiones que gozan de la autoridad de cosa juzgada.

La exclusividad de esta función impide que cualquier órgano del Estado por medio de la ley, pueda, entre otros, imponer un modo especial para orientar su razonamiento y su decisión o coartar las atribuciones judiciales concernientes al control de la juridicidad de los actos de las autoridades.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del 03 de enero de 2003, expediente número 010-2002-AI/TC, caso Marcelino Tineo Silva y más de 5000 ciudadanos, señaló en el fundamento jurídico 136 lo siguiente:

“Sí, en cambio, podrían abrigarse ciertas dudas de inconstitucionalidad si el precepto impugnado se interpretase en sentido literal, tal y como lo han denunciado los demandantes; esto es, en el sentido de que una vez formalizada la denuncia por el representante del Ministerio Público, el juez penal irremediablemente deberá de abrir instrucción, sin posibilidad de calificar si, en cada caso concreto, existen suficientes y

*objetivos elementos de que, contra quien se abre instrucción, ha cometido un ilícito penal. Pero, en tal supuesto, no es el principio de presunción de inocencia el que se vería afectado, sino el de **autonomía de los jueces, en la medida que un mandato de esta naturaleza no les permitiría realizar un análisis del caso, sino abrir, mecánicamente, la referida instrucción**. [el subrayado es nuestro].*

Por tanto, la autonomía sólo podrá concretarse en la medida en que los propios jueces decidan sin injerencia de terceras personas. En el caso concreto, se vulneró la autonomía judicial con el artículo 6 del “nuevo” Código Procesal Constitucional se reprime, impide y prohíbe el control de las demandas que tutelan derechos fundamentales cuando incurran evidentemente en causales de improcedencia, pues obliga e impone a los jueces a admitir todas estas demandas de “*forma automática y mecánica*” sin darles la posibilidad que en el ejercicio de su función jurisdiccional, puedan revisar el contenido de este tipo de demandas (en cuanto a la aplicación, alcance, interpretación e integración de la normas jurídicas o valoren los medios de prueba, con primacía a la lógica y la razón por sobre la rigidez legal). Esto significaría que tendría que esperarse hasta la emisión de la sentencia para desestimar la demanda.

61

Devendría en el absurdo que se tramite una demanda de habeas corpus cuando no se agotó la vía previa ni exista resolución firme (*se expide una resolución judicial de prisión preventiva en primera instancia y encontrándose pendiente de resolver el recurso de apelación interpuesto por el mismo demandante*) o en un proceso de amparo se cuestione una resolución judicial firme recaída en otro proceso constitucional, o la demanda haya sido interpuesta después de 120 días hábiles de producida la afectación o sea evidente que no existe ninguna vulneración o violación de algún derecho constitucional porque ni siquiera ha sido invocado.

La norma procesal constitucional en comentario va en contra sentido a los demás ordenamientos procesales existentes en nuestro país, donde el juez tiene la potestad de rechazar inmediatamente la demanda ejerciendo su facultad autónoma (valorando la pretensión, pruebas acompañadas, revisando la aplicación e interpretación de las normas jurídicas), concluyendo que es evidente su desestimación.

En esa línea podemos encontrar el segundo párrafo del artículo 427 del Código Procesal Civil, señala:

*«Si el juez estima que la demanda **es manifiestamente improcedente, la declara así de plano** expresando los fundamentos de su decisión [...]» [el subrayado es nuestro].*

En ese mismo sentido, el segundo párrafo del artículo 17 de la nueva Ley Procesal del Trabajo, señala lo siguiente:

Artículo 17.-

*“(...) en el caso de que la improcedencia de la demanda sea notoria, **el juez la rechaza de plano** en resolución fundamentada (...)”*
(el subrayado es nuestro).

62

Igualmente, el artículo 22 del T.U.O de la Ley N 27584 - Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, indica:

Artículo 22.- Improcedencia de la demanda

La demanda será declarada improcedente en los siguientes supuestos:

(..)

7. En los supuestos previstos en el artículo 427 del Código Procesal Civil.

Es evidente que dichas normas legitiman el ejercicio jurisdiccional del juez no sólo en el marco normativo, sino también en la especialidad de su función. Una lectura contraria, sería pretender dirigir la voluntad y potestad discrecional del juez. Del artículo 6 del Código Procesal Constitucional de manera injustificada e inválida y con el aparente objetivo de “*garantizar el derecho de los demandantes*” o el pretexto de “*protegerlos*” se termina por arrebatar a los jueces una función que tiene que ver con su trabajo y labor profesional (calificar las demandas), afectando gravemente su autonomía.

Es evidente que el Legislativo afectó el principio de separación de poderes previsto en el artículo 43 de la Constitución, el mismo que reconoce la autonomía funcional de los órganos jurisdiccionales pero que se ve

mermado por el criterio del legislador de imponer que el juez debe admitir cualquier tipo de demanda constitucional sin mediar en la pretensión o argumentación de la misma, es decir regresamos al aforismo el “*juez boca de la ley*”.

b) Generación de carga procesal, afectación al derecho de defensa y tutela jurisdiccional efectiva.

El diseño del actual Código Procesal Constitucional olvida que existe una parte procesal en los procesos constitucionales que es el Estado, ello, sobre todo en los procesos de amparos y habeas corpus contra resoluciones judiciales defensa ejercida por su Procuraduría Pública. La eliminación del rechazo liminar conlleva al incremento desmedido de la carga procesal y por ende la complejidad de ejercer una defensa efectiva, dado que debe destinarse tiempo y recursos a contestar demandas que de por si son improcedentes de plano pero que deben ser contestadas por responsabilidad funcional.

Conforme la Constitución y el D. Legislativo N° 1326, la defensa de los intereses del Estado (Poder Judicial) es ejercida por la Procuraduría Pública; sin embargo, sería una utopía o quimera el poder cubrir la defensa de todos los procesos constitucionales generados a nivel nacional, ello, por el ingente y desmedido número de demandas interpuestas sin filtro de admisión, lo cual afectaría la eficacia y eficiencia en la defensa de todos los casos, dado que no existiría tiempo razonable ni el personal suficiente para plantear la estrategia de defensa adecuada.

En ese contexto, la defensa del Estado no podría cumplir con el ejercicio concreto de la defensa, violándose el núcleo esencial de la garantía constitucional de dicho derecho con incidencia negativa y determinante en la decisión judicial, en tanto y en cuanto, se cumpliría un papel meramente formal, olvidando que en muchos de los procesos contra resoluciones judiciales iniciados está de por medio sentencias donde se resolvieron casos emblemáticos, cuyo resultado en el proceso constitucional deja paralizar o dejar sin efecto lo resuelto en sede ordinaria, sobre todo en casos de comisión de delitos sensibles y complejos.

En ese contexto, la eliminación del rechazo liminar afecta a las partes procesales de los procesos constitucionales, a los demandantes por la falta de celeridad (demora) que se ocasionaría en la resolución de los casos por el ingente número de demandas que recibe el Poder Judicial cada año y el

reducido número de órganos jurisdiccionales (lo que podría afectar gravemente, además, la calidad de la motivación de las resoluciones que se emitan) y por otro lado, la tutela procesal efectiva en la medida que en muchos casos la justicia a impartirse devendría en tardía (*sustracción de la materia*) o en algunos casos inejecutable (*irreparabilidad del derecho*). Las condiciones descritas **afectaría considerablemente una de las características principales de este tipo de procesos: la economía y celeridad procesal**, en tanto que el objeto de protección de los procesos constitucionales requiere que se emita una respuesta judicial célere y de tutela urgente para reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho constitucional o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo, haciendo desaparecer la situación o acto lesivo.

Al respecto, y con el ánimo de profundizar lo expresado, es conveniente citar uno de los argumentos de la contestación de la demanda de inconstitucionalidad contra el Poder Legislativo planteada por la Procuraduría Pública del Poder Judicial, ello, contra varios artículos de la Ley N. 32307, donde se indica:

64

«En efecto, lo que persigue la disposición objeto de control es asegurar que el justiciable que presenta una demanda en un proceso constitucional de Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data y de cumplimiento, tenga la garantía de que el juez evaluará con la debida eficacia su caso, y solo después de analizar tanto la demanda como la contestación de la misma [...]

De esta manera, el artículo 6 (Prohibición de rechazo liminar) del Nuevo Código Procesal Constitucional garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva los justiciables en los procesos constitucionales, de conformidad con uno de los deberes primordiales del Estado establecido en artículo 44 de la Constitución [...]» [el subrayado es nuestro].

Como se puede apreciar, lo que sustenta el apoderado del Congreso de la República es que, con la prohibición de rechazo liminar no se vulnera el principio/derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; sino por el contrario, se

amplía el margen de acceso a la justicia. También se argumenta que, al obligar al juez a declarar la improcedencia luego de calificada la contestación, se promueve que el caso sea evaluado con una “*debida eficacia*”. Con estos argumentos se está ignorando tajantemente que en un Estado Social y Democrático los derechos fundamentales no son solo derechos de naturaleza subjetiva, sino que cuentan también con una dimensión objetiva la misma que obliga la existencia de mecanismos normativos y procesales que hagan realmente efectivo su protección. En esa línea el Tribunal Constitucional ha señalado ello en el fundamento jurídico 9 de la sentencia Exp. N. 03330-2004-AA/TC, donde menciona:

“En su dimensión objetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional. (...)”.
(el subrayado es nuestro).

65

Asimismo, en el fundamento jurídico 4 de la sentencia del Exp. N° 53/1985, el Tribunal Constitucional español señala en forma clara como deben ser concebidos los derechos fundamentales:

«[...] la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce de la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también, la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas”, obligación que adquiere especial relevancia allí

donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa».
[el subrayado es nuestro].

Dicho de otro modo, en virtud de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, el Estado está “obligado a actuaciones positivas a fin de crear las condiciones necesarias para hacer de los derechos fundamentales realidades efectivas” (Castillo, 2003, pp. 183-196).

En esa lógica es evidente la clara afectación a los derechos de los demandantes, en particular, a la tutela jurisdiccional efectiva, pues, lejos de crear las condiciones necesarias para su adecuado ejercicio, se viene dificultando en demasía la existencia de un escenario que lo permita. El legislador no ha tomado en cuenta la verdadera justificación y alcance de una figura procesal como la del rechazo liminar. No dudamos de las buenas intenciones del Congreso de la República, pero si se aprecia un profundo desconocimiento del sustento técnico de las figuras jurídicas.

66

La prohibición del rechazo liminar invita al incremento de las causas o controversias que ingresan a la jurisdicción constitucional, obligando al juez constitucional a admitirlas a trámite indiscriminadamente. La inversión de tiempo en causas que no ameritan ser admitidas conlleva la postergación de aquellas que sí requieran de tutela urgente. Por tanto, la importancia del rechazo liminar no sólo conlleva a reducir la carga procesal [y evita todos los inconvenientes anotados], sino que también sincera la naturaleza y procedencia de los procesos constitucionales, pues el juez constitucional, dentro de su autonomía y competencia hace una calificación primigenia del fondo de la demanda y lo contrasta con las causales de improcedencia que el propio Código contempla.

III. EFECTOS REALES DE LA ELIMINACIÓN DEL RECHAZO IN LIMINE A UN AÑO DE SU VIGENCIA.

Los efectos de la eliminación del rechazo liminar pueden verse materializados al momento de revisar los resultados que nos dan los números en frío. No requiere mucha lógica el suponer el incremento de la carga procesal en los juzgados constitucionales, ello por el uso indiscriminado y la apertura de los procesos constitucionales, para tal efecto, en líneas siguientes,

recurriendo al Sistema Integrado Procesal (SIP) de la Procuraduría Pública del Poder Judicial (Área Constitucional), procederemos a analizar el incremento de los procesos constitucionales de ***“Acción de Amparo y Habeas Corpus contra resoluciones judiciales” (CRJ)***, dentro de la clasificación de tipos de dichos procesos, lo cual incrementará en forma adicional la carga procesal en los juzgados constitucionales.

Cuadro N° 01
Demandas de Amparo y Habeas Corpus CRJ
-Presentadas x año-

Proceso/Año	2017	2018	2019	2020	2021	2022
Amparo	2,716	2,980	2,791	1,479	3,361	4,554
Hábeas Corpus	2,628	2,921	3,251	3,500	3,887	5,124

Fuente: elaboración propia.
Data actualizada al 31/12/22

Como puede apreciarse del cuadro precedente, el 2022 ha sido el año donde se ha tenido mayor carga procesal en los procesos de amparo y hábeas corpus a diferencia de los últimos cinco años, algo preocupante teniendo en cuenta que la nueva norma procesal constitucional entró en vigencia recién a mitad de año 2021.

Si ello no fuera suficientemente, podemos ver en forma más exacta el incremento de las demandas de amparo y corpus desde la medición por año contado de la fecha de expedición de la Ley 31307, conforme se aprecia:

Cuadro N° 02
Demandas de Amparo y Habeas Corpus CRJ
x año de vigencia del CoProConst.

Proceso/Año	2017-2018	2018-2019	2019-2020	2020-2021	2021-2022	Jul 2022 a Dic 2022
Amparo	2,774	3,092	2,199	2,418	4,205	2,412
Hábeas Corpus	2,541	3,303	2,985	3,606	4,992	2,498

Fuente: elaboración propia.
 Data actualizada al 31/12/22

Del cuadro precedente, el mismo que debe leerse en el periodo de julio a julio, llama nuestra atención que, desde la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional vigente, las demandas de Hábeas Corpus son 72.3% más que las del periodo anterior, mientras que las demandas de Amparo aumentaron en un 73.9 % en contraste con el año 2021. Estamos hablando de un total de 3,173 procesos adicionales que ingresaron a la judicatura constitucional y sobre los cuales los jueces constitucionales tuvieron o tendrán que pronunciarse.

Conforme a los resultados expuestos en los cuadros presentados, conlleva a preguntarnos: *¿cuántas de las demandas constitucionales presentadas realmente obtuvieron un pronunciamiento de fondo de parte de un juez constitucional?* y, por otra parte *¿cuál es el principal factor que conlleva a la improcedencia de las demandas constitucionales iniciadas?*

Si bien el ánimo *-más que razón-* del legislador para eliminar el rechazo liminar se justificó en la apertura de los procesos constitucionales para la salvaguarda de los derechos fundamentales y por ende el “*garantizar un mayor acceso a la justicia constitucional, toda vez que en los últimos tiempos se ha podido observar una escasa o casi nula protección de los derechos fundamentales debido a que los jueces han exagerado su visión de los procesos constitucionales como supletorios*”, tal lectura, no ha sido del todo cierta en la medida que el problema no es la limitada accesibilidad a los procesos constitucionales, sino por el contrario, **el problema es la “calidad**

postulatoria de las demandas”, manifiesto ello, en la inadecuada identificación del acto lesivo, la errada postulación de los derechos fundamentales afectados y la falta de determinación de la afectación al contenido constitucionalmente protegido; situación que ha venido dándose en los procesos existentes, generando altos índices de sentencias con fallos declarando improcedente o infundada la demanda, conforme puede verse:

Cuadro N° 03
Sentencias de Amparo CRJ (2021)

Sentencias	Fundada	Infund. / Improc.	Total
1ra instancia	68	641	709
2da Instancia	3	1,938	1,941
Agravio Constitucional	60	1,048	1,108
Total			3,758

Fuente: elaboración propia.
Data actualizada al 31/12/22

69

Cuadro N° 04
Sentencias de Amparo CRJ (2022)

Sentencias	Fundada	Infund. / Improc.	Total
1ra instancia	118	2,902	3,020
2da Instancia	13	1,575	1,558
Agravio Constitucional	18	375	393
Total			5,001

Fuente: elaboración propia.
Data actualizada al 31/12/22

Cuadro No 05
Sentencias de Habeas Corpus CRJ (2021)

Sentencias	Fundada	Infund. / Improc.	Total
1ra instancia	35	2,388	2,423
2da Instancia	37	584	621
Agravio Constitucional	37	878	915
Total			3,959

Fuente: elaboración propia.
Data actualizada al 31/12/22

Cuadro N° 06
Sentencias de Habeas Corpus CRJ (2022)

Sentencias	Fundada	Infund. / Improc.	Total
1ra instancia	16	3,761	3,777
2da Instancia	14	1,657	1,671
Agravio Constitucional	16	342	358
Total			5,806

Fuente: elaboración propia.
Data actualizada al 31/12/22

Como es apreciable de los cuadros precedentes, la gran cantidad de rechazos *in limine* (improcedencia) y sentencias infundadas de las demandas constitucionales no son producto de un mero capricho judicial por no asumir carga procesal, sino que tal decisión, se ve confirmada en segunda instancia, con lo cual se cumple con la garantía de revisión en instancia superior imparcial. En tal sentido, consideramos que el “*animus*” del legislador queda sólo en una buena intención, pero no conlleva una decisión técnico-jurídico, dado que no se avizoró el problema en forma real.

Recogiendo la data de la investigación de tesis del magister Luis Herrera Bustinza (2020), a razón de “*la sentencia interlocutoria denegatoria como barrera al acceso a la jurisdicción constitucional*”, si revisamos las razones por las cuales el Tribunal Constitucional deniega el recurso de agravio constitucional, podremos advertir que no existe mérito alguno para considerar que limitar el acceso a la jurisdicción constitucional deviene en perjudicial para la protección de los derechos fundamentales de los justiciables. En tal caso, conforme a la investigación referida, el autor da cuenta de las principales causales para la expedición de una sentencia interlocutoria, las misma que son:

Cuadro N° 07
Causales de Improcedencia “Sentencia Interlocutoria”
(2014 - 2017)

Causales	Número de resoluciones	%
Causal A: Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque.	89	0.76
Causal B: La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional.	3,541	30.16
Causal C: La cuestión de derecho invocada contradiga un precedente constitucional vinculante.	1,827	15.56
Causal D: Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.	6,283	53.52
Total	11,740	100

Fuente: Luis Herrera Bustinza

Si bien diferimos de la implementación de la sentencia interlocutoria y del precedente Vásquez Romero, puede advertirse del cuadro N° 04, la gran cantidad de sentencias interlocutorias (53.52%) que resolvieron por la improcedencia de las demandas constitucionales en el periodo 2014 a 2017, lo cual no responde a la huida de los jueces constitucionales de no aplicar derecho constitucional o por motivos acusados al propio proceso constitucional en sí. Se denota del cuadro, que la principal causa es el poco sustento jurídico de las pretensiones (*demandas*) y el desconocimiento de la jurisprudencia constitucional sobre el caso concreto, es por ello el índice de

rechazo al encontrar causas sustancialmente iguales (*jurisprudencia*) con criterio definido no observado por el accionante en su oportunidad o el ánimo de ir contra corriente jurisprudencial. De igual forma, la causal de la “*especial trascendencia constitucional*” -cuestionada por lo impreciso del término- también nos deja como lección, la importancia de la precisión en la identificación de los derechos fundamentales lesionados, dejando de lado planteamientos “*absurdos*” de parte de los abogados que invocan una “*supuesta*” afectación a derechos fundamentales, cuando no conocen de los mismos o desconocen la jurisprudencia constitucional.

En ese orden de ideas, enfatizamos nuestra pregunta *¿era necesaria la eliminación del rechazo liminar cuando los índices de fundabilidad son muy bajos en las demandas constitucionales?* Si el ánimo del legislador era resguardar el derecho de accesibilidad a la justicia constitucional, este se veía garantizado con la revisión de segundo grado del rechazo *in limine* y, en el peor de los casos cuando el propio Tribunal Constitucional conocía del RAC, califica el mismo y corría traslado a la parte demandada a efecto de contestar la demanda y resolver conforme a su competencia, ello por la necesidad de tutela urgente. A nuestro criterio, las cifras hablan por sí solas, demostrando que la medida fue innecesaria, desnaturalizando la excepcionalidad de la justicia constitucional, al generar efectos en la carga procesal, lo cual conllevará a que las controversias de relevancia constitucional no sean atendidas en un momento oportuno.

IV. EL COSTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

Si bien es incuestionable la necesidad de implementar la especialidad constitucional como ámbito funcional de los magistrados, este proceso no sólo parte de los enunciados normativos y los buenos propósitos de los legisladores. Tal situación sucede en el Código Procesal Constitucional vigente, donde se establece que los procesos constitucionales son de conocimiento del juez constitucional, olvidando que a nivel nacional sólo existen 12 juzgados constitucionales (11 ubicados en Lima y 1 en Arequipa); siendo que, en todo el Perú, asumen los procesos constitucionales los jueces especializados civiles y penales.

La implementación de los juzgados constitucionales conlleva el destino y manejo de recursos económicos “*presupuesto*” competencia con la

que no cuenta el Parlamento. Más aún, cuando en el Informe N° 000044-2021-OPJ-CNPJ-J-CE-PJ, el jefe de la Oficina de Productividad Judicial del Poder Judicial, comunico que la demanda adicional de órganos jurisdiccionales que se requiere para la implementación del “nuevo” Código Procesal Constitucional son de 18 juzgados constitucionales cuyo costo anual asciende a S/ 23,710,536 soles, que van a ser necesarios para la contratación de jueces y personal jurisdiccional; así como para los costos de bienes y servicios y la adquisición de activos no financieros.

En ese sentido, el cumplimiento de lo estipulado en el artículo cuestionado conlleva modificaciones presupuestales para el Poder Judicial, generando gastos a la institución, lo cual, se encuentra fuera del presupuesto inicial de apertura (PIA) y lejos de las modificaciones a darse, las cuales priorizan otras necesidades institucionales. Esto significa convertir a la Ley N° 31307 en una norma que indirectamente contraviene el artículo 79° de la Constitución, que prohíbe al Congreso de la República la iniciativa de gasto público, pues la vigencia de esa Ley implica innecesariamente el aumento del gasto que desequilibra el presupuesto del Poder Judicial y ni siquiera tuvieron cuidado en analizar los ingresos o medidas alternativas para cubrirlo.

73

V. LA DESNATURALIZACIÓN DEL AMPARO CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES.

5.1. El problema del Artículo 42 del Código Procesal Constitucional.

Si bien la naturaleza del amparo conlleva al resarcimiento de la afectación de un derecho fundamental *-la misma que en muchos de los casos demoraba-*, hoy con la modificación realizada demorará más, ello porque el artículo 42 del cuerpo procesal constitucional, establece que en los amparos CRJ la primera instancia será la Sala Superior y la segunda instancia la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, conforme lo siguiente:

«Artículo 42

[...]

Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpone ante la sala constitucional o, si no lo hubiere, ante la sala civil de turno de la corte superior de justicia respectiva. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema es competente para resolver en segundo grado. Si la

sentencia es desestimatoria, el agraviado puede interponer recurso de agravio constitucional en el plazo de ley.»
[el subrayado es nuestro].

La fórmula recoge lo previsto originalmente en el Código del 2004 y que fue modificado en el año 2006. Si bien algo nos enseña el pasado es que debemos aprender de las experiencias y de los errores. El sustento de tal modificación *-iniciar el proceso de amparo contra resolución judicial en segundo grado-* se sustentó en la poca probabilidad que un juez de primera instancia revise y declare nulo lo resuelto por un colegiado superior o supremo, en tal caso, la valentía y la razón, acompañará al colegiado de segunda instancia para tal fin en la percepción del legislador.

En esa línea, si el fundamento del legislador fue la “*desconfianza de la valentía del juez de primera instancia de ir en contra su superior*” para resolver los amparos CRJ. Bajo tal razonamiento, no entendemos como tal desconfianza no se extendió al juez de primera instancia que resuelve los procesos de habeas corpus *-de mayor tutela y urgencia-* y, que también procede a revisar y de darse el caso declarar nula las sentencias de vista y ejecutorias supremas. La sola idea de convertir a la Corte Suprema *-Sala Constitucional Permanente-* en órgano de segunda instancia para resolver todas las apelaciones del país, conlleva a sobresaturar dicha Sala, pues es la única competente para conocer los procesos constitucionales, dado que la estructura de funcionamiento de las Salas Constitucionales no sólo responde a los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales, sino también a diversos procesos distintos a los constitucionales (conforme al art. 35 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial), denotando que el legislador, no sólo improvisó una reforma de competencia ya dejada de lado hace más de quince años atrás, sino que, no se detuvo a revisar la competencia actual de la Sala Constitucional y Social Permanente y de las Salas Constitucionales Transitorias de la Corte Suprema; mucho menos la carga procesal que tienen en la actualidad *-cabe recordar cuanto se demoran en resolver una casación-*, siendo el único sustento técnico del legislador las “*buenas intenciones*”.

5.2. Tentativas académicas a un problema naciente.

Frente al problema de la sobrecarga procesal y en ánimo de garantizar una respuesta oportuna y efectiva de la justicia constitucional, consideramos que el diseño actual del Código Procesal Constitucional respecto a los procesos de amparo CRJ no diferencia los tipos de resoluciones judiciales sobre las cuales debe pronunciarse el juez constitucional, generalizando así la competencia de la Sala Superior y Sala Constitucional y Social, sin considerar la materia del proceso ordinario a conocer, el carácter de urgencia, la relevancia y oportunidad de atención, criterios que deberían suponer una distinción manifiesta en el ámbito procesal. En tal sentido, a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los justiciables y el acceso idóneo a la justicia constitucional, consideramos que la fórmula actual sobre la competencia judicial debe ser modificada.

En tal sentido, es oportuno promover una reforma legislativa que, de cierto modo, funcione salomónicamente *-recoja la preocupación del legislador-* como amortiguador de las dificultades anteriormente mencionadas. A nuestro criterio, si bien se busca garantizar la independencia del juez y tener un control de pares en la revisión de resoluciones judiciales, no puede generarse un mismo criterio de control frente a la pluralidad de resoluciones judiciales e instancias que las emiten, para tal caso, sería conveniente establecer condiciones procesales distintas para resolver los cuestionamientos planteados y garantizar la salvaguarda de una respuesta oportuna conforme a la condición de tutela urgente, dado que la sobrecarga procesal conllevaría a ordinarizar los procesos constitucionales.

75

El riesgo de la demora en resolverse los amparos CRJ, parte por diversos motivos:

- Alta carga procesal del juez constitucional que también conoce y resuelve de procesos ordinarios (conforme su competencia), dado que existen sólo 13 jueces constitucionales y 3 salas constitucionales especializadas en el país, los demás magistrados y salas superiores tienen un rol ambivalente.
- Conforme las competencias y estructura funcional de la Corte Suprema actual, la Sala Constitucional Permanente se convierte en el único órgano resolutor de los procesos de amparo CRJ, conllevando a que, al ser segunda instancia, conozca de todas las apelaciones del país, sumado a la

carga procesal de resolver los recursos de casación en materia agraria, laboral, procesos de acción popular, etc.

En base a las consideraciones expuestas, consideramos oportuno las siguientes propuestas:

5.2.1. Amparo contra Ejecutorias de la Corte Suprema.

Considerando que no todos los procesos de amparo CRJ cuestionan una Ejecutoria Suprema, lo idóneo sería que, al existir una sentencia firme con pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Suprema, sea el mismo órgano quien resuelva en primera instancia las demandas de amparo CRJ. De este modo, se garantiza que quienes resuelvan la *litis* constitucional sean también magistrados supremos “*pares*”, obviamente una sala suprema distinta, así no existirá el riesgo que se vicie la independencia de los jueces constitucionales. De ser el caso, cualquier cuestionamiento respecto de la “*imparcialidad judicial*” queda resuelto en la medida que será una Sala Suprema distinta quien resuelva el amparo.

En tal caso, la Sala Constitucional Permanente actúa como primera instancia -sobre ejecutorias que resuelven temas de fondo- y el Tribunal Constitucional actúa como segunda instancia, con lo cual, se cumple con lo señalado en los incisos 2 y 6 del artículo 139 de la Constitución, generándose así un proceso especial de Amparo CRJ.

Tal propuesta se sustenta en la medida que no pude llevarse ante la Corte Suprema cuestionamientos de resoluciones judiciales emitidas por jueces de primera instancia, donde el fondo del proceso de amparo se circunscriba a temas de poca relevancia constitucional, más aún, cuando existe un alto índice de demandas con pretensiones absurdas o improcedentes de plano, distrayendo la atención de una alta sala que debiera resolver temas relevantes de fondo. De esta forma pretensiones como la revisión al monto de una pensión de alimentos, la ejecución de una sentencia (resolución ordena un desalojo), el pago de beneficios o pensiones ya reconocidas en sede judicial ordinaria; donde la intención del accionante es exclusivamente de revisión como instancia superior mas no de proceso de tutela de derechos, debe ser restringida.

Los amparos CRJ “*ejecutorias que resuelvan temas de fondo*” son muy poco recurribles en la práctica, pero justifica una tratativa especial, al igual como se trató de hacer en su momento con el “*amparo electoral*”, sobre el cual, existe una deuda pendiente de parte del legislador y que hoy en día conlleva a recurrir las resoluciones emitidas en última instancia del Jurado Nacional de Elecciones³ a un proceso de amparo regular, el mismo que termina con la sustracción de la materia y la irreparabilidad del derecho, conforme la jurisprudencia establecida.

5.2.2. Amparo contra “*resoluciones de segunda instancia*” y los “*Autos de Calificación*”.

Si bien la firmeza de la resolución judicial ordinaria es el principal requisito para la procedencia del amparo CRJ, también es cierto que las resoluciones no siempre vienen acompañadas de un pronunciamiento de fondo, sino que, también pueden ser cuestionadas vía amparo el “*Auto de Calificación*” que deniegan el recurso extraordinario de casación. En esos casos, lo que realmente se impugna es la decisión de la instancia suprema de denegar el recurso de casación por incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

77

Siendo el “*Auto de Calificación*” la resolución más recurrible de las que emite la Corte Suprema, uno de los problemas que esta acarrea al proceso de amparo, es que no existe un filtro de que “*consideraciones*” de la casación debe llevarse al proceso constitucional. Es decir, los “*autos de calificación denegatorios*” también son expedidos por la extemporaneidad del recurso y la falta de firmeza del mismo, ello, en forma adicional a las causales de incumplimiento de formalidad del recurso.

En tal caso, para que el amparo CRJ frente a resoluciones de segunda instancia y autos de calificación de la Corte Suprema tenga un mejor desarrollo y celeridad en el diseño actual, consideramos que debe reducirse la carga procesal en las Salas Superiores (Constitucional o Civil) y Corte Suprema. Para tal caso consideramos los siguiente:

- Debe otorgarse la competencia a las Salas Superiores en los procesos ordinarios, de poder verificar el cumplimiento de los requisitos de “*plazo*”

³ La posibilidad de impugnar las decisiones del JNE mediante el proceso de amparo ya ha sido reconocida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el fundamento 4 del expediente N.º 02366-2003-AA/TC.

y “firmeza” de los recursos de casación presentados *antes de ser remitidos a la Corte Suprema*, con tal competencia, se evitará que las Salas Suprema distraigan su atención en dicha tarea y se limite el amparo a los autos de calificación denegatorios emitidos por tal motivo. De tal forma se separa la paja del trigo, es decir, el amparo no procederá por la denegatoria por requisitos de forma, dejando expedito el camino para aquellos amparos donde se valoren el incumplimiento de la formalidad de la casación.

- Consideramos que la Sala Superior sólo deberá ser primera instancia de amparos CRJ, de aquellas resoluciones que tengan como emisor a un juez especializado, dejando al juez constitucional de primera instancia para conocer de los amparos CRJ que devengan de resoluciones de menor grado y demás tipos de amparos.
- Frente al silencio del Código Procesal Constitucional, consideramos que en salvaguarda de un proceso más efectivo y de control de “*pares*”, los procesos de “*amparo contra laudos arbitrales*” y los “*amparos contra leyes*” deben ser de competencia en primera instancia de la Sala Superior y la segunda instancia la Sala Constitucional Permanente de la Suprema.

5.2.3. Amparo ordinario.

Finalmente, el juez de primera instancia (constitucional o especializado) conocerá los procesos de amparo que no se refieran a los puntos anteriores, con lo cual, aquellos procesos de amparo sobre resoluciones judiciales donde la segunda instancia es un juez especializado, aquellos iniciados entre personas naturales y/o jurídicas y demás casos, tendrán el transito ordinario comprendido en el Código Procesal Constitucional vigente.

Si bien es cierto, la clasificación propuesta para la competencia del amparo conlleva diversos supuestos y condiciones, consideramos que los mismos serán un filtro necesario para menguar la carga procesal en las diferentes instancias judiciales, ello, en la medida de no sobrecargar a los jueces en una sola instancia y delimitando con mayor precisión los amparos CRJ. Si bien es cierto, la existencia del rechazo liminar sumaría con mayor precisión a tal fin, frente a la inexistencia de la misma, lo más adecuado y en contraste a la realidad procesal sería lo propuesto, salvo mejor opinión y solución.

VI. REVISANDO LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL COMPARADA.

Nuestra posición y negativa a la eliminación del rechazo liminar y la necesidad de regular en mejor forma el proceso de amparo CRJ, tiene sustento no sólo en la lógica de evitar la sobrecarga procesal, sino también, que, revisada la legislación y jurisprudencia internacional, podemos apreciar que tales condiciones han sido estudiadas y analizadas a profundidad, en tal caso, podemos encontrar:

6.1. Procedencia del rechazo liminar.

El rechazo liminar en los procesos constitucionales no es, en lo absoluto, novedad del Código Procesal Constitucional de 2004 y mucho menos es un fenómeno aislado. A modo de ejemplo, repasando la experiencia europea, tenemos que, en España, el artículo 50 de la Ley Orgánica N.º 2/1979, dispone que la providencia de admisión debe ser acordada únicamente si el recurso de amparo guarda especial trascendencia constitucional; en Alemania, la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, en su artículo 24, indica que las solicitudes ostensiblemente infundadas o inadmisibles, pueden ser rechazadas por decisión unánime del tribunal.

79

De igual forma en América Latina encontramos la misma condición, tal es el caso de Argentina, el artículo 3 de la Ley N.º 16986 reconoce que el juez, sin sustanciación, puede ordenar el archivo de la demanda cuando considere que esta es manifiestamente inadmisibile; lo mismo ocurre en el artículo 9 de la Ley de Jurisdicción Constitucional en Costa Rica; el artículo 42 de la Ley de Garantías Constitucionales del 2009 en Ecuador; el artículo 3 de la Ley de Amparo en Costa Rica; el artículo 145 de la Ley de Amparo mexicana; etc. Cabe agregar, que en Guatemala se han presentado múltiples proyectos de ley que pretenden modificar la regulación del proceso de amparo en concordancia con los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia (Eto, 2017, pp. 35-98).

6.2. El Amparo como “proceso eficaz” de tutela de derechos fundamentales.

Es incuestionable la naturaleza del amparo como el recurso más idóneo para tutelar los derechos fundamentales de las personas y proteger la

situación jurídica infringida, ello, por ser aplicable a los actos de autoridad que implican una amenaza, restricción o violación a los derechos protegidos. Sin embargo, en la forma como está regulado el amparo en el actual Código Procesal Constitucional y su uso indebido, han conllevado y conllevarán más aún a impedir su verdadera efectividad, no permitiendo que se produzca el resultado para el cual fue concebido.

Sobre ese extremo, existe un precedente dado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el “*Caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*” ha señalado en forma clara que el Estado tiene el deber de impedir que el diseño procesal del amparo permita su desnaturalización o utilización como recurso meramente dilatorio. En efecto, la CIDH sanciona a Guatemala, al comprobar que el recurso de amparo debía ser tramitado aún si se tratara de una demanda manifiestamente improcedente, impidiéndole a los jueces la realización de un análisis previo, la CIDH concluyó que tal situación había permitido su interposición indiscriminada o abusiva y, consecuentemente, el Estado guatemalteco había violentado los derechos humanos reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sobre ello, las principales reflexiones acotadas por la CIDH fueron:

108. La Corte observa que la Ley de Amparo en Guatemala establece que este recurso tiene por objeto el desarrollo de “las garantías y defensas del orden constitucional y de los derechos inherentes a la persona protegidos por la Constitución (...), las leyes, y los convenios internacionales ratificados por Guatemala”. Tanto la Constitución Política de la República de Guatemala como la Ley de Amparo señalan que el recurso de amparo tiene como fin proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

120. En este caso la Corte observa que las disposiciones que regulan el recurso de amparo, la falta de debida diligencia y la tolerancia por parte de los tribunales al momento de tramitarlo, así como la falta de tutela judicial efectiva, han permitido el uso abusivo del amparo como práctica dilatoria en el proceso. Asimismo, luego de transcurridos más de 15 años de iniciado el proceso penal y 27 años de ocurridos los hechos, dicho proceso se encuentra aún en su etapa inicial, en perjuicio de los derechos de las víctimas a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y eventualmente se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones.
122. Es preciso mencionar que el deber general del Estado de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención Americana para garantizar los derechos en ella consagrados, establecido en el artículo 2, implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías, lo cual no ha sido materializado en el presente caso respecto del recurso de amparo. La Corte observa que las partes han coincidido en considerar abusivo el uso del recurso de amparo como práctica dilatoria en el presente caso.

VII. A MANERA DE CONCLUSIONES.

- Con la eliminación de la potestad del juez constitucional de rechazar liminarmente las demandas de habeas corpus o amparo CRJ, no sólo se genera mayor carga procesal, sino que además, trae consigo la activación del aparato judicial (secretarios, técnicos, asistentes, notificadores), para dar trámite a un proceso que en muchos de los casos es improcedente, en tal caso, se mal utilizará recurso humano y logístico, en vez de atender demandas que realmente merecen tutela y celeridad procesal dada la urgencia del proceso.

- Es incorrecto afirmar que la tutela jurisdiccional efectiva se ve garantizada por el simple hecho de ampliar el margen de admisión de las demandas “puerta abierta libre”, toda vez que tal medida, no garantizará el éxito de las pretensiones invocadas en las demandas presentadas -sobre todo de aquellas que son improcedente de plano-, ello, conlleva a que el aumento de la carga procesal detenga el avance célere de los procesos de amparo que merecen mayor atención. En esa línea, la regulación procesal actual vulnera los derechos fundamentales en su dimensión objetiva, la cual conlleva a que el Estado se compromete a crear las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales.
- La desconfianza que generó la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Constitucional y su artículo 6 ya no solo es conjetural, sino que, a un año de su vigencia, existen datos concretos que avalan esta percepción. Las demandas de amparo y hábeas corpus CRJ se han incrementado considerablemente, siendo el periodo julio 2021 – julio 2022 el que mayor carga procesal ha tenido la Procuraduría Pública del Poder Judicial en los últimos cinco años.
- Si bien con las nuevas reglas de competencia del amparo contra resoluciones judiciales, se pretendió disminuir la posibilidad de que el juez se desvincule de lo decidido por su superior jerárquico, no se tuvo la suficiente previsión del congestionamiento procesal que ello conllevaría, más aún, los contenidos de las resoluciones que debiesen ser revisadas en instancia superior o suprema. En razón a ello, consideramos que la regulación obrante en el código no es efectiva en el contraste a los fines que busca y al objeto del proceso, para tal caso, proponemos una clasificación de competencia para el conocimiento de los procesos de amparo CRJ que conlleve a diferenciar el tipo de resolución y el grado de la misma, con lo cual, creemos darle mayor celeridad al proceso constitucional.

BIBLIOGRAFÍA.

- Castillo, L. (2003). Principales consecuencias de la aplicación de la doble dimensión de los derechos fundamentales. En: *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*. (7). pp. 183-196.

Eto Cruz, G. (2017). Una alerta roja en los jueces del amparo: el problema teórico y práctico del rechazo liminar. En: Carpio E. (Ed.), *El proceso de amparo en la actualidad*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. pp. 35-98.

Herrera Bustinza, L. (2020). *La sentencia interlocutoria denegatoria como barrera al acceso a la jurisdicción constitucional*. PUCP. En: <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/15904>

La jurisdicción constitucional peruana: la importancia del título preliminar

The Peruvian constitutional jurisdiction: the importance of the preliminary title

✉ JOSÉ F. PALOMINO MANCHEGO*

✉ DANTE PAIVA GOYBURU**

Resumen

El trabajo resalta la importancia de los títulos preliminares en general y del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional en particular, en tanto desarrollan principios e instituciones vitales para la interpretación jurídica y, como tal, para el ejercicio y acciones sobre los distintos derechos de la ciudadanía. Presenta un desarrollo y las diferentes características de los procesos constitucionales regulados en el Código Procesal Constitucional, que pueden ser clasificados en procesos de tutela de derechos, procesos de control normativo y proceso de conflicto competencial. Analiza las diversas

* Abogado, magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor principal de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, San Martín de Porres y de la Academia de la Magistratura. Secretario ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana). Miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Director académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Comité Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Investigador CONCYTEC. Email: palominomanchego@gmail.com

** Abogado, magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos así como docente ordinario de la Facultad de Derecho. Secretario de redacción de la Revista Peruana de Derecho Público. Secretario Ejecutivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección peruana). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Investigador CONCYTEC. Email: dante.paiva@unmsm.edu.pe

materias reguladas en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Propone y sustenta finalmente algunas modificatorias al título preliminar en aras de que la atención de los procesos constitucionales sea prioritaria y se optimice el sistema de justicia constitucional peruano.

Palabras clave

Código Procesal Constitucional, Título Preliminar, principios constitucionales, justicia constitucional.

Abstract

The paper highlights the importance of the preliminary titles in general and the Preliminary Title of the Constitutional Procedural Code in particular, as they develop vital principles and institutions for legal interpretation and, as such, for the exercise and actions on the different rights of citizenship. It presents a development and the different characteristics of the constitutional processes regulated in the Constitutional Procedure Code, which can be classified into rights protection processes, regulatory control processes and jurisdictional conflict processes. Analyzes the various matters regulated in the Preliminary Title of the Constitutional Procedure Code. Finally, it proposes and supports some modifications to the preliminary title in order that the attention of the constitutional processes is a priority and the Peruvian constitutional justice system is optimized.

85

Keywords

Constitutional Procedure Code, Preliminary Title, constitutional principles, constitutional justice.

Sumario

I. CONSIDERACIONES INICIALES. II. LA IMPORTANCIA DE LOS TÍTULOS PRELIMINARES. III. ¿QUÉ DICE EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO? IV. PROPUESTAS DE MODIFICACIONES AL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. V. CONCLUSIONES VALORATIVAS.

I. CONSIDERACIONES INICIALES

Visto en conjunto, en el primer tercio del siglo XXI, el ordenamiento jurídico peruano tiene entre sus normas principales la Constitución Política (1993), el Código Civil (1984) y el Código Penal (1991), todos estos son textos gestados y concebidos en los años finales del siglo anterior; aunque no podemos dejar de mencionar que a la fecha han sido objeto de distintas modificaciones, con el fin de subsanar algunas imprecisiones, así como adecuar las instituciones jurídicas al contexto vigente.

Sin embargo, también se han dado normas de suma importancia, gestadas y concebidas en el siglo XXI. Entre otras tenemos la Ley N.º 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, del año 2001, pero que tras realizarse diversos cambios se ha reemplazado, en 2019, por un Texto Único Ordenado, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS; de igual forma se encuentra la Ley N.º 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades, la Ley N.º 27867 – Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, el Decreto Legislativo N.º 957 – Nuevo Código Procesal Penal, de 2004, y la Ley N.º 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo de 2010.

86

Precisamente, en el año 2004 se publicó la Ley N.º 28237 – Código Procesal Constitucional, la misma que ha superado, a la fecha, su primera década de aplicación. La creación de esta norma era indispensable, toda vez que en el artículo 200.º de la Constitución Política de 1993 se dispuso que mediante una ley orgánica se regulaba el ejercicio de las denominadas garantías constitucionales: Acción de Hábeas Corpus, Acción de Amparo, Acción de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, así como los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas que resultaran de las demandas de Acción de Inconstitucionalidad y de Acción Popular. Por tanto, el Código Procesal Constitucional venía a ocupar el espacio de esa norma pendiente.

Por lo que se refiere a la realidad actual, para los abogados y órganos jurisdiccionales corresponde a un universo normativo que tiene entre sus normas de mayor alcance algunas gestadas bajo los principios de la Constitución de 1979, y otras al influjo de la Constitución de 1993. Algo más todavía, esta situación puede generar ciertos conflictos de interpretación y,

como tal, perjudicar al justiciable o poner en riesgo la integridad de sus derechos fundamentales, así como también la jerarquía normativa.

Cabe resaltar, no obstante, que para el mes de julio de 2021 entró en vigor el “Nuevo Código Procesal Constitucional” (Ley N.º 31307). Los cambios que se incorporaron en esta norma son reducidos y particulares, preservando gran parte del esquema y disposiciones del Código de 2004, el cual, a pesar de haber sido expresamente derogado, en realidad mantiene su vigencia, solo que con otro membrete.

Desde luego, camino a las dos décadas de vigencia de un Código Procesal Constitucional dentro del sistema jurídico peruano, los casos que han sido materia de los diversos procesos constitucionales han incluido a todas las disciplinas jurídicas existentes, como el Derecho Civil, el Derecho Penal, el Derecho Laboral y Previsional¹, entre otros.

II. LA IMPORTANCIA DE LOS TÍTULOS PRELIMINARES

Como hemos señalado con anterioridad, consideramos que los títulos preliminares desarrollan los principios e instituciones vitales para la interpretación jurídica y, como tal, el ejercicio y acciones sobre los distintos derechos de la ciudadanía. Huelga advertir que otras investigaciones en torno al análisis de los títulos preliminares de los distintos códigos de nuestra legislación, nos ilustran sobre la importancia que ocupan estas secciones. Al respecto, podemos referir el libro de Marcial Rubio Correa: *El Título Preliminar del Código Civil*², que ya cuenta con varias ediciones; así como la tesis de Mario Amoretti Navarro: *La importancia del Título Preliminar del Código Penal de 1991*, sustentada en el año 2011 en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos para obtener el grado de magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales.

Asimismo, con esta perspectiva en mente, consideramos que otro aspecto que reivindica la envergadura de los títulos preliminares, es que estos resultan precisos en la parte introductoria de las distintas especialidades que se regulan en las leyes y los códigos. En este sentido, en los estudios

¹ Vid., entre otros, Crispín Sánchez, A. (2021). *Compendium constitucional. 25 años de jurisprudencia esencial del Tribunal Constitucional por cada rama del Derecho*. Gaceta Jurídica S.A. La literatura constitucionalista, sin duda alguna, así lo reafirma.

² Vid., a este respecto, Rubio Correa, M. (2015). *El Título Preliminar del Código Civil*. 11.ª ed., Fondo Editorial de la PUCP.

universitarios de la carrera de Derecho, un excelente método para iniciarse en los conceptos básicos y las finalidades de las distintas legislaciones especiales, se encuentra en el contenido de los títulos preliminares³.

De esta forma, los títulos preliminares son propicios y puntos de arranque para un adecuado aprendizaje de las normas jurídicas en sus respectivas especialidades, en los estudios iniciales de la carrera profesional, pero también representan un importante elemento para la interpretación, toda vez que contienen los principios que informan a toda la codificación del Derecho Público y del Derecho Privado⁴.

III. ¿QUÉ DICE EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO?

3.1. Generalidades

Naturalmente, el Código Procesal Constitucional peruano es la norma adjetiva que regula los procesos constitucionales previstos en los artículos 200.º y 202.º, inciso 3), de la Constitución Política de 1993. Conforme a ello, en su contenido orgánico se han previsto, en total, siete procesos constitucionales:

- a) Proceso de Hábeas Corpus.
- b) Proceso de Amparo.
- c) Proceso de Hábeas Data.
- d) Proceso de Cumplimiento.
- e) Proceso de Inconstitucionalidad.
- f) Proceso Competencial.
- g) Proceso de Acción Popular.

³ Para mayor detalle, *vid.*, sobre esta cuestión, Palomino Manchego, José F. y Eto Cruz, G. En tres análisis: El primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su iter legislativo y sus principios procesales. En: Palomino Manchego, José F. (Coord.) (2015). *El Derecho Procesal Constitucional. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaunde*, t. I. 1.ª reimpresión. Cuadernos del Rectorado. pp. 283-308. Antecede Liminar de Luis Cervantes Liñán.

⁴ *Vid.*, por todos, Rovira Flores de Quiñonez, M.^a C. (1972). *Valor y función de las «Exposiciones de Motivos en las normas jurídicas»*. Santiago de Compostela. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago. p. 45.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional peruano, en su página web⁵, expone una clasificación de dichos procesos sobre la base del objeto de protección de cada uno de ellos. A partir de esto, obviamente, se verifican tres clases:

- a) Procesos de tutela de derechos: Tienen por objeto la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales. Corresponden a este tipo de procesos: el proceso de hábeas corpus, el proceso de amparo, el proceso de hábeas data y el proceso de cumplimiento.
- b) Procesos de control normativo: Tienen por objeto proteger jurídicamente la primacía de la Constitución respecto a las leyes o normas con rango de ley, en el caso del proceso de inconstitucionalidad, y la primacía de la Constitución y de la ley respecto al resto de normas de rango inferior a la ley, en el caso del proceso de acción popular. En ambos procesos, es el orden jerárquico de las normas (principio de jerarquía de las normas) de nuestro sistema jurídico el que constituye el objeto de protección (sistema de fuentes prescrita por nuestra Constitución Política).
- c) Proceso de conflicto competencial: Tiene por objeto proteger las competencias que la Constitución y las leyes orgánicas atribuyen a los poderes del Estado, a los órganos constitucionales y a los gobiernos regionales y locales (municipalidades). Aquí se encuentra el proceso competencial.

89

Algo más: el Código Procesal Constitucional de 2021 se compone de un título preliminar y trece títulos, en donde se regula cada uno de los procesos antes señalados, y la tramitación se encuentra a cargo del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional sobre la base del modelo dual y/o paralelo.

3.2. Un repaso sobre los procesos contenidos en el Código Procesal Constitucional vigente

En rigor de verdad, el “nuevo Código Procesal Constitucional”, vigente a partir de julio de 2021, en adelante el Código, dispuso mantener los mismos siete procesos constitucionales que venían rigiendo y se encuentran

⁵ Disponible en línea: <http://www.tc.gob.pe/tc/institucion/acercade>

regulados bajo un solo cuerpo orgánico desde el año 2004. A continuación, reseñaremos las principales particularidades de estos procesos.

3.2.1. Procesos de tutela de derechos

Estos cuatro procesos corresponden a recursos efectivos, de tutela urgente, concebidos para que mediante la jurisdicción se brinde una protección a los derechos ante amenazas o lesiones, con el propósito de reponer las cosas al estado anterior y de esta forma culmine las condiciones de riesgo o vulneración hacia el derecho.

En este sentido, conviene precisar que los procesos de tutela de derechos se interponen para asegurar una rápida respuesta de protección, que no podría ser brindado por la jurisdicción ordinaria. Asimismo, las demandas, que en esencia puede interponer cualquier persona natural o jurídica que pudiera verse agraviada, son dirigidas contra el agente responsable, que puede ser una persona natural, jurídica o incluso las autoridades y funcionarios de los diversos niveles de gobierno.

90

A manera de comentario, describiendo las particularidades de los procesos que conforman este grupo, tenemos a bien señalar lo siguiente:

a) Procesos de habeas corpus

Este proceso constituye el mecanismo por antonomasia para la tutela urgente del derecho a la libertad y otros conexos o relacionados y que encuentran una regulación más precisa en el artículo 33.º del Código. Así las cosas, la competencia para su conocimiento recae en los jueces constitucionales, en donde se tuvieran estos y en su defecto, los jueces de la investigación preparatoria.

Con relación a este proceso, García Belaunde refiere que “(...) el Habeas Corpus sirve solamente para conjurar situaciones de emergencia en las cuales se ha cometido una arbitrariedad manifiesta en desmedro de los

trámites comunes. Lo que busca el Habeas Corpus es una acción muy rápida, muy breve, casi con la velocidad de un rayo (...)”⁶.

b) Proceso de amparo

En el caso de este proceso, se tiene una amplia gama de derechos fundamentales objeto de tutela referidos en el artículo 44.º del Código, enfocados en su contenido esencial, aunque con posibilidad de tutelar derechos innominados conforme se ha realizado anteriormente mediante la jurisprudencia. Es competente para su conocimiento los jueces constitucionales, o en su defecto, los juzgados civiles o mixtos, conforme a la segunda disposición complementaria final del Código.

Respecto de la relación entre el proceso de amparo y la jurisprudencia, Figueroa Gutarra resalta que “(...) el desarrollo jurisprudencial del proceso de amparo ha sido importante para afianzar los supuestos normativos establecidos por la Constitución y el Código Procesal Constitucional, a lo cual debe sumarse un número importante de precedentes vinculantes (...)”⁷.

91

c) Proceso de habeas data

La acción de habeas data fue una de las novedades contenida en la Constitución de 1993. Este proceso se enfoca en la tutela de los derechos previstos en los incisos 5 y 6 del artículo 2.º de la Constitución, aunque la redacción actual ha precisado una serie de supuestos vinculados a este derecho, tal como se consigna en el artículo 59.º del Código. Dentro de sus virtudes, podemos resaltar que este proceso permite acercar a los accionantes a un mejor conocimiento de la información, sea de la que es de dominio público y obra en las entidades, como aquella que corresponde al ámbito personal y que se ubica en bancos de datos particulares como públicos.

Sobre este proceso, Castillo Córdova explica las razones que llevaron a su determinación autónoma, precisando que “se habla de habeas data y no de amparo en razón de que los actos de agresión a un derecho constitucional

⁶ Vid., con carácter general, García Belaunde, D. (1989). *Teoría y práctica de la Constitución Peruana*, tomo I. EDDILI. p. 285.

⁷ Entre otros comentarios, vid. Figueroa Gutarra, E. (2018). *Derecho Constitucional. Estudio sistemático y comparado de los derechos fundamentales de la persona y de la estructura del Estado*. Tomo II. Adrus editores. p. 432.

proviene de un ámbito de cosas especialísimo: la técnica informática (computarizada o no, en el caso peruano)”⁸.

d) Proceso de cumplimiento

La particularidad con este proceso es que no se asocia directamente con la tutela de un derecho fundamental de la Constitución, sino que se aplica para solicitar a la jurisdicción que ordene a alguna autoridad o funcionario renuente el cumplimiento de una norma legal o ejecute un acto administrativo firme, o emita un pronunciamiento si las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. A su vez, a diferencia de los procesos anteriores, éste solo puede ser interpuesto contra autoridades o funcionarios.

Entender este proceso puede ser algo complejo en algunos aspectos, así Carpio Marcos sostiene que:

92

“Ciertamente el estado de confusión sobre el significado, el ámbito de protección y un sinnúmero de cuestiones conexas con la Acción de Cumplimiento, no solo tiene su origen en el tratamiento dispar que se le ha brindado a nivel jurisprudencial o doctrinal. Ha contribuido en mucho la Constitución de 1993, que la ha introducido en el título relativo a las “garantías constitucionales”, cuando la Acción de Cumplimiento no tiene por objeto resolver controversias derivadas de aplicación y vigencia de la Constitución”⁹.

3.2.2. Procesos de control normativo

Estos procesos, también conocidos como procesos constitucionales orgánicos, se concibieron con el propósito de velar por la supremacía de la Constitución. Para tal efecto, mediante los dos procesos que conforman este grupo, la jurisdicción respectiva puede emitir un fallo cuya principal

⁸ Vid., en este sentido, Castillo Córdova, L. (2006). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, tomo II. Palestra editores. p. 982.

⁹ Vid., el estudio fundamental de Carpio Marcos, E. (2021). La acción de cumplimiento en el derecho comparado. En: Saénz Dávalos, L. y Curaca Kong, A. *El proceso de cumplimiento en la actualidad. Posibilidades y límites*. Centro de Estudios Constitucionales. p. 119.

consecuencia es la expulsión de aquellas normas que pudieran contravenir las disposiciones constitucionales.

En buena lógica, en los últimos años, los procesos de este tipo han concitado una mayor atención a nivel de la sociedad, sobre todo por los efectos de las sentencias que declaran fundada las demandas. Asimismo, han permitido realizar un examen amplio y complejo sobre diversas institucionales del derecho público y privado, teniendo en cuenta que el sistema jurídico debe observar un orden y concordancia especial.

a) Proceso de inconstitucionalidad

El proceso de inconstitucionalidad se encuentra previsto para el caso de normas con rango de ley (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56.º y 57.º de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales), específicamente, cuando alguna de éstas pueda tener un contenido que infrinja a la Constitución.

93

Por su parte, la interposición de este tipo de demandas se encuentra limitada solo a un grupo de legitimados, contemplados en el artículo 203.º de la Constitución, y la competencia exclusiva en única instancia recae en el pleno del Tribunal Constitucional.

Respecto al fenómeno de la inconstitucionalidad de las normas, Eto Cruz reflexiona en los términos siguientes:

“La inconstitucionalidad formal expresa vicios de forma como consecuencia de los defectos en la elaboración del acto legislativo, según sea por la inobservancia de las reglas de orden técnico, procedimental o por la violación de las reglas de competencia. En la ley preñada de inconstitucionalidad material acusa no sólo contradicciones con la norma constitucional, sino que puede surgir por el desvío o el exceso del órgano legislativo; una inconstitucionalidad formal se manifiesta cuando una norma constitucional exige determinados trámites formales para que adquiriera fuerza obligatoria una ley, disposición o acto con fuerza de ley, está estableciendo, nada

menos que el cauce de una fuente de derecho, esto es, la vía para que pueda nacer una norma jurídica”¹⁰.

b) Procesos de Acción Popular

Dentro de los procesos de control normativo, el proceso de acción popular precedió históricamente al proceso de inconstitucionalidad, teniendo su génesis a la luz de la normativa plasmada en la Constitución de 1933.

Sumado a la tutela de la supremacía de la Constitución, este proceso también se interpone para casos en los cuales la ley pueda ser infringida o contravenida por una norma de rango inferior, principalmente reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen.

Cabe señalar que la carga procesal de este proceso es superior a la de los procesos de inconstitucionalidad, teniendo en cuenta que cualquier persona puede interponer una demanda de esta naturaleza y el universo de normas objeto de control es mucho más amplio. Sobre su competencia, ésta se encuentra a cargo del Poder Judicial, mediante las cortes superiores que actúan como primera instancia y la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema para casos de apelación o consulta, como instancia definitiva.

Se advierte, además, que el proceso de acción popular mismo tiene las cualidades de un control concentrado, pero ejercido por el Poder Judicial. Sobre este punto Morón Urbina refiere lo siguiente:

“El tratamiento dispensado por el Código Procesal Constitucional ratifica en su esencia la naturaleza jurídica de la Acción Popular, como un proceso de control constitucional de tipo concentrado, abstracto, en vía principal y con efectos en búsqueda de defender la jerarquía del ordenamiento jurídico”¹¹.

¹⁰ Vid., por todos, Eto Cruz, G. (2013). *Constitución y procesos constitucionales*. Tomo I. Adrus editores, p. 303.

¹¹ Vid., sobre este extremo, Morón Urbina, J. (2015). “Aportes para el estudio del nuevo régimen de la acción popular en el Código Procesal Constitucional”, en *Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, tomo II. Fondo Editorial de la UIGV, p. 1106.

3.2.3. Proceso competencial

En este grupo encontramos al proceso de conflicto de competencias, heredado del extinto Tribunal de Garantías Constitucionales. Este proceso está particularmente dirigido a ciertas entidades públicas, con lo cual la ciudadanía no interviene de forma directa ni indirecta, siendo de completo dominio de los titulares de las entidades y sus respectivas procuradurías.

Específicamente, conforme se prescribe en el artículo 108.º del Código, el conflicto de competencia o atribuciones a cargo del Tribunal Constitucional corresponde a los que se susciten entre el Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipales; dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí; o los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los demás órganos constitucionales.

3.3. El Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

95

El Título Preliminar se integra por nueve artículos, sumillados de la siguiente manera:

Artículo I.- Alcances.

Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales.

Artículo III.- Principios Procesales.

Artículo IV.- Órganos Competentes.

Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales.

Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional.

Artículo VII.- Precedente.

Artículo VIII.- Juez y Derecho.

Artículo IX.- Aplicación Supletoria e Integración.

Tal como se aprecia, en el Título Preliminar se tienen los aspectos esenciales a observarse por parte de la jurisdicción para definir su labor en la atención de los diversos procesos, destacando a este nivel la competencia otorgada tanto al Poder Judicial como al Tribunal Constitucional, resaltándose los fines que persigue esta tutela para asegurar la protección de los derechos fundamentales, así como la supremacía de la Constitución dentro del sistema jurídico peruano.

Adicionalmente el Título expone una serie de consideraciones relativas al valor especial que se le otorga a la jurisprudencia constitucional, y para su génesis también se brinda especial atención a los criterios interpretativos, los cuales han sido objeto de una serie de debates por los fallos que ha ido emitiendo el Tribunal Constitucional en los últimos años.

En ese sentido, un aspecto que merece especial atención recae en el especial papel que se le conoce a la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte, a ser observados al momento de interpretar los derechos fundamentales, implicando a este nivel, por ejemplo, una adecuada definición de su contenido esencial o contenido constitucionalmente protegido.

96

Resaltamos esto porque en el caso peruano, desafortunadamente, en algunas ocasiones se ha recurrido a la jurisdicción constitucional con el propósito de bloquear el ejercicio de competencias estatales, o incluso obstaculizar a la justicia, donde lamentablemente algunos malos jueces se han prestado para maniobras a través de medidas cautelares y sentencias en los procesos de tutela de derechos, que bajo un concepto equivocado de protección de los derechos fundamentales emitían polémicos fallos lesivos contra la supremacía de la Constitución, la separación de funciones o el rol fiscalizador del Estado.

IV. PROPUESTAS DE MODIFICACIONES AL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Tal como hemos indicado, en el mes de julio de 2021 el Congreso de la República oficializó una nueva versión del Código Procesal Constitucional, de pocos cambios, pero que como norma vigente se viene aplicando desde entonces. Asimismo, mediante la Ley N° 31583¹² se han incorporado algunas modificaciones al código en mención. Ahora bien, en torno al Título Preliminar se mantuvieron algunos aspectos del Código de 2004 sobre los cuales consideramos que era oportuno realizar ciertas reformas, conforme precisamos a continuación:

¹² Publicada en el diario oficial “El Peruano” el 5 de octubre de 2022.

4.1. Artículo III

Fórmula de redacción propuesta:

“Artículo III. Principios Procesales

Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, urgencia, intermediación y socialización procesales.

El juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos.

El juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar las exigencias de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

97

Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.

La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos”.

De este artículo debemos rescatar, del primer párrafo, la adición del principio de urgencia dentro del plexo de los que regulan a los procesos constitucionales. Este principio permitirá que la atención a estos procesos sea prioritaria y, como tal, prevalezcan en su atención rápida para evitar que los derechos fundamentales en riesgo devengan en irreparables. Fijándose este principio, tanto los juzgados y salas del Poder Judicial, como las salas del Tribunal Constitucional, tendrían mayor responsabilidad en garantizar la pronta atención de dichos procesos.

Asimismo, consideramos oportuno rechazar lo dispuesto sobre la gratuidad de los procesos para el demandante, al señalarse en la Ley N° 31583 que esta se supedita “en la actuación del demandante salvo que se trate de procesos constitucionales iniciados por personas jurídicas con fines de lucro

contra resoluciones judiciales”, disposición que a nuestro criterio no cuenta con el sustento suficiente para su incorporación, resultando un criterio discriminatorio e injustificado.

4.2. Artículo VIII

Fórmula de redacción propuesta:

“Artículo VIII. Interpretación de los derechos constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre Derechos Humanos constituidos, según Tratados de los que el Perú es signatario.

También deberá observarse el principio de interpretación *pro homine* en las distintas actuaciones y decisiones de los procesos constitucionales.

En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos”.

Para el presente artículo consideramos, en las actuales circunstancias, dos cambios oportunos: una modificación en las palabras finales y la adición de un párrafo. Al respecto, lo referido a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que sirvan como criterio interpretativo de los derechos constitucionales, y los fallos de los tribunales supranacionales sobre la materia, estos deben corresponder a los que el Perú pertenezca por haber debidamente suscrito como Estado parte sus acuerdos, y como tal obliguen y vinculen a las instituciones y órganos.

Con relación al principio *pro homine*, debe ser considerado toda vez que el Tribunal Constitucional peruano lo ha referido en sus sentencias como un elemento para la optimización en la justicia constitucional, refiriendo que este principio “[...] postula que los preceptos normativos deben sujetarse a

una interpretación que optimice el derecho constitucional y reconozca una posición preferente a los derechos fundamentales”¹³.

4.3. Incorporación de un artículo relativo al derecho de defensa

Fórmula de redacción propuesta:

“Del derecho de defensa

Toda persona que se encuentre dentro de un proceso constitucional, sea como demandante, demandado o tercero legitimado, tiene el derecho de defensa que la Constitución, el presente Código y los tratados internacionales le otorgan. Tal derecho se cumple y observa con diversas modalidades, en especial el ser notificado por escrito o por otro medio electrónico seguro, de las incidencias del proceso de acuerdo a la naturaleza de cada cual y de informar oralmente ante la vista de la causa, sin necesidad de haberla pedido, en cualquiera de sus instancias, incluso ante el Tribunal Constitucional, sea personalmente cuando corresponda o a través de sus abogados. La audiencia pública y la vista de la causa en la fase final de cada proceso serán siempre obligatorias”.

99

En atención a los cambios generales que se producen en el Derecho Procesal, en el que se están incorporando las tecnologías de la informática para una impartición más efectiva de la justicia: uso de grabaciones, desarrollo de notificaciones electrónicas, digitalización de expedientes, eliminación de papeles, entre otras acciones, conviene que el Título Preliminar contenga una mención expresa a estos elementos, pero que sean desarrollados en atención al principio de defensa.

En definitiva, bajo esta orientación, existiendo mecanismos de información más propicios para la simplificación de los procesos judiciales, la labor de los abogados patrocinantes asume una nueva perspectiva en la práctica, pudiendo intervenir sin necesidad de gestiones burocráticas documentales previas, asegurando, de esa forma, cumplir cabalmente los fines de los procesos.

V. CONCLUSIONES VALORATIVAS.

¹³ *Vid.*, Fundamento jurídico 2 recaída en el Exp. N.º 03300-2012-PHC/TC.

En Iberoamérica, el siglo XXI, con sus particulares problemas, constituye un desafío especial en torno a la tutela de los derechos fundamentales, siendo que para una pronta y oportuna atención se han desarrollado los procesos constitucionales, que tienen carácter de urgente, a efectos de evitar un perjuicio irreparable en contra de las personas, que surgieran de la arbitrariedad.

Sin embargo, a modo de juicio crítico debemos afirmar que, para cumplir el propósito de esta especial tutela es indispensable que los magistrados y órganos competentes a cargo de la resolución de estos casos, las disposiciones normativas deben permitirle un ámbito de acción mucho más amplio, sustentado en los principios que orientan los procesos constitucionales y que se integran, principalmente, en los títulos preliminares de los códigos procesales correspondientes.

100

Los procesos constitucionales constituyen mecanismos de tutela especial para los derechos fundamentales, que pueden verse severamente en riesgo ante ciertas circunstancias, y también permiten dar respuesta frente al accionar del legislador que pueda infringir la supremacía de la norma fundamental.

Continuar con el estudio y fomento del Derecho Procesal Constitucional resulta urgente e indispensable en toda Iberoamérica, en el marco de una nueva escena política y condiciones donde el Estado Constitucional afronta diversos problemas y desafíos: Crimen, pobreza, corrupción y otros flagelos pluriofensivos contra los derechos fundamentales, y como tal, los mecanismos para su protección y garantía nunca serán suficientes, pero pueden ser perfeccionados.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Castillo Córdova, L. (2006). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, tomo II, Lima: Palestra Editores.

Carpio Marcos, E. (2021): “La acción de cumplimiento en el derecho comparado”. En: *El proceso de cumplimiento en la actualidad. Posibilidades y límites*. Centro de Estudios Constitucionales.

- Crispín Sánchez, A. (2021). *Compendium constitucional. 25 años de jurisprudencia esencial del Tribunal Constitucional por cada rama del Derecho*. Gaceta Jurídica S.A.
- Eto Cruz, G. (2013). *Constitución y procesos constitucionales*. Tomo I. Adrus editores.
- Figuerola Gutarra, E. (2018). *Derecho Constitucional. Estudio sistemático y comparado de los derechos fundamentales de la persona y de la estructura del Estado*. Tomo I. Adrus editores.
- García Belaunde, D. (1989). *Teoría y práctica de la Constitución Peruana*. Tomo I. EDDILI.
- Morón Urbina, J. (2015). “Aportes para el estudio del nuevo régimen de la acción popular en el Código Procesal Constitucional”. En: *El Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*. Tomo II. Fondo Editorial de la UIGV.

Análisis del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional

Analysis of the Preliminary Title of the new Constitutional Procedure Code

✉ LUIS ANDRÉS ROEL ALVA*

Resumen

El trabajo de investigación explica el procedimiento legislativo y las novedades que ha traído el nuevo Código Procesal Constitucional, particularmente en su título preliminar. Aborda y analiza cada una de las innovaciones que aparecen el Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional y resalta las mejoras que trae su articulado en relación con los alcances del nuevo código, los fines de los procesos constitucionales, los principios procesales, los órganos competentes, el *amicus curiae*, el precedente vinculante, el control difuso y la interpretación constitucional, la interpretación de los derechos humanos y los tratados internacionales sobre la materia y la aplicación supletoria e integración.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla – La Mancha (España). Director Fundador de la Revista Estado Constitucional. Docente universitario. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Autor y coautor de diversos artículos de Derecho Constitucional, de Derecho Procesal Constitucional y de Derechos Humanos. Congresista de la República para el período 2020–2021. Presidente de la Subcomisión de Acusaciones Constitucionales durante el periodo 2020. Segundo vicepresidente del Congreso de la República del Perú. Uno de los autores del Proyecto de Ley N.º 7271/2020-CR, que propone la reforma al Código Procesal Constitucional, presentado el 04 de marzo de 2021, que origina el Nuevo Código Procesal Constitucional.

Palabras clave

Nuevo Código Procesal Constitucional, Título Preliminar, principios procesales, control difuso, *amicus curiae*, interpretación de los derechos humanos.

Abstract

The research explains the legislative procedure and the novelties that the new Constitutional Procedure Code has brought, particularly in its preliminary title. It addresses and analyzes each of the innovations that appear in the Preliminary Title of the new Constitutional Procedure Code and highlights the improvements that its articles bring in relation to the scope of the new code, the purposes of constitutional processes, the procedural principles, the competent bodies, *amicus curiae*, binding precedent, diffuse control and constitutional interpretation, interpretation of human rights and international treaties on the matter, and supplementary application and integration.

103

Keywords

New Constitutional Procedure Code, Preliminary Title, procedural principles, diffuse control, *amicus curiae*, interpretation of human rights.

Sumario

INTRODUCCIÓN. I. EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. I.1 PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO. I.2 NOVEDADES Y MEJORAS QUE TIENE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. II. TÍTULO PRELIMINAR DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. II.1 RELEVANCIA DEL TÍTULO PRELIMINAR. II.2 ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. III. CONCLUSIONES

INTRODUCCIÓN.

Es importante entender la relevancia que poseen las disposiciones del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, puesto que en dicha parte de ese cuerpo procesal se establecen las reglas que dirigirán los procesos constitucionales frente a los vacíos o lagunas que encuentren los operadores jurídicos al momento de resolver aquellos procesos a su cargo.

El presente análisis se realizará desde la perspectiva y razonamiento del legislador, puesto que al ser uno de los promotores de la iniciativa legislativa (Proyecto de Ley N.º 7271/2020-CR) que dio origen al Nuevo Código Procesal Constitucional, consideramos importante exponer las motivaciones para cada una de estas disposiciones que guían a los procesos constitucionales.

Previamente a desarrollar el apartado del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, consideramos pertinente explicar el procedimiento legislativo y las novedades que ha traído el vigente cuerpo procesal. También, en la presente ponencia vamos a desarrollar y explicar las nueve disposiciones que conforman el Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, la mayoría de las cuales han sufrido cambios parciales o son nuevas, así como las que han quedado del derogado Código Procesal Constitucional y tienen una correlación directa con nuevas figuras que ha traído el nuevo cuerpo procesal¹.

I. NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

I.1 Procedimiento legislativo

Consideramos relevante, previamente a realizar un análisis de los contenidos que posee el Nuevo Código Procesal Constitucional, describir el

¹ Agradezco el apoyo del jurista Rodrigo de la Torre Grados, quien con sus conocimientos y opiniones ha contribuido en el desarrollo y la culminación de la presente ponencia, aprovechando su participación en el equipo de asesores que asistió al Grupo de Trabajo de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República encargado de la reforma integral del Código Procesal Constitucional.

procedimiento parlamentario que tuvo el mismo antes de concretizarse como un cuerpo procesal normativo vigente en nuestro ordenamiento jurídico y en la justicia constitucional peruana. De igual manera, se podrá explicar de esta forma el objetivo del legislador peruano respecto a la derogación del entonces Código Procesal Constitucional, el cual se encuentra aún en la retina de muchos operadores jurídicos y juristas nacionales, quienes denotan un sentimiento de añoranza a este derogado cuerpo procesal.

Para empezar el objetivo de este apartado debemos señalar que el procedimiento de reforma del Código Procesal Constitucional se inicia con la instalación de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, presidida en ese entonces por el excongresista Omar Chehade Llona, el mismo que propuso a sus integrantes que se conformara un Grupo de Trabajo encargado de la revisión y propuesta de reforma integral al Código Procesal Constitucional.

Este Grupo de Trabajo lo integraron los ex – congresistas Carlos Mesía Ramírez, Carlos Almerí Veramendi y Luis Andrés Roel Alva (autor de la presente ponencia), quienes tenían el encargo de revisar, analizar y proponer reformas que permitan actualizar un CPConst de forma integral y con un mejor acceso a la justicia constitucional, tarea que se llevó a cabo por más de seis (6) meses con reuniones semanales a las cuales asistieron diversos especialistas. La labor de este Grupo de Trabajo concluyó con la presentación y sustentación del informe que exponía las conclusiones de la evaluación al Código Procesal Constitucional y las propuestas de reforma al mismo, acto que se efectuó ante la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso.

Tras ello, los integrantes del Grupo de Trabajo presentan el Proyecto de Ley N.º 7271/2020-CR, proponiendo la reforma al Código Procesal Constitucional, que fue presentado el 4 de marzo de 2021, el mismo que se sustenta en esa fecha ante la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso. Se debate en dos (2) oportunidades el predictamen del Nuevo Código Procesal Constitucional en la precitada Comisión, aprobándose con amplia mayoría un dictamen que luego sería llevado ante el Pleno del Congreso de la República.

Se debate y aprueba en el Pleno del Congreso, así como la exoneración de 2da. votación. Tras lo cual se remite la autógrafa a la Presidencia de la República, para que dentro de sus atribuciones constitucionales la remita al

diario oficial El Peruano para su publicación o realice las observaciones que considere².

En este caso, se realizaron observaciones por parte del Poder Ejecutivo³, las cuales no se sustentaban en cuestiones o vicios de constitucionalidad, sino, más bien, en cuestiones relacionadas a posiciones doctrinales y pareceres jurídicos, lo cual distorsionaba la naturaleza de esta figura constitucional. El mismo Ejecutivo devolvió la autógrafa de ley con las observaciones, las cuales por los motivos expuestos son desestimadas y se aprueba por insistencia⁴.

Por lo que el Congreso de la República remite la autógrafa y se publica en el diario oficial El Peruano la Ley N.º 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, derogando el anterior Código Procesal Constitucional⁵.

Debemos precisar que en este último tiempo se han modificado algunas disposiciones del Nuevo Código Procesal Constitucional las cuales han sido aprobadas a través de la Ley N.º 31583, respecto de lo cual nos pronunciaremos también en lo pertinente a las reformas a los artículos del Título Preliminar de este nuevo cuerpo procesal.

² Constitución Política

“Artículo 108°. - La ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda.

Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días.

Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”.

³ Estas observaciones se remitieron al Congreso de la República mediante Oficio N.º 404-2021-PR, de fecha 2 de julio de 2021.

⁴ Al respecto, debemos indicar que el Pleno del Congreso de la República, el 14 de agosto de 2021, voto la insistencia de la autógrafa observada, alcanzando más de 80 votos favorables, cumpliéndose con el requisito dispuesto en el artículo 79º del Reglamento del Congreso de la República, que exige el “(...) voto favorable de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”.

⁵ Ver: ROEL ALVA, Luis Andrés. “El Nuevo Código Procesal Constitucional: Una mirada desde su Proceso de Elaboración, Aprobación y sus Principales Aportes”. En: DÍAZ GIUNTA, Renzo y ROEL ALVA, Luis (Coordinadores). *Athina Edición Especial Bicentenario*, N.º 15, Lima: Athina, 2022, pp. 251-265.

I.2 Novedades y mejoras que tiene el Nuevo Código Procesal Constitucional

Luego de haber presentado el procedimiento legislativo que dio origen al Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPCConst.), consideramos prudente exponer las novedades y mejoras a las normas procesales de la justicia constitucional que posee este nuevo y vigente cuerpo procesal. Efectivamente, el NCPCConst. incorpora figuras procesales que fueron creadas por el Tribunal Constitucional (TC), así como otras figuras novedosas que consideramos mejoran el acceso a la justicia constitucional de las personas en general.

En relación con la incorporación de las figuras procesales creadas previamente por la jurisprudencia vinculante del TC, podemos mencionar, entre las que consideramos más relevantes, las siguientes:

1. Requisitos para las medidas cautelares que se encuentra en el artículo 19° del Título I “Parte General” del NCPCConst.⁶.
2. Incorporación del “*Recurso de Apelación por Salto*” que se encuentra en los artículos 22° y 23° del Título I “Parte General” del NCPCConst.⁷.
3. Actuación de sentencia estimatoria de primer grado que se encuentra en el artículo 26° del Título I “Parte General” del NCPCConst.⁸.
4. Incorporación de tipología de hábeas corpus que se encuentra en los artículos 34°, 35° y 36° del Título II “Proceso de Hábeas Corpus” del NCPCConst.⁹.
5. Incorporación de nuevos derechos a los catálogos de derechos protegidos.
6. Control constitucional de normas derogadas que se encuentra en el artículo 106° del Título VI del NCPCConst.¹⁰.

⁶ STC. N.º 0023-2005-AI/TC.

⁷ STC. N.º 0004-2009-PA/TC.

⁸ STC. N.º 4119-2005-AA/TC.

⁹ STC. N.º 6204-2006-HC/TC; STC. N.º 0489-2006-HC/TC; STC. N.º 2663-2003-HC/TC; STC. N.º 6167-2005-HC/TC y STC. N.º 5994-2005-HC/TC.

¹⁰ STC. N.º 0008-2020-PI/TC.

Por otro lado, tenemos como figuras procesales novedosas y creadas por parte del legislador que se han incorporado a la justicia constitucional peruana, entre las más importantes, las siguientes:

1. Flexibilidad en la demanda de hábeas corpus que se encuentra en el artículo 2° del Título I “Parte General” del NCPCConst.
2. Demandas constitucionales en el idioma de origen y nativo que se encuentra en el artículo 2° del Título I “Parte General” del NCPCConst.
3. Defensa Publica especializada que se encuentra en el artículo 4° del Título I “Parte General” del NCPCConst.
4. Prohibición de rechazo liminar que se encuentra en el artículo 6° del Título I “Parte General” del NCPCConst.
5. Audiencia única que se encuentra en los artículos 12° y 13° del Título I “Parte General” del NCPCConst.
6. Actualización del Hábeas Data que se encuentra en Título IV “Proceso de Habeas Data” del NCPCConst.

Consideramos relevante lo expuesto en este apartado porque de esta manera se puede comprender la importancia de haber incorporado figuras procesales creadas por la jurisprudencia del TC y que como tal son obligatorias para los operadores jurídicos de nuestro Sistema de Administración de Justicia, que por desconocimiento de éstas no eran utilizadas por ellos ni solicitadas por los justiciables en sus procesos constitucionales.

Por otro lado, las novedades establecidas por el legislador tienen por objetivo convertir los procesos constitucionales en verdaderos medios procesales de tutela efectiva y urgente de los derechos fundamentales, puesto que pretende flexibilizar las exigencias procesales, reducir los plazos legales y permitir una pronta respuesta por parte de los órganos jurisdiccionales.

II. Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional

II.1 Relevancia del Título Preliminar

En relación con este apartado, consideramos relevante analizar y exponer las disposiciones contenidas en el Título Preliminar del NCPCConst. porque consideramos que son las reglas que guiarán a los operadores jurisdiccionales, jueces y magistrados constitucionales, durante el desarrollo de los procesos constitucionales, tanto para los encargados de la defensa de la supremacía constitucional como de la protección de los derechos fundamentales.

Afirmamos lo anterior porque creemos que, si bien las diversas funciones y atribuciones de los jueces y magistrados constitucionales están contenidas en las diferentes disposiciones del NCPCConst. y en las normas procesales que se establecen a partir de la jurisprudencia de nuestro TC, en el Título Preliminar se establecen las pautas generales obligatorias aplicables a todo proceso constitucional.

109

En este mismo sentido argumentativo, debemos precisar que en estas disposiciones no se hace distingo entre los procesos constitucionales que tienen como finalidad la tutela diferenciada y urgente de los derechos fundamentales o los que tienen por objeto la salvaguarda de la hegemonía normativa de nuestra Norma Fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que estas reglas normativas son aplicadas a todos estos procesos constitucionales por igual, sin distinción alguna.

Y es que, conforme está concebido el Título Preliminar de la mayoría de los cuerpos procesales, lo que se plantea es que sean una guía y un conjunto de reglas que los jueces deben seguir a la hora de resolver los procesos a su cargo; y en el caso de las causas constitucionales estos principios se convierten en máximas de cumplimiento para poder satisfacer las finalidades de estos procesos, permitiéndoles, inclusive, llenar los vacíos y resolver las lagunas legales que posean las reglas procesales en este cuerpo procesal.

Por lo que podemos concluir que dentro del Título Preliminar del NCPCConst. se encuentran los principios aplicables a los procesos constitucionales, los cuales definen de manera general y sustancial cuál es la tarea del juez y magistrados constitucional en cada caso, radicando ahí la relevancia de su estudio (Roel Alva, 2010, pp. 84-86).

II.2 Análisis de las disposiciones del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional

Luego que en el acápite anterior hemos expuesto la relevancia que tiene el Título Preliminar dentro de la regulación procesal constitucional, el presente apartado tiene como finalidad desarrollar y explicar las nueve (9) disposiciones que conforman el Título Preliminar del NCPConst., la mayoría de las cuales han sufrido cambios parciales o son nuevas, y las que han quedado del derogado Código Procesal Constitucional (CPConst) y que tienen una correlación directa con nuevas figuras que ha traído el nuevo cuerpo procesal.

Cabe precisar que el vigente NCPConst. cuyo Título Preliminar posee nueve disposiciones al igual que el entonces CPConst que tenía asimismo nueve (9) articulados preliminares, de los cuales los artículos I, III y IV se mantuvieron conforme a lo establecido en este último cuerpo procesal, mientras los demás han sido objeto de modificaciones o precisiones en la última reforma¹¹.

110

Una de las disposiciones que no se encuentran en el NCPConst. es el artículo referido al reconocimiento del principio “*iura novit curia*”. Este principio procesal se encontraba expresamente en el artículo VIII del CPConst, que determinaba lo siguiente: “*El órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente*”.

Cabe precisar que este es un principio procesal que ha sido reconocido en la jurisprudencia del TC¹². Este principio exige que el juez, al conocer el

¹¹ Tras la emisión de la Ley N.º 31583, Ley que modifica diversos artículos del Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley N.º 31307, con la finalidad de asegurar el correcto ejercicio de los procesos constitucionales, se modificó el artículo III del Título Preliminar de este cuerpo procesal

¹² Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional declara que: “(...) *el iura novit curiae, reconocido en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional permite estimar la demanda sobre la base de la afectación de otros derechos no invocados en la demanda, máxime si en el presente caso se advierte una negativa incidencia de la resolución cuestionada en la libertad individual del recurrente, basada en el rechazo por parte del órgano jurisdiccional emplazado, de aplicar la*

derecho, puede identificar los derechos que se encuentran en litigio, inclusive si estos no han sido debidamente invocados por el recurrente en la demanda. Al respecto, sobre este principio procesal, el mismo Tribunal ha declarado que: “(...) *por aplicación del aforismo iura novit curia, el juez tiene el deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado en la demanda. De este modo el juez, como director del proceso, dice el derecho antes de emitir sentencia*”¹³.

Ahora, si bien este principio procesal no se encuentra positivizado en la actualidad en el NCPCConst., al encontrarse en la jurisprudencia vinculante de nuestro TC es igualmente de obligatorio cumplimiento por parte de los jueces y magistrados constitucionales que conforman nuestra jurisdicción constitucional¹⁴.

II.2.1 Artículo I – Alcances

111

“Artículo I.- Alcances

*El presente Código regula los procesos constitucionales de **hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia**, previstos en los artículos 200 y 202 inciso 3) de la Constitución” (subrayado y resaltado nuestro).*

El artículo I del Título Preliminar del NCPCConst. es un texto que se mantiene del CPCConst, su antecesor, teniendo en cuenta respecto de su redacción, como lo más relevante, dos (2) temas:

1. Primero, que las disposiciones contenidas en el NCPCConst. serán de aplicación exclusivamente a los procesos constitucionales, por su carácter especial y extraordinario que los diferencian de los procesos denominados ordinarios.

gracia presidencial concedida al recurrente, este Tribunal advierte que -al margen de los derechos invocados por la parte demandante- la materia constitucionalmente relevante en el presente caso versa sobre el conflicto que puede suscitar la institución de la gracia presidencial (reconocida en el artículo 118 de la Constitución) frente a otros bienes de relevancia constitucional que se ven protegidos a través de la persecución penal”. En: STC. N.º 4053-2007-HC/TC, f. j. 9.

¹³ STC. N.º 0569-2003-AC/TC, f. j. 6.

¹⁴ Ver: Artículos VII y IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional.

2. Segundo, el NCPCConst. mantiene la denominación de procesos constitucionales (y no garantías constitucionales como dispone expresamente la Constitución Política), que tenía el anterior CPCConst¹⁵.

Por último, y precisando lo expuesto, se establece que estas disposiciones están cumpliendo con el encargo del constituyente de desarrollar las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 200° y 202° inciso 3) de la Constitución Política. Efectivamente, el artículo 200° de nuestra Norma Fundamental determina que el cuerpo procesal que desarrolle las garantías constitucionales que esta última reconoce tiene la calidad de Ley Orgánica¹⁶.

II.2.2 Artículo II – Fines de los procesos constitucionales

112

“Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales

*Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los **tratados de derechos humanos**; así como los principios de supremacía de la Constitución y **fuerza normativa**”* (resaltado nuestro).

El artículo II del Título Preliminar del NCPCConst. es un texto que ha tenido modificaciones parciales con relación a lo que se estipulaba en el

¹⁵ Código Procesal Constitucional - Disposiciones Finales

“Primera. - Denominaciones empleadas

Para los efectos de este Código, se adoptarán las siguientes denominaciones:

- 1) Proceso de hábeas corpus, a la acción de hábeas corpus;*
- 2) Proceso de amparo, a la acción de amparo;*
- 3) Proceso de hábeas data, a la acción de hábeas data;*
- 4) Proceso de inconstitucionalidad, a la acción de inconstitucionalidad;*
- 5) Proceso de acción popular, a la acción popular;*
- 6) Proceso de cumplimiento, a la acción de cumplimiento; y,*
- 7) Proceso competencial, a los conflictos de competencias o atribuciones.*

¹⁶ Constitución Política

“Artículo 200°. - Acciones de Garantía Constitucional

Son garantías constitucionales: (...)

Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas”.

entonces CPConst. Y es que en esta disposición se agregan dos (2) cuestiones relevantes para la justicia constitucional peruana que son:

1. Se reconoce el rango constitucional de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.
2. Se establece que la Constitución Política no es solo una declaración política, sino un conjunto de normas jurídicas supremas que deben ser aplicadas por los jueces y resto de operadores jurídicos del Sistema de Administración de Justicia nacional¹⁷.

Al respecto, nuestro TC ha determinado en su jurisprudencia vinculante que:

*“El proceso constitucional tiene como objetivo asegurar el funcionamiento adecuado del orden constitucional y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, tal como lo ha previsto el artículo II del Título Preliminar del CPCo, (...). De esta manera, el diseño del proceso constitucional se orienta a la tutela de dos distintos tipos de bienes jurídicos: la eficacia de los derechos fundamentales y la constitucionalidad del derecho objetivo, toda vez que, por su intermedio, se demuestra la supremacía constitucional. (...)”*¹⁸(subrayado nuestro).

113

Con esta reforma se refuerza el planteamiento de que los procesos constitucionales tienen como finalidad garantizar la supremacía de la Constitución Política en cuanto norma jurídica vigente y efectiva, así como la defensa de los derechos constitucionales entre los cuales también incluye a los derechos humanos reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (TIDH) de los que Perú es parte y que conforman el Bloque de Constitucionalidad¹⁹.

¹⁷ STC. N.º 5854-2005-PA/TC, ff. jj. 3-6; STC. N.º 0002-2005-PI/TC, f. j. 7.

¹⁸ STC. N.º 2877-2005-HC/TC, f. j. 5.

¹⁹ En relación con la figura jurídica del “Bloque de Constitucionalidad”, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado lo siguiente: “En ese sentido, debe rescatarse lo también expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia precitada, cuando señala que ‘La competencia hace referencia a un poder conferido por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad para generar un acto estatal (...)’, y donde ‘Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos

II.2.3 Artículo III – Principios procesales

“Artículo III.- Principios Procesales

*Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, economía, inmediación, socialización y el principio de gratuidad en la actuación del demandante salvo que se trate de procesos constitucionales iniciados por personas jurídicas **con fines de lucro** contra resoluciones judiciales.*

El juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente código.

Asimismo, el juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.

La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente código.” (subrayado y resaltado nuestro).

El artículo III del Título Preliminar del NCPCConst. contiene la gran mayoría de los denominados principios procesales constitucionales, las cuales debemos entender que son máximas y directrices para los jueces y magistrados constitucionales, las mismas que son aplicables a todos los procesos constitucionales, tanto para los encargados de la protección de los derechos fundamentales como para los que tienen por objeto de defensa de la supremacía constitucional, conforme se determina en el artículo II del mismo Título Preliminar, previamente expuesto.

constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos (...)” (resaltado nuestro). En: STC. N.º 0046-2004-PI/TC, f. j. 4.

En este mismo sentido argumentativo, resaltamos que la importancia de los principios procesales es la de colaborar con el cumplimiento de esta particularidad del proceso constitucional y sus fines que garantizan el Estado Constitucional de Derecho. Lo expuesto lo ha determinado el propio TC peruano, expresando lo siguiente: “(...) *en el aseguramiento del ejercicio de las funciones del supremo interprete de la Constitución se debe de otorgar valor normativo a los principios procesales establecidos en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional*”²⁰.

De este mismo modo, el profesor César Landa (2005, pp. 6 y 7) explica, en relación con estos principios procesales, que:

“La importancia de los principios constitutivos o informadores de los procesos constitucionales consagrados en el Título Preliminar, en la medida en que constituye un mandato interpretativo común a los diferentes procesos que permiten adecuar las decisiones de los jueces constitucionales a los valores perseguidos por el derecho constitucional; sirviendo incluso como instrumento de aplicación inmediata, de creación jurisprudencial o de control procesal.”

115

Ahora, a partir de lo expuesto, podemos determinar que estos son los principios procesales reconocidos expresamente en este precitado artículo III del Título Preliminar²¹, los cuales debemos precisar que no son los únicos reconocidos y aplicables a los procesos constitucionales conforme el propio TC ha determinado²²:

²⁰ STC. N.º 0048-2004-PI/TC, f. j. 4.

²¹ En relación con los principios procesales aplicables a los procesos constitucionales se ha revisado lo expuesto por el profesor Luis Castillo Córdova en: Castillo Córdova, L. (2005). *Los principios procesales en el Código Procesal Constitucional*. En: *Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces*. Tomo 141. Gaceta Jurídica. pp. 141-146. En: <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/2066>

²² En relación con lo señalado, el Tribunal Constitucional ha declarado que: “*Los principios que orientan los procesos constitucionales. Si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como de publicidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de favor processum o pro actione, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales.*” En: STC. N.º 0266-2002-AA/TC, f. j. 6.

- Principio de dirección judicial del proceso²³.
- Principio de economía procesal²⁴
- Principio de intermediación²⁵
- Principio de socialización²⁶
- Principio de impulso de oficio²⁷

²³ Respecto del principio de dirección judicial del proceso, el Tribunal Constitucional declara que: *“Que el principio de dirección judicial del proceso sitúa en la figura del juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la actividad de las partes, evitando una conducta procesal obstruccionista y promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta. En tal sentido, corresponde al juez constitucional detectar y desvirtuar aquella conducta procesal que, intencionalmente o no, pretenda convertir al proceso en un ritualismo de formas, antes que en un eficiente cauce para la protección de los derechos fundamentales y el respeto por la supremacía normativa de la Constitución.”*. En: STC. N.º 0007-2006-PI/TC, f. j. 4.

²⁴ Respecto del principio de economía procesal, el Tribunal Constitucional declara que: *“Por lo que hace al principio de economía procesal, tenemos dicho que, si de los actuados existen los suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, pese al rechazo liminar de la demanda, resulta innecesario condenar a las partes a que vuelvan a sufrir la angustia de ver que su proceso se reinicie, no obstante, todo el tiempo transcurrido.”*. En: STC. N.º 4587-2004-AA/TC, f. j. 17.

²⁵ Respecto del principio de intermediación, el Tribunal Constitucional declara que: *“El principio de intermediación, por su parte, procura que el juez constitucional tenga el mayor contacto con los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares) que conforman el proceso, para lograr una aproximación más exacta al mismo, lo cual puede motivar la necesidad de una eventual actuación probatoria ante la urgencia o inminencia de una tutela jurisdiccional constitucional efectiva.”*. En: STC. N.º 2876-2005-HC/TC, f. j. 23.

²⁶ Respecto del principio de socialización, el Tribunal Constitucional declara que: *“El principio de socialización, consiste en el deber del juez de evitar que las desigualdades materiales existentes entre las partes impidan la consecución de una decisión judicial que sea reflejo cabal de la objetividad del Derecho. En efecto, el principio de socialización procesal es una de las manifestaciones del tránsito del Estado Liberal hacia el Estado Social, de manera tal que la falacia formalista en virtud de la cual el principio de igualdad sólo adquiere plena vigencia con una conducta absolutamente pasiva y contemplativa del Estado, sucumbe ante los principios del constitucionalismo social, según los cuales, ante los múltiples factores que pueden situar a las partes en una evidente situación de desigualdad, resulta imperativa la intervención judicial a efectos de tomar las medidas correctivas que aseguren un proceso justo.”*. En: STC. N.º 0048-2004-PI/TC, f. j. 4.

²⁷ Respecto del principio de impulso de oficio, el Tribunal Constitucional declara que: *“(…) el principio de impulso de oficio (art. III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) - es decir, que una vez incoada la demanda es la autoridad jurisdiccional la que debe tramitar el proceso, sin importar la inactividad de los demandantes- la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado y no depende de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de su aportación de elementos probatorios”*. En: STC. N.º 6844-2008-PHC/TC, f. j. 15.

- Principio de elasticidad²⁸
- Principio *favor processum o pro actione* ²⁹
- Principio de gratuidad³⁰

En relación con el artículo III del Título Preliminar del NCPCConst. podemos decir que el artículo 4° del vigente cuerpo procesal constitucional (Título I “Parte General” del NCPCConst.), al crear y exigir la Defensa Pública gratuita especializada en los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, ha concretizado el principio de gratuidad del mencionado artículo III del Título Preliminar del NCPCConst. (también estaba regulado en el CPCConst.) y que también se encuentra en el inciso 16) del artículo 139° de nuestra Constitución Política³¹. Este supuesto se aplicará exclusivamente cuando el demandante no cuente con los recursos económicos suficientes o se encuentra en estado de vulnerabilidad.

Por otro lado, consideramos necesario establecer que en la última modificación al Nuevo Código Procesal Constitucional realizada a través de la Ley N.º 31583, se precisa que el principio de gratuidad en la actuación del demandante es la regla general salvo que se trate de procesos constitucionales iniciados por personas jurídicas con fines de lucro contra resoluciones judiciales, con lo que se busca garantizar que el acceso a la tutela constitucional de urgencia sea viable, pero a la vez no implique ningún costo

²⁸ Respecto del principio de elasticidad, el Tribunal Constitucional declara que: “*Dentro de esta perspectiva consideramos que el primero de los principios a ser utilizados es el de elasticidad o adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales establecido en el cuarto párrafo del ya mencionado artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, bajo la siguiente redacción: “...El Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales...”*. Se trata aquí de que las exigencias que impone el Código no deben, bajo ningún punto de vista ni criterio interpretativo, trastocar los fines mismos de los procesos constitucionales”. En: STC. N.º 5761-2009-PHC/TC, f. j. 23.

²⁹ Respecto del principio *favor processum o pro actione*, el Tribunal Constitucional declara que: “*(...) establece que, ante la duda sobre los requisitos y presupuestos procesales, estos siempre deberán ser interpretados en el sentido más favorable a la plena efectividad de los procesos constitucionales.*”. En: STC. N.º 2596-2010-PA/TC, f. j. 3.

³⁰ Respecto del principio de gratuidad en la actuación del demandante, el Tribunal Constitucional declara que: “*(...) la gratuidad en el acceso a la justicia o para interponer medios impugnatorios allí donde se encuentra constitucional o legalmente previsto forma parte del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva*”. En: STC. N.º 1606-2004-AA/TC, f. j. 4.

³¹ Constitución Política

“Artículo 139°. - Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...)

16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala”.

cuando esta pueda ser asumida por el solicitante, como en principio es una persona jurídica con fines y objetivos comerciales y económicos.

II.2.4. Artículo IV – Órganos competentes

Artículo IV.- Órganos competentes

Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente código.

En relación con esta norma del Título Preliminar del NCPConst. debemos advertir que la jurisdicción constitucional peruana es compartida tanto por el Poder Judicial como por el TC peruano. Y es que podríamos decir que somos una jurisdicción dual, como señala Domingo García Belaunde (1998, pp. 70 y 71), no solo por cómo se concibe el control de constitucionalidad por parte de los jueces constitucionales (control difuso y control concentrado), sino también porque participan de dicha jurisdicción estas dos entidades constitucionales.

Al respecto, consideramos que inclusive la denominación que mejor convendría utilizar para la jurisdicción constitucional peruana es que la misma es una “*jurisdicción compartida*”, más que una “*jurisdicción dual*”, puesto que el constituyente peruano ha encargado a estos órganos jurisdiccionales (Poder Judicial y TC) la responsabilidad constitucional conjunta de proteger su obra y sus contenidos que se encuentran en ella, a través de los procesos constitucionales. Afirmamos esto porque algunos de estos procesos constitucionales se inician en un fuero jurisdiccional del Poder Judicial y terminan en el fuero del TC (los procesos de tutela de derechos fundamentales) y el resto de estos procesos tienen un fuero jurisdiccional exclusivo, pero comparten la misma finalidad (los procesos encargados de la defensa de la supremacía constitucional).

De esta manera, a partir de esta disposición lo que se pretende es reforzar la idea de nuestro constituyente en relación con los órganos jurisdiccionales de nuestro sistema de justicia constitucional a quienes ha encargado el compromiso de la defensa de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Norma Fundamental.

II.2.5 Artículo V – *Amicus curiae*

“Artículo V.- Amicus Curiae.

El juez, la sala o el Tribunal Constitucional, si lo consideran conveniente, podrán invitar a personas naturales o jurídicas en calidad de amicus curiae, para que expresen por escrito u oralmente su opinión jurídica sobre una materia compleja. También puede invitarse al amicus curiae para que ilustre al juzgador sobre conocimientos no jurídicos, técnicos o especializados de relevancia necesaria para resolver la causa.

Son requisitos que debe cumplir la participación del amicus curiae:

- 1. No es parte ni tiene interés en el proceso.*
- 2. Tiene reconocida competencia e idoneidad sobre la materia que se le consulta.*
- 3. Su opinión no es vinculante.*
- 4. Su admisión al proceso le corresponde al órgano jurisdiccional.*

El amicus curiae carece de competencia para presentar recursos o interponer medios impugnatorios.”

119

Esta disposición el Título Preliminar del NCPCConst. introduce la figura jurídica del “*amicus curiae*” (también denominado “*amigo de la corte*”) para que pueda expresar una opinión especializada, sea o no jurídica. En este sentido, los autores de la iniciativa legislativa que dio origen al NCPCConst., con relación a esta figura jurídica, han expuesto lo siguiente:

“La reforma que se plantea encuentra sus causas en el significado que puede tener la posibilidad de contar con una herramienta tan valiosa como lo es el Amicus Curiae en temas de alta complejidad. De este modo, es pertinente indicar que la participación del “amigo del tribunal” está enderezada principalmente a apoyar al órgano jurisdiccional respecto a cuestiones esencialmente jurídicas de las que aquel pudiere tener dudas o estar equivocado en el criterio asumido hasta entonces —en torno al tema en particular—, acercándole fallos jurisprudenciales o antecedentes doctrinarios útiles para dirimir casos con cierto grado de complejidad” (Mesía C. y Roel Alva L., 2021, p. 52).

La innovación se encuentra en que se establece que será el juez, la Sala o el TC serán los encargados de invitar a personas naturales o jurídicas en calidad de “*amicus curiae*”. Por lo que la precisión que se realiza a través de esta disposición es determinar que el “*amicus curiae*” sea exclusivamente invitado por el órgano jurisdiccional, de manera que no aparezcan terceros en el proceso ajenos a la relación procesal, previendo que intervengan como si fuera parte de ella y la distorsionen en cuanto a su naturaleza de ser una opinión técnica especializada y neutral.

Y es que la idea de la figura del “*amicus curiae*” es que se presente una posición técnica y neutral que no se transforme en un coadyuvante de alguna de las dos partes procesales dentro del proceso constitucional. Al respecto, los autores de la iniciativa legislativa que dio origen al NCPConst., en relación con el objetivo de la reforma realizada, han sustentado lo siguiente: “*Estando a lo señalado, esta modificatoria se torna importante, en la medida que se dota de una herramienta idónea para obtener un proceso constitucional justo desde la perspectiva del justiciable; o sea, de quien reclama de la jurisdicción la tutela efectiva*” (Mesía C. y Roel Alva L., 2021, p. 53).

Por último, dicha institución ya había sido reconocida por la jurisprudencia del TC, así como en el artículo 13-A de su Reglamento Normativo³², por lo que se ha buscado a través de su incorporación en este novísimo cuerpo procesal es recuperar su esencia de “*amigo de la corte*”, estableciendo reglas y requisitos para su participación en el proceso constitucional.

³² Reglamento del Tribunal Constitucional

“*Facultad especial*”

Artículo 13-A.- *El Pleno o las Salas pueden solicitar los informes que estimen necesarios a los órganos de Gobierno y de la Administración y requerir respuesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 119 del Código Procesal Constitucional; así como solicitar información del (los) amicus curiae (amici curiarum), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados*” (resaltado nuestro).

II.2.6 Artículo VI – Precedente vinculante

“Artículo VI. - Precedente Vinculante

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados.

En los procesos de acción popular, la sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes con el voto conforme de cuatro jueces supremos. La sentencia que lo establece formula la regla jurídica en la que consiste el precedente, expresa el extremo de su efecto normativo y, en el caso de su apartamiento, los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta” (subrayado y resaltado nuestro).

121

En relación con esta disposición del Título Preliminar del NCPCConst. consideramos que lo significativo y trascendental de la misma para la justicia constitucional se encuentra en que se determina que para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere de un número concreto de votos:

1. Para modificar un precedente del TC se requiere el voto conforme de cinco (5) magistrados.
2. Para modificar un precedente recaído en un proceso de acción popular la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial se requiere el voto conforme de cuatro (4) jueces supremos.

Al respecto, los promotores de la presente reforma procesal señalan lo siguiente:

“Con ello se va a establecer mayor predictibilidad y seguridad en los criterios que adopte el Tribunal

Constitucional en sus decisiones. De este modo, se evita que el criterio que pudiera haber establecido se modifique con la asunción al cargo de nuevos magistrados. Bajo esta lógica, tanto los ciudadanos como los magistrados tendrán la seguridad que para la modificación o variación de un precedente vinculante se necesitará una mayor cantidad de votos de magistrados del Tribunal Constitucional” (Mesía C. y Roel Alva L., 2021, p. 56).

Con estas exigencias se procura garantizar tanto la predictibilidad de las decisiones como la seguridad jurídica de estas, teniendo en cuenta que los precedentes vinculantes son considerados como “*normas jurisprudenciales*”³³. Ciertamente, la reforma planteada evita que los magistrados del TC, ya sea por pugnas internas o por acuerdos políticos internos de sus colegiados, estén modificando el quórum necesario para emitir precedentes vinculantes, lo cual afecta la seguridad jurídica y la predictibilidad de estas decisiones que son consideradas como “*normas jurisprudenciales*” de obligatorio cumplimiento, emitidas por el Supremo intérprete de nuestra Constitución Política.

De igual manera, se consideró que, si estamos considerando que los precedentes vinculantes son el medio mediante el cual el TC emite sus propias “*normas jurisprudenciales*” para todos los operadores de la justicia constitucional, entonces se debe seguir la misma lógica de votación requerida para la derogación de una norma de rango legal (legislador negativo), es decir, cinco (5) votos de los siete (7) magistrados que conforman el Pleno del TC³⁴.

³³ Esta denominación empleada ha seguido la conceptualización y tesis expuesta por el profesor Luis Castillo Córdova en: Castillo Córdova, L. (2014). *Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional*. En: *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*. N.º 77. Gaceta Jurídica. pp. 28-34. En: <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/2121>

³⁴ Nuevo Código Procesal Constitucional

“Artículo 107°. - Plazo para dictar sentencia

El Tribunal dicta sentencia dentro de los treinta días posteriores de producida la vista de la causa. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma requiere de cinco votos conformes. De no alcanzarse esta mayoría calificada en favor de la inconstitucionalidad de la norma demandada, el Tribunal Constitucional dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad” (resaltado nuestro).

Por otro lado, esta reforma procesal también reconoce, por primera vez en un cuerpo procesal que regula los procesos constitucionales, que el Poder Judicial puede también emitir precedentes constitucionales, los cuales se realizarán a partir de sus decisiones que recaigan en los procesos constitucionales de acción popular.

II.2.7 Artículo VII – Control difuso e interpretación constitucional

*“Artículo VII.- Control difuso e interpretación constitucional
Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.
Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.
Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional.”*

123

En este articulado del Título Preliminar del NCPConst. se establecen reglas de obligatorio cumplimiento para los jueces del Poder Judicial. La primera se encuentra en relación con el control difuso, el cual obliga a los jueces a que inapliquen, en un caso concreto que estén conociendo, una norma que consideran que contraviene disposiciones constitucionales y legales, lo mismo que se encuentra reconocido expresamente en el artículo 138° de la Constitución Política³⁵.

Cabe precisar que al establecerse en esta disposición el mismo texto normativo que tenía el artículo VI del Título Preliminar del entonces CPConst, podríamos afirmar que se mantiene la interpretación otorgada en su momento por el TC sobre este articulado. Al respecto, el mismo Tribunal ha declarado que:

³⁵ Constitución Política

“Artículo 138°. - Administración de Justicia. Control difuso

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”.

“(…) por mandato expreso del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, (...), mal se podría exigir a la judicatura la aplicación del control difuso y considerar lesiva a bienes constitucionales la aplicación (...) de los tipos penales previstos como constitucionales en el Decreto Ley N.º 25475, luego de afirmada su constitucionalidad –valga la redundancia– tras la expedición de la sentencia recaída en la acción de inconstitucionalidad mencionada en los párrafos precedentes (...)”³⁶.

De igual manera, esta regla procesal establece límites para el ejercicio del control difuso por parte de los jueces del Poder Judicial. Efectivamente, esta disposición determina que los jueces no pueden aplicar el control difuso cuando el TC peruano ha confirmado, dentro de un proceso de inconstitucionalidad o de acción popular, la constitucionalidad de una norma de rango legal o reglamentaria (o infra legal), respectivamente.

124

También se establece como regla obligatoria que los jueces del Poder Judicial, al momento de interpretar leyes y cualquier otra norma infra legal, lo tengan que realizar conforme a la interpretación realizada por nuestro TC en sus decisiones confirmando de esta manera su posición de jerarquía suprema dentro de la justicia constitucional

II.2.8 Artículo VIII – Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales

“Artículo VII.- Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

³⁶ STC. N.º 3308-2005-HC/TC, f. j. 6.

En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos.” (resaltado nuestro).

Lo importante y novedoso en esta disposición del Título Preliminar del NCPConst. se encuentra en su último párrafo, en el cual se determina que en caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos. Y es que, a partir de ello, en esta disposición se positiviza el principio “*pro homine*” (también denominado principio “*pro persona*”) que tiene reconocimiento jurisprudencial nacional y supranacional³⁷.

En palabras de los autores de la iniciativa legislativa que dio origen al NCPConst., en relación con esta figura jurídica, han advertido lo siguiente:

“Es justamente a partir de la lógica y criterios seguidos por el Tribunal Constitucional que, a través de las modificaciones que se plantea, se recogen estos parámetros que no se encontraban regulados y que es necesario que los jueces del Poder Judicial y todos los magistrados del Tribunal Constitucional tengan en cuenta dicho principio” (Mesía C. y Roel Alva L., 2021, p. 60).

125

Esta modificación está sustentada en la extensa y coherente jurisprudencia vinculante del TC peruano, el cual ha establecido respecto del “*principio pro homine*”, materia del presente análisis, lo siguiente: “(...) *el principio pro homine impone que, en lugar de asumirse la interpretación restrictiva e impedir el derecho a la efectiva tutela jurisdiccional, se opte por aquella que posibilite a los recurrentes el ejercicio de dicho derecho*”³⁸.

En este mismo sentido argumentativo, Mónica Pinto, citada por el profesor Edgar Carpio Marcos, determina que el principio “*pro homine*” es:

³⁷ Esto último se concluye a partir de lo determinado en el artículo 29° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominado Pacto de San José, y lo interpretado respecto de esta disposición por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, revisar, entre otros pronunciamientos, el siguiente: Corte IDH. *La Colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85, de fecha 13 de noviembre de 1985. Serie A. N.º 5. párr. 52.

³⁸ STC. N.º 2061-2013-AA-TC, f. j. 5.11.

“(…) un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria”.³⁹

En esta misma línea, nuestro TC también ha tenido una coherente jurisprudencia con relación al reconocimiento de este principio⁴⁰. Ciertamente este Tribunal lo ha afirmado de la siguiente manera: *“(…), ante diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio”*.

De la misma forma, debemos mencionar que el legislador entendió que al positivizar el principio *“pro homine”*, se garantizaba y brindaba la seguridad jurídica a los jueces y magistrados constitucionales de poder aplicarlo, sin el temor que se les denuncie ante los órganos disciplinarios por incumplir una regla y obligación internacional.

³⁹ Pinto, M. (1997). El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: Abregú, M. y Courtis, C. (Compiladores). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto. p. 163. Citado en: Carpio Marcos, E (2003). *La interpretación de los derechos fundamentales*. En: *Derecho PUCP*. N.º 56. Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. pp. 470 y 471. En: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084770>

⁴⁰ Nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido el principio *“pro homine”* en las siguientes decisiones:

- Sentencia del Expediente N.º 2061-2013-AA/TC.
- Sentencia del Expediente N.º 0252-2009-PA/TC.
- Sentencia del Expediente N.º 1499-2010-PA/TC.

Cfr.: Mesía, C. y Roel Alva, L. *Óp. Cit.*, pp. 58-60.

II.2.9 Artículo IX – Aplicación supletoria e integración

“Artículo IX.- Aplicación supletoria e integración

Solo en caso de vacío o defecto del presente código son de aplicación supletoria la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los códigos procesales afines a la materia discutida son de aplicación subsidiaria siempre y cuando no perjudiquen a las partes ni a los fines del proceso constitucional y solo ante la ausencia de otros criterios.”

En esta disposición del Título Preliminar del NCPConst. se ha establecido y reafirmado la primacía de la jurisprudencia de nuestro TC y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la misma que resulta ser consecuencia de la larga y amplia línea de pronunciamientos emitidos por el mismo Tribunal. En relación con esta disposición, los autores del Proyecto de Ley que originó el NCPConst. sostienen lo siguiente:

127

“Esto resulta importante porque surge como una herramienta que permite ampliar el marco de interpretación constitucional, con lo cual los jueces constitucionales podrán enmarcarse o limitarse no solo a lo establecido de forma literal en la Constitución Política del Perú, sino además a otros instrumentos constitucionales que el propio Tribunal Constitucional ha precisado como lo son la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina procesal constitucional, las cuales son justamente las reglas que este órgano del Estado ha establecido como criterio a seguir” (Mesía C. y Roel Alva L., 2021, pp. 62 y 63).

Por lo que esta disposición del Título Preliminar ha establecido que los códigos procesales afines, por ejemplo, el Código Procesal Civil, el Código Procesal Penal, la Ley Procesal de Trabajo, entre otros cuerpos procesales, podrán ser de uso subsidiario siempre que no vicien o transgredan la finalidad de los procesos constitucionales como lo son la vigencia de los derechos fundamentales y la defensa de la primacía constitucional.

Ello es así en la medida que el propio TC peruano ha señalado que el proceso constitucional se lee a partir de la teoría constitucional y no a través de la teoría general del proceso, precisando al respecto el Tribunal que:

“(...) si bien es cierto que el Derecho Procesal Constitucional recurre, con frecuencia, a categorías e instituciones primigeniamente elaboradas como parte de la Teoría General del Proceso, es el Derecho Constitucional el que las configura y llena de contenido constitucional. Esta posición, como es evidente, trasciende la mera cuestión de opción académica o jurisprudencial; por el contrario, significa un distanciamiento de aquellas posiciones positivistas del Derecho y el proceso que han llevado a desnaturalizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, al hacer depender la eficacia de estos a la aplicación de normas procesales autónomas científicas y neutrales”.⁴¹.

128

De esta manera la reforma planteada busca reforzar lo establecido por el TC peruano, es decir, qué el derecho procesal constitucional se nutre de la doctrina del Derecho Constitucional y no de la ciencia del Derecho Procesal, recurriendo por ello primero a las normas procesales creadas en la jurisprudencia del precitado Tribunal y de la Corte IDH, ambas formando parte de las normas del denominado Bloque de Constitucionalidad (al cual hemos hecho referencia previamente en esta ponencia); y que recién de manera supletoria se acude a las normas procesales de los códigos afines, previamente mencionados.

III. CONCLUSIONES.

Consideramos necesario profundizar las normas y reglas contenidas en el título preliminar del nuevo código procesal constitucional porque como hemos señalado, en esa parte del cuerpo procesal se establecen las reglas, principios y pautas obligatorias que los jueces y magistrados constitucionales deben tener en cuenta al momento de resolver los procesos constitucionales que están a su cargo, ya sean estos para la protección de los derechos fundamentales así como para la defensa de la supremacía constitucional.

⁴¹ STC. N.º 4903-2005-PHC/TC, f. j. 3; RTC. N.º 4087-2007-PA/TC, f. j. 2.

Creemos que conforme lo hemos expuesto se ha demostrado que lo que se buscó a través del Grupo de Trabajo encargado de la reforma integral del entonces Código Procesal Constitucional, es hacer más accesible y efectiva la justicia constitucional, en cuanto a los planteamientos establecidos en el Título Preliminar presentado (como en el resto de la normativa del nuevo cuerpo procesal) este objetivo se ha alcanzado.

Las reformas logradas y plasmadas en el Nuevo Código Procesal Constitucional pretenden a través de los nuevos planteamientos procesales garantizar, no solo un mejor acceso a la justicia constitucional por parte de los litigantes, sino que además intentan que los operadores jurídicos tengan las reglas claras para defender los derechos fundamentales y garantizar la supremacía constitucional.

Por lo que podemos concluir que las modificaciones estudiadas en el título preliminar cumplen con la finalidad de hacer más accesible y realmente efectiva a la tutela constitucional de urgencia. Cabe precisar que será materia de próximos trabajos de investigación resaltar las bondades de este nuevo cuerpo procesal en cada uno de los procesos constitucionales.

129

BIBLIOGRAFÍA.

- Castillo Córdova, L. (2005). Los principios procesales en el Código Procesal Constitucional. En: *Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces*. Tomo 141. Gaceta Jurídica. pp. 141-146. En: <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/2066>
- Castillo Córdova, L. (2014). Un precedente vinculante que fue norma constitucional inconstitucional. En: *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*. N.º 77. Gaceta Jurídica. pp. 28-34. En: <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/2121>
- Carpio Marcos, E. (2003). La interpretación de los derechos fundamentales. En: *Derecho PUCP*. N.º 56. Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP. En: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084770>

Corte IDH. *La Colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85, de fecha 13 de noviembre de 1985. Serie A, N.º 5.

García Belaunde, D. (1998). La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo. En: *Advocatus*, N.º 001. Nueva Época. Revista semestral editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. pp. 70 y 71. En: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2214/2159>

Landa Arroyo, C. (2005). Código Procesal Constitucional: algunas reflexiones desde el Derecho Procesal Constitucional. En: *Entrevista publicada en Jurídica. Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano*. Año 2. N.º 75. 6 de diciembre de 2005. Editora Perú.

130

Mesía, Carlos y Roel Alva, L. (2021). *Las Reformas al Código Procesal Constitucional*. Jurista Editores.

Pinto, M. (1997). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: Abregú, M. y Courtis, C. (Compiladores). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Editores del Puerto.

Roel Alva, L. (2010). *El Principio de elasticidad en los procesos constitucionales: concepto, alcances y límites a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tesis para optar el grado de abogado. PUCP. En: <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/889>

Análisis estructural del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional

Structural analysis of the Preliminary Title of the new Constitutional Procedure Code

✍ JOSÉ REYNALDO LÓPEZ VIERA¹

Resumen

En el presente trabajo se realiza un análisis estructural del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional, haciendo hincapié en las modificaciones con respecto a la norma procesal anterior y analizando sus diversos preceptos. Para tal efecto, se divide el análisis del título preliminar en cuestiones generales (alcances, fines y órganos competentes), principios procesales (de carácter general y de carácter especial); e, instituciones procesales (con naturaleza eminente constitucional).

131

Palabras clave

Nuevo Código Procesal Constitucional, Título Preliminar, Procesos Constitucionales, Principios Constitucionales, Instituciones Procesales.

Abstract

In the present work a structural analysis of the Preliminary Title of the new Constitutional Procedural Code is carried out, emphasizing the modifications with respect to the previous procedural norm and analyzing its various precepts. For this purpose, the analysis of the preliminary title is

¹ Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Egresado de la carrera de Ciencia Política por la misma casa de estudios. Con Maestría concluida en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Con Maestría concluida en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Castilla La Mancha- España. Con estudios de especialización en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales por la Academia Diplomática del Perú. Estudios de Especialización en Historia Universal por la Universidad de Piura. Estudios de Posgrado en Economía y Geopolítica de Asia por la Universidad Externado de Colombia. Estudios de Especialización en Tecnología Espacial para el Desarrollo Estratégico Nacional por la Agencia Espacial del Perú (CONIDA). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Conferencista Nacional e Internacional. Autor de diversas obras de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional.

divided into general issues (scope, purposes and competent bodies), procedural principles (of a general and special nature); and, procedural institutions (with an eminently constitutional nature).

Keywords

New Constitutional Procedure Code, Preliminary Title, Constitutional Processes, Constitutional Principles, Procedural Institutions.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. ¿CUÁL ES LA IMPORTANCIA DE UN TÍTULO PRELIMINAR EN UN CÓDIGO PROCESAL? III. MODIFICACIONES DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL CON RESPECTO AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL 2004. IV. PARTES DEL TÍTULO PRELIMINAR: DIVISIÓN ESTRUCTURAL. IV.1 PRIMERA PARTE. CUESTIONES GENERALES. IV.2. SEGUNDA PARTE. LOS PRINCIPIOS PROCESALES. IV.3. TERCERA PARTE: INSTITUCIONES PROCESALES.

132

I. INTRODUCCIÓN.

El Perú en el año 2004 tuvo el primer Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237) vigente y aplicable a todo un país². En efecto, este Código que tuvo una existencia de casi 17 años produjo un mayor desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial de los procesos constitucionales. En el transcurso de los años también fue objeto de varias reformas legislativas y de interpretaciones por parte del Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia que lo enriquecieron, al margen de los cuestionamientos y debates que algunas de éstas en su momento ocasionaron.

² En la República de Argentina -en la provincia de Tucumán- ya existía un Código Procesal Constitucional (Ley N° 6.944) promulgado el 02 de marzo de 1999 y publicado el 08 de marzo del mismo año, sin embargo, era una norma procesal aplicable solo a una provincia más no a todo el país rioplatense.

Teniendo en cuenta todas estas reformas hechas a la norma procesal anterior provenientes de la actividad jurisprudencial y legislativa mencionada en líneas anteriores y con varias propuestas de reformas pendientes, el Congreso de la República decidió aprobar el Proyecto de Nuevo Código Procesal Constitucional³ que presentó la Comisión de Constitución y Reglamento (Periodo de Sesiones 2020-2021) en base a los diversos proyectos de reforma presentados y basándose en propuestas, opiniones y consultas emitidas por destacados juristas que derivó en el Nuevo Código Procesal Constitucional (Ley N° 31307) que entró en vigencia el 24 de julio del 2021⁴.

En el presente trabajo, haremos un análisis estructural del Título Preliminar de la nueva norma procesal, haciendo hincapié sobre las modificaciones con respecto a la norma procesal anterior y analizando sus diversos preceptos.

II. ¿CUÁL ES LA IMPORTANCIA DE UN TÍTULO PRELIMINAR EN UN CÓDIGO PROCESAL?

133

Los títulos preliminares de los códigos desde siempre establecen la orientación, los lineamientos y directrices que complementan y coadyuvan a la interpretación y aplicación de los diversos preceptos de los respectivos códigos o leyes a los cuales pertenecen, por ello, su importancia radica en los efectos prácticos que ostentan, pues consignando diversos principios, instituciones o finalidades sirven de ayuda fundamental a los operadores jurídicos que aplican la respectiva norma y resuelven los casos en concretos.

En efecto, como dice el profesor *Espinoza* refiriéndose al Título Preliminar de nuestro Código Civil: “*El Título Preliminar del Código Civil contiene una serie de principios que todo operador jurídico necesita conocer para poder interpretar los modelos jurídicos circulantes no solo en el Código Civil sino en la generalidad de todo ordenamiento jurídico*” (2015, p. 31). (Algo perfectamente aplicable a cualquier título preliminar, incluyendo el de

³ Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N° 3478/2018-CR, 3754/2018-CR y 7271/2020-CR, Ley de Reforma del Código Procesal Constitucional. Cabe recalcar que el Proyecto de Ley N° 7271/2020 –CR presentado por el congresista Carlos Mesía Ramírez, fue el proyecto que constituyó la iniciativa central del dictamen.

⁴ Para una mayor referencia y un análisis más exhaustivo del Dictamen recaído en los Proyectos de Ley N° 3478/2018-CR, 3754/2018-CR y 7271/2020-CR, Ley de Reforma del Código Procesal Constitucional puede consultarse: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictamenes/Proyectos_de_Ley/03478DC04MAY20210518.pdf

nuestro Código Procesal Constitucional que no solo contiene principios, sino cuestiones generales e instituciones de naturaleza constitucional).

En consecuencia, el Título Preliminar de nuestro Nuevo Código Procesal Constitucional ha buscado mejorar el anterior -teniendo en cuenta la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia esbozada por nuestro Tribunal Constitucional a lo largo de todos estos años- modificando algunos postulados para lograr una mejor eficacia de nuestra norma procesal al momento de su aplicación en las diversas controversias que se plantean en sede constitucional.

III. MODIFICACIONES DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL CON RESPECTO AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DEL 2004.

En principio, señalaremos que en el Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional se han realizado las siguientes modificaciones respecto a la norma procesal anterior:

- a) En el artículo II se ha incorporado como un tercer fin de los procesos constitucionales garantizar la vigencia del principio de fuerza normativa de la Constitución.
- b) En el artículo III sobre el principio de gratuidad en la actuación del demandante, se ha hecho una excepción: Para el caso de que se trate de procesos constitucionales incoados por personas jurídicas contra resoluciones judiciales.
- c) En el artículo V se ha incorporado la institución procesal del *Amicus Curiae* y todos los requisitos que esta institución posee.
- d) En el artículo VI en lo que respecta al precedente constitucional, se ha adicionado que la creación, modificación o apartamiento de un precedente requiere el voto conforme de cinco (5) magistrados; en tanto que, en los procesos de acción popular, la Sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes con el voto conforme de cuatro (4) jueces supremos. Asimismo, precisa de forma detallada los requisitos necesarios para su procedencia.

- e) En el artículo VIII, se ha incorporado el principio *pro homine* como mecanismo rector del control de convencionalidad.
- f) En el artículo IX, se ha señalado que en caso de vacío o defecto del presente código, será de aplicación supletoria en primer lugar, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la doctrina procesal constitucional; y, en segundo lugar, los códigos procesales afines a la materia discutida son de aplicación subsidiaria siempre y cuando no perjudiquen a las partes ni a los fines de los procesos constitucionales y solo ante la ausencia de otros criterios.
- g) Finalmente, el principio *iura novit curia* que se encontraba expresamente señalado en el artículo VIII del anterior código⁵, ha sido retirado del título preliminar de la actual norma procesal.

Luego de haber mencionado las reformas realizadas en el título preliminar del actual código respecto del anterior, nos queda claro que hay modificaciones muy que ameritan ser analizadas objetivamente. A continuación, realizaremos una cartografía del Título Preliminar analizando brevemente cada uno de sus artículos.

135

IV. PARTES DEL TÍTULO PRELIMINAR: DIVISIÓN ESTRUCTURAL.

En base al contenido de los diversos preceptos que integran el Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, haremos un mapeo que nos llevará a una división del mismo en base a:

- Cuestiones generales (alcances, fines y órganos competentes),
- Principios procesales (de carácter general y de carácter especial); e,
- Instituciones procesales (con naturaleza eminente constitucional)

Esta división estructural tripartita tiene la finalidad de agrupar las distintas instituciones del Título Preliminar de forma pedagógica para un mejor estudio y comprensión.

⁵ En efecto, el anterior código en su Título Preliminar señalaba: “Artículo VIII.- Juez y derecho. El órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente”.

IV.1 PRIMERA PARTE. CUESTIONES GENERALES.

En este apartado analizaremos los preceptos del Título Preliminar relacionados a los alcances (Artículo I), fines (Artículo II) y órganos competentes (Artículo IV) que son inherentes a los diversos procesos constitucionales desarrollados en nuestra norma procesal.

IV.1.1. ALCANCES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES.

Artículo I. Alcances

El presente código regula los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia previstos en los artículos 200 y 202, inciso 3), de la Constitución.

Desde hace varios años la doctrina especializada ha reconocido que los procesos constitucionales se clasifican en función del objeto de protección de cada uno de ellos.⁶ En ese sentido, existen tres clases de procesos:

⁶ En efecto, hablar de los contenidos de la jurisdicción constitucional durante el período que se inicia a mediados de 1920 y dura hasta hace algunos años, es hablar en sí de la sistematización - aceptada por unanimidad por la doctrina- enunciada por *Mauro Cappelletti* y afinada por *Fix-Zamudio*, que se basa en una concepción tripartita que se desarrolla considerando los aspectos tanto subjetivo como objetivo de la jurisdicción constitucional. Estos tres aspectos, además, se separarán sólo para efectos de estudio, pero en la práctica están estrechamente relacionados. La diferencia de estos, radica en su objeto, finalidad y en el foro de ubicación de su debate y desarrollo; pero principalmente en su pretensión. De acuerdo a ello, los contenidos de la Jurisdicción Constitucional serían, de acuerdo con *Cappelletti* y *Fix*, los siguientes: La Jurisdicción constitucional de la libertad, la Jurisdicción Constitucional Orgánica y la Jurisdicción Constitucional Comunitaria o Internacional. Desde el reconocimiento del Derecho Procesal Constitucional, los contenidos de la Jurisdicción Constitucional pasaron a convertirse en la clasificación de los procesos constitucionales, por lo que la división tripartita quedó de la siguiente manera:

- Procesos Constitucionales de la Libertad (antes: Jurisdicción Constitucional de la libertad)
- Procesos Constitucionales Orgánicos (antes: Jurisdicción Constitucional orgánica);
- Procesos Constitucionales Internacionales (antes: Jurisdicción Constitucional Internacional o Transnacional)

Para una mayor información véase: López Viera, J. R. (2016). *Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Instituciones básicas y modernas*. APECC.

- a) **Procesos de tutela de derechos.** - Tienen por objeto la tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales. Corresponden a este tipo de procesos: el proceso de hábeas corpus, el proceso de amparo, el proceso de hábeas data y el proceso de cumplimiento.
- b) **Procesos de control normativo.** - Tienen por objeto proteger jurídicamente la primacía de la Constitución respecto a las leyes o normas con rango de Ley, en el caso del proceso de inconstitucionalidad, y la primacía de la Constitución y de la ley respecto al resto de normas de rango inferior a la ley, en el caso del proceso de acción popular. En ambos procesos, es el orden jerárquico de las normas (principio de jerarquía de las normas) de nuestro sistema jurídico el que constituye el objeto de protección (sistema de fuentes prescrita por nuestra Constitución Política).
- c) **Proceso de conflicto competencial.** - Tiene por objeto la protección de las competencias que la Constitución y las leyes orgánicas atribuyen a los poderes del Estado, los órganos constitucionales y a los gobiernos regionales y locales (municipalidades). Aquí se encuentra el proceso competencial.

137

Finalmente, hay que recalcar la diferencia que existe entre los procesos que nacen en la Constitución en forma expresa para cautelar valores o principios constitucionales -como los mencionados arriba-, de aquellos mecanismos, de carácter incidental, que también sirven para proteger la constitucionalidad, como es el caso del control difuso establecido en el artículo 138° de la Constitución. Para lo doctrina mayoritaria la *Judicial Review* es una técnica jurídica que opera dentro de un proceso -que no necesariamente tiene que ser constitucional- en consecuencia, no podemos considerarla en sí como un proceso, sino como una técnica o institución de naturaleza constitucional, de la cual hablaremos más adelante.

IV.1.2. FINES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES.

Artículo II. Fines de los procesos constitucionales

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa.

De acuerdo a lo mencionado en líneas anteriores, los procesos constitucionales ostentan una clasificación que se fundamenta en los fines esenciales que estos cumplen de manera general. En ese sentido, la doctrina había señalado básicamente dos fines: Por un lado, la defensa y eficacia de los derechos fundamentales; y, por el otro, la defensa de la jerarquía o supremacía normativa de la Constitución. De acuerdo a ello, los procesos de tutela de derechos (o de la libertad) están destinados a cumplir la primera finalidad (defensa subjetiva) y los procesos constitucionales orgánicos (de control normativo y de conflicto competencial) están destinados a cumplir la segunda finalidad (defensa objetiva).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha señalado que la finalidad última de todos los procesos constitucionales es la defensa de los derechos fundamentales. En efecto, se señala que: “(...) *en los procesos constitucionales se busca no sólo la protección de los derechos fundamentales, sino también la constitucionalidad del derecho objetivo. De ahí que se haya señalado que dichos procesos deben ser capaces de comprender no sólo la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, sino también la tutela objetiva de la Constitución*”⁷.

Con ello, queda totalmente claro que los dos fines esbozados son para todos los procesos constitucionales sin importar si son de la libertad u orgánicos, porque al final lo que tratan en sí todos estos mecanismos es de defender a la Constitución y a los derechos fundamentales que ella contiene.

En ese sentido, el nuevo Código ha determinado que ya no solo se trate de estas dos finalidades originarias, sino que además ha incorporado una tercera finalidad que está comprendida en un principio que hasta hace poco el Tribunal Constitucional había reconocido como un principio de interpretación constitucional: El principio de fuerza normativa⁸.

⁷ STC N° 266-2002-AA/TC. FJ. 5. Asimismo, Zagrebelsky, G. (2001). *¿Derecho procesal constitucional?* En: Revista Peruana de Derecho Procesal. N° IV. pp. 409 y 415.

⁸ Dicho principio fue incorporado con otros principios que constituyen las pautas para una correcta interpretación constitucional. En efecto, en la STC. N° 5854-2005-PA/TC, en el FJ. 12, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente: “*Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las*

¿Pero qué significa dicho principio? Este principio significa efectivizar la fuerza vinculante absoluta de la Constitución: “(...) *El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto*”⁹. Este principio fue importado por el Tribunal Constitucional de la doctrina alemana (Hesse, 1992, pp. 45-47) y es un mecanismo que ayuda a darle un significado a los distintos preceptos constitucionales de la mano con los métodos clásicos de interpretación¹⁰.

leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son (HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da Edición. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1992. Pp. 45-47):

- a) *El principio de unidad de la Constitución: Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.*
- b) *El principio de concordancia práctica: En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución).*
- c) *El principio de corrección funcional: Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.*
- d) *El principio de función integradora: El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.*
- e) *El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”*

⁹ STC N° 5854-2005-PA/TC. Caso: Andrés Lizana Puelles. FJ. 12

¹⁰ Se debe tener en cuenta que cuando se trata de interpretar los dispositivos constitucionales se pueden utilizar los clásicos métodos de interpretación constitucional (literal, histórico, finalista y

Ahora, el legislador ha visto por conveniente, que la fuerza normativa no solo sea un principio de interpretación constitucional, sino que se tenga como una finalidad en sí misma de todos los procesos constitucionales.

El Código Procesal Constitucional anterior no contemplaba este principio como una finalidad. Su incorporación, por tanto, es un aporte de la nueva norma procesal que consideramos positivo en la medida que se debe entender a los procesos constitucionales integralmente, porque en el fondo, como bien hemos señalado, en cualquier proceso constitucional, la finalidad última es la defensa de la Constitución y lo que ella contiene (derechos fundamentales) y esto solo se efectiviza entendiéndola como una norma vinculante “*in toto*”, es decir, que nos vincula a todos en todo.

IV.1.3. LOS ÓRGANOS COMPETENTES EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES.

140

Artículo IV. Órganos competentes

Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente código.

Como sabemos, nuestro modelo constitucional es dual o paralelo¹¹. Por ello, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional ejercen jurisdicción constitucional. Con respecto a las competencias, en los procesos constitucionales de la libertad o de tutela de derechos, estos son de conocimiento en primera y segunda instancia por parte del Poder Judicial; y,

sistemático), sin embargo, por las características de los valores y derechos que la Constitución establece, muchas veces estos resultan insuficientes para llevar a cabo la interpretación de los mismos. Es allí donde aparece la necesidad de complementarlos mediante estos principios de interpretación constitucional, que constituyen herramientas de complementación a los métodos para lograr encontrar un satisfactorio significado de los dispositivos constitucionales.

¹¹ Este modelo fue enunciado, explicado y desarrollado por nuestro distinguido constitucionalista Domingo García Belaunde. Este sistema existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo o Kelseniano, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Y este modelo, que no es frecuente, tuvo su partida o nacimiento en la Constitución Peruana de 1979, reiterada en la vigente Carta de 1993. Actualmente este modelo se viene aplicando también en Ecuador desde 1996.

en caso de resolución denegatoria de segunda instancia, en última y definitiva instancia, serán resueltos por el Tribunal Constitucional.

En el caso de los procesos constitucionales orgánicos (de control normativo y de conflicto competencial), el proceso de inconstitucionalidad y de conflicto de competencia son de conocimiento en única y definitiva instancia por parte del Tribunal Constitucional.

Y, en el proceso de acción popular, este es de conocimiento únicamente del Poder Judicial en doble instancia (Sala Superior en primera instancia; y, en apelación o consulta, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema en última y definitiva instancia).

IV.2. SEGUNDA PARTE. LOS PRINCIPIOS PROCESALES.

141

En este apartado, desarrollaremos los artículos del Título Preliminar donde se encuentran consignados todos los principios aplicables de manera obligatoria a los procesos constitucionales por parte de los órganos jurisdiccionales.

Recordemos que los principios procesales son pautas o guías que permiten a la judicatura constitucional complementar las normas procesales y darle una mayor eficacia a los procesos constitucionales para que estos logren alcanzar sus fines. En consecuencia, los principios juegan un rol esencial en el desarrollo de todos los procesos constitucionales como directrices o faros que van a orientar a los jueces y a los justiciables en caso de vacío, deficiencia o ambigüedad de los diversos preceptos de la norma procesal. Esta segunda parte, podemos dividirla en: Principios procesales de carácter general (Artículo III), Principios procesales de carácter especial (Artículo VIII y Artículo IX) y los Principios de carácter implícito (no consignados literalmente en el Título Preliminar, pero si reconocidos y desarrollados por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional).

IV.2.1. LOS PRINCIPIOS PROCESALES DE CARÁCTER GENERAL.

Artículo III. Principios procesales

Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, economía, intermediación, socialización y el principio de gratuidad en la actuación del

demandante salvo que se trate de procesos constitucionales iniciados por personas jurídicas contra resoluciones judiciales.

El juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente código.

Asimismo, el juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.

142

La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente código.

Como se puede apreciar, en este artículo –al igual que en el anterior código- se han recogido la mayoría de los principios que deberán enmarcar el derrotero por los cuales los jueces deben interpretar, aplicar y desarrollar los procesos constitucionales que les toca resolver. A continuación, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional iremos desarrollándolos brevemente.

- a) Principio de dirección judicial del proceso.-** Señala el Tribunal Constitucional que: “*El principio de dirección judicial del proceso 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*”.¹² En ese sentido, “*El principio de dirección judicial del proceso delega en la figura de juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la*

¹² STC N.º 0005-2005-CC/TC. FJ. 4

actividad de las partes, promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta".¹³

- b) Principio de economía procesal.** - Al respecto el Tribunal Constitucional señala: *"Por lo que hace al principio de economía procesal, tenemos dicho que si de los actuados existen los suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, pese al rechazo liminar de la demanda, resulta innecesario condenar a las partes a que vuelvan a sufrir la angustia de ver que su proceso se reinicie, no obstante todo el tiempo transcurrido. Con ello, no sólo se posterga la resolución del conflicto innecesariamente, sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes"*.¹⁴
- c) Principio de intermediación.**- Con respecto a este principio: *"La actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada al momento de emitir sentencia condenatoria"*.¹⁵ En efecto, lo que se busca es que: *"(...) el juez constitucional tenga el mayor contacto posible con todos los elementos subjetivos (intervenientes) y objetivos (documentos, lugares, etc.) que conforman el proceso, más exactamente que configuran el contexto real del conflicto de intereses o incertidumbres subyacentes en el proceso judicial"* (Monroy, 1996, p. 94).
- d) Principio de socialización.** - Este principio consiste en: *"El deber del juez de evitar que las desigualdades materiales existentes entre las partes impidan la consecución de una decisión judicial que sea reflejo cabal de la objetividad del Derecho. En efecto, el principio de socialización procesal es una de las manifestaciones del tránsito del Estado Liberal hacia el Estado Social, de manera tal que la falacia formalista en virtud de la cual el principio de igualdad sólo adquiere plena vigencia con una conducta absolutamente pasiva y contemplativa del Estado, sucumbe ante los principios del*

¹³ STC N° 2876-2005-HC/TC. FJ. 23

¹⁴ STC N° 4587-2004-PA/TC. FJ. 17

¹⁵ STC N° 00849-2011-PHC/TC. FJ. 6 y STC N° 1808-2003-HC/TC

*constitucionalismo social, según los cuales, ante los múltiples factores que pueden situar a las partes en una evidente situación de desigualdad, resulta imperativa la intervención judicial a efectos de tomar las medidas correctivas que aseguren un proceso justo”.*¹⁶

144

- e) Principio de gratuidad en la actuación del demandante.-** Al respecto nuestro Tribunal Constitucional señala: *“El principio constitucional de la gratuidad del servicio de justicia, prescrito en el artículo 139º, inciso 16, de la Carta Política, es una garantía normativa que supone la exoneración de toda tasa judicial o carga impositiva de algún tipo en aquellos casos que sea necesario la expedición de copias de los actuados para la formación de cuadernos incidentales, de un expediente tramitado en la vía penal, o en los que por la naturaleza del propio derecho se solicita la expedición de copias certificadas”.*¹⁷ Asimismo: *“Dicho precepto constitucional, en lo que al caso importa resaltar, contiene dos disposiciones diferentes: Por un lado, garantiza ‘El principio de la gratuidad de la administración de justicia (...) para las personas de escasos recursos’; y, por otro, consagra ‘(...) la gratuidad de la administración de justicia (...) para todos, en los casos que la ley señala’.*”¹⁸

En el ámbito judicial este principio se traduce en asegurar, a las personas de escasos recursos, el acceso, el planteamiento y la obtención de un fallo judicial que resuelva sus diferencias dentro de un proceso judicial gratuito, más aún cuando se trata de un proceso constitucional.

Una de las modificaciones realizadas por el Título Preliminar de nuestra nueva norma procesal ha sido exceptuar la aplicación de este principio cuando se trate de procesos constitucionales iniciados por personas jurídicas contra resoluciones judiciales, algo que resulta ser válido en la medida que a diferencia de las personas naturales, las personas jurídicas si cuentan con recursos económicos e ingresos para

¹⁶ STC N° 0048-2004-PI/TC. FJ. 4

¹⁷ STC N° 01812-2005-HC/TC. FJ. 2

¹⁸ STC N° 1607-2002-AA/TC. FJ. 5

poder solventar un proceso judicial. Finalmente, la gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos.

- f) Principio de impulso de oficio.-** Señala el Tribunal Constitucional: *“Ahora, en el caso de que se presentase una dificultad en tal identificación, el juez deberá realizar los actos necesarios a efectos de entablar válidamente la relación procesal y, así, continuar el proceso, pero de ninguna manera dispondrá su archivamiento, mucho menos por inercia de la parte demandante, pues para ello el principio de dirección del proceso e impulso de oficio obligan al juez a la continuación del proceso a través de la ejecución de todos los actos que lo conduzcan a prestar tutela jurisdiccional, máxime cuando se trata de procesos constitucionales de tutela de derechos como el amparo. Lo contrario supone una actuación judicial que lesiona el derecho a la tutela jurisdiccional y el derecho al debido proceso. En el primer caso, porque un tal archivamiento supone una denegatoria de acceso a la protección jurisdiccional de los derechos; y, en el segundo, porque dicho acto importa una inobservancia por parte del juez de principios procesales -como el de dirección del proceso e impulso de oficio- que garantizan al demandante un proceso justo”*.¹⁹

145

- g) Principio de informalidad o elasticidad.-** Según dicho principio: *“Las exigencias que impone el Código no deben, bajo ningún punto de vista ni criterio interpretativo, trastocar los fines mismos de los procesos constitucionales”*.²⁰ Este principio siempre debe aplicarse de manera excepcional y responsable por parte de los jueces constitucionales teniendo en cuenta que no pueden quedar desvinculados del derecho: *“(…) prima facie, no supone que la especial naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, autorice a este Colegiado a desvincularse de los principios procesales generales y crear ex novo reglas procesales aplicables a tal tipo de proceso, sino tan sólo preferir los principios procesales del artículo III del Título Preliminar del CPCConst., desechando la aplicación de todo criterio procesal que resulte incompatible con su finalidad. Tal es el sentido del tercer párrafo del mencionado artículo III [CPC]”*.²¹

¹⁹ STC N° 9599-2005-PA/TC. FJ. 7

²⁰ STC N° 3059-2012-PA/TC. FJ. 5

²¹ STC N° 0048-2004-PI/TC. FJ. 4

- h) Principio de *favor processum* o *pro actione*.**- Con respecto a este principio: “*Se impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual, ante la duda, la decisión debe dirigirse por la continuación del proceso y no por su extinción*”.²²

Como podemos apreciar, los distintos principios establecidos en el presente artículo III, constituyen herramientas indispensables para el mejor desarrollo de todos los procesos constitucionales y acompañaran a los justiciables a lo largo de éstos, siendo de obligatoria aplicación para los jueces constitucionales en todo momento.

IV.2.2. PRINCIPIOS PROCESALES DE CARÁCTER ESPECIAL.

146

Artículo VIII. Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos.

En el presente artículo, se establecen dos principios: En el primer párrafo, el Principio de interpretación conforme a la convencionalidad o simplemente principio de interpretación convencional; y, en el segundo párrafo, el Principio *pro homine* o principio más favorable a la persona como fundamento rector del control de convencionalidad. A continuación, analizaremos ambos principios.

²² STC N°. 2302–2003–AA/TC. FJ. 3

- a) **Principio de interpretación conforme a la convencionalidad o principio de interpretación convencional.**- En nuestros días, la cuestión de los Derechos Humanos no es algo que pueda quedar circunscrito a la soberanía interna de los Estados; por el contrario, puede ser considerada como patrimonio de la comunidad internacional; de ahí que su tutela haya trascendido el ámbito estrictamente estatal, siendo factible hablar de una protección transnacional de los derechos²³. Ello no es sino la resultante obligada del hecho de que los derechos humanos constituyen, un conjunto de parámetros de conducta y de evaluación concordemente destilados (por obra de todos los Estados) de tradiciones ideológicas y filosóficas, de preceptos religiosos y concepciones del mundo, y transformados por los Estados mismos en código internacional de conducta. Esta forma de Jurisdicción Constitucional Transnacional, se refiere al ámbito, cada vez mayor, del Derecho Comunitario, del cual es modelo la Corte Europea de Derechos Humanos, y en fecha más reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

147

En el Perú, se reconoce al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como un organismo internacional, al cual puede recurrir quien considere lesionados sus derechos fundamentales, además se reconoce a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -quien para conocer el caso requiere que se hayan agotado todas las instancias jurisdiccionales en el derecho interno, salvo los casos en que esas instancias no sean agotadas por retardo injustificado en la administración de justicia- y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos -quien para conocer el caso, requiere que se haya agotado el procedimiento ante la Comisión- y, a otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú.²⁴

²³ Constitución Política del Perú, Artículo 205: “Agotada la Jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”

²⁴ Código Procesal Constitucional, Artículo 122: “Para los efectos de lo establecido en el artículo 205° de la Constitución, los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución, o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano son: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú”.

De acuerdo a lo anterior, el artículo 55° de la Constitución señala que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.

Asimismo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece 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. En consecuencia, bajo lo establecido por la Constitución y nuestro Código Procesal Constitucional no sólo los preceptos constitucionales deben interpretarse a la luz de los Tratados sobre Derechos Humanos sino también hay que tener en cuenta lo que los organismos internacionales que se constituyen en virtud de estos tratados emitan en sus decisiones.²⁵

148

En el presente caso, por tanto, nos encontramos frente a un auténtico principio de interpretación constitucional, que catalogaríamos como: El Principio de interpretación conforme a la convencionalidad o Principio de interpretación convencional. Y, esto es así, porque el Tribunal Constitucional ya lo ha señalado: *“En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones”*.²⁶ A esto debemos aunar que las opiniones vinculantes de la Corte Interamericana y la parte considerativa de sus sentencias, no

²⁵ A nuestro criterio, se debe tener en cuenta que cuando se habla de “decisiones” no solo se alude a aquellas resoluciones que son sentencias, sino a aquellas que son opiniones, informes o recomendaciones.

²⁶ STC N° 5854-2005-PA/TC. Caso: Andrés Lizana Puelles. FJ. 23

solo tienen efectos vinculantes para los Estados que se encuentran siendo partes del proceso, sino también alcanza a aquellos que han ratificado las competencias de la Corte.²⁷

- b) Principio *pro homine* como fundamento del Control de Convencionalidad.** - El haber incorporado el Control de convencionalidad y sobre todo el Principio que lo rige: El *pro homine*, es a nuestro parecer, la innovación más resaltante, fundamental e importante del Título Preliminar de la nueva norma procesal. La CIDH en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (2006), propuso una definición del control de convencionalidad señalando que “*cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana*”.²⁸

149

Esta “especie de control de convencionalidad”, meses después se complementó en su definición cuando en la sentencia al caso *Trabajadores cesados del Congreso Vs. Perú*, manifestó la CIDH que “*Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y*

²⁷ Para una mayor información sobre todo lo concerniente a las funciones y competencias de la CIDH, recomiendo a: Fix-Zamudio, H. (2009). *Los Derechos Humanos y su protección internacional*. Grijley.

²⁸ *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 124

*la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.*²⁹

En consecuencia, el control de convencionalidad es el mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos principalmente, en la que funda la competencia contenciosa de la Corte IDH.³⁰

150

Pero, ¿qué sucede cuando el Juez a nivel interno tiene que resolver en un caso en concreto la incompatibilidad entre una norma convencional y una norma interna?, ¿Deberá preferir la norma convencional siempre basándose en el principio de jerarquía normativa que rige el control de constitucionalidad?, ¿Qué sucede si la norma interna para ese caso específico protege más a la persona y sus derechos que la norma convencional?

Existe una discusión aun no solucionada ni por la doctrina ni por la propia Corte Interamericana con respecto a la relación entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos³¹. Si bien la Corte Interamericana en el marco del control de convencionalidad (cualquiera sea el plano en el cual opere, nacional o internacional) ha señalado que el resultado esperado es una decisión que otorgue primacía a las convenciones internacionales por sobre las normas

²⁹ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, (excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 128.

³⁰ El control de convencionalidad se debe extender, también, a las demás convenciones interamericanas de derechos humanos que fundamenten la competencia de la Corte Interamericana y que establezcan obligaciones para el Estado peruano.

³¹ Es el debate eterno entre los partidarios de la teoría monista (ya sea con primacía del derecho internacional sobre el derecho interno o viceversa) y la teoría dualista (donde ambos derechos interno e internacional son independientes y no existe subordinación de ninguno)

internas de los Estados que conforman el sistema³², pero en nuestra opinión no siempre ocurrirá lo señalado.

En efecto, hay una gran mayoría que se inclina por la superioridad absoluta del derecho convencional sobre el derecho interno basándose en un símil con el control de constitucionalidad, sin embargo, debemos señalar que cuando se trata de hablar específicamente del control de convencionalidad, debe mencionarse que éste no es una simple extensión o réplica a escala externa del control de constitucionalidad.

Hay que ser enfático que el control de constitucionalidad, cual sea su tipo: difuso, concentrado, mixto o dual, siempre se regirá por el principio de jerarquía normativa, que es un principio inherente a este control desde sus orígenes, porque su finalidad última de este mecanismo es proteger la supremacía de la *norma normarum*, esto es: La defensa de la Constitución como norma principal y fundante del ordenamiento jurídico.

151

En el caso de la convencionalidad, esto es diferente, pues no existe una Constitución, lo que existe es un Bloque de Convencionalidad³³ - que si bien tiene como tratado principal a la Convención Americana- se encuentra conformado por un conjunto de documentos y pronunciamientos que integran el *ius commune interamericano*, y que además, tienen como finalidad última la defensa de los derechos

³² Conf. “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*”, Corte IDH, sentencia del 24/11/06, Serie C Nº158, párr. 128 (“los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana”).

³³ Este criterio fue mantenido y desarrollado de manera progresiva en un caso resuelto en contra de México, a través del voto razonado del Juez Ferrer MacGregor, en el que consideró que los documentos relacionados con la Corte Interamericana eran sólo el estándar mínimo que las autoridades estatales debían respetar, pero que debía ser ampliada por todos los tratados internacionales sobre derechos humanos o que implicaran normas de derechos humanos que ha ratificado el país, así como las interpretaciones que los órganos encargados de hacerlas respecto a cada tratado emitan. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costras. Sentencia del 26 de noviembre de 2010. *Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Este criterio es el que se conoce como “Bloque de convencionalidad”*.

humanos.³⁴ Por ende, para resolver cualquier conflicto entre una norma convencional y una constitucional, no debe aplicarse el principio de jerarquía por las razones mencionadas, sino el *principio pro homine* –la norma más favorable a la persona y sus derechos humanos–, más aun cuando éste se desprende claramente del artículo 29° de la propia Convención Americana³⁵.

En ese sentido, el hecho de haber incorporado el control de convencionalidad y el principio *pro homine* –que consideramos es el principio rector de este mecanismo de control y defensa de los derechos humanos–, resulta ser un aporte básico para evitar cualquier discusión innecesaria de los órganos jurisdiccionales en nuestro país que desde hace buen tiempo por mandato de la Corte Interamericana están obligados *ex officio* a aplicar no solo el control de legalidad y constitucionalidad sino también el control de convencionalidad³⁶.

³⁴ El control de convencionalidad, como se mencionó anteriormente, debe hacerse principalmente siguiendo el parámetro de la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados que den competencia a la Corte Interamericana. Sin embargo, la convencionalidad no se circunscribe solamente a estos instrumentos, sino que va más allá. La Corte Interamericana ha establecido que al momento de hacer la revisión del derecho interno, debe contrastarse, además de con los tratados que dan competencia a la misma Corte, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ha emitido al interpretar la Convención Americana. Pero que, además, como parte de esa jurisprudencia estaban los protocolos adicionales a la Convención, las opiniones consultivas de la Corte, las medidas provisionales y las interpretaciones realizadas en todas ellas, como parte del corpus iuris interamericano. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, Op. cit.

³⁵ Artículo 29. *Normas de Interpretación.*– Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

³⁶ En efecto, la Corte Interamericana realiza el control concentrado de convencionalidad cuando verifica de forma subsidiaria que las disposiciones internas, las conductas y los actos de los Estados parte de la Convención Americana sean acordes y no violenten su contenido. Los Estados, en el ámbito de sus competencias y dentro de los procedimientos que las leyes les establecen, deben

Asimismo, el haber incorporado expresamente este principio coadyuvará a facilitar la aplicación de la convencionalidad en nuestro país; y sobre todo, logrará efectivizar una suerte de diálogo entre el derecho interno e internacional, donde no se trata de que uno se imponga sobre el otro, sino que ambos se complementen en aras de salvaguardar los derechos humanos de la manera más óptima posible.

Artículo IX. Aplicación supletoria e integración

Solo en caso de vacío o defecto del presente código son de aplicación supletoria la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los códigos procesales afines a la materia discutida son de aplicación subsidiaria siempre y cuando no perjudiquen a las partes ni a los fines del proceso constitucional y solo ante la ausencia de otros criterios.

En este artículo se hace referencia al principio de aplicación supletoria o integración. Al respecto, Arce Ortiz señala que: *“La supletoriedad es una relación de reglas. Y ella consiste en que una regla solo se aplica a falta o en defecto de regulación del mismo supuesto de hecho en otra norma o normativa. Seguidamente, la falta o defecto de regulación no debe interpretarse como una laguna del derecho, ya que siempre existirá una norma de conexión o de remisión entre la regla aplicable y la norma o normativa defectuosa”* (2019, p. 263).

153

- a) Principio de aplicación supletoria o Principio de integración.-** El Tribunal Constitucional ha señalado con respecto a este principio lo siguiente: *“Siendo así las cosas, y atendiendo a que el artículo IX del Código Procesal Constitucional autoriza al juez para acudir a otros códigos procesales a fin de subsanar los vacíos de la ley, se estima que debe aplicarse el último párrafo del artículo 413 del Código Procesal Civil que ordena la exoneración del pago de los costos y las costas a “quien reconoce o se allana a la demanda dentro del plazo para contestarla”. En ese sentido, dado que a fojas 15 y 22 obra el*

realizar el control difuso de la convencionalidad, bajo los mismos parámetros que lo hace la Corte Interamericana. En estos casos los jueces nacionales deben hacer la misma revisión que haría la Corte, sobre la legislación que aplican o las conductas que realizan los distintos órganos del Estado para asegurarse que estos no contraríen a la Convención Americana, fungiendo como una especie de jueces interamericanos de protección de derechos.

allanamiento de la demandada, debe exonerársele del pago de costos procesales”³⁷.

Como se puede apreciar, a diferencia de la norma procesal anterior³⁸, en caso de vacío o deficiencia de nuestra norma procesal, se ha realizado un orden de prelación al momento de aplicar este principio por parte de los órganos jurisdiccionales en un proceso constitucional, donde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana figuran como las fuentes primarias de integración y aplicación supletoria; y, en segundo lugar, las demás normas procesales afines de manera subsidiaria siempre y cuando: 1) *no perjudiquen a las partes*, 2) *ni a los fines del proceso constitucional*; y, 3) *solo ante la ausencia de otros criterios*, que serían los principios generales del derecho y la doctrina.

IV.2.3. PRINCIPIOS PROCESALES DE CARÁCTER IMPLÍCITO.

154

El Tribunal Constitucional a nivel jurisprudencial ha incorporado principios procesales que han sido utilizados en los diversos procesos constitucionales. Si bien el Nuevo Código Procesal Constitucional no los ha consignado, a continuación, los mencionaremos porque han constituido instrumentos trascendentales en el desarrollo de los procesos constitucionales y el propio Tribunal los ha justificado derivándolos de los fines y/o instituciones procesales.

- a) Principio de autonomía procesal.-** Con respecto a este principio el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: *“Según el principio de autonomía procesal, el Tribunal Constitucional detenta en la resolución de cada caso concreto la potestad de establecer, a través de su jurisprudencia, normas que regulen el proceso constitucional, a través del precedente vinculante del artículo VII del Código*

³⁷ STC N° 07738-2013-PHD/TC. FJ. 5.

³⁸ En efecto, la anterior norma procesal señalaba que: *“Artículo IX.- Aplicación Supletoria e Integración. En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina”*.

*Procesal Constitucional, en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional*³⁹. Asimismo: “El Tribunal Constitucional, de conformidad con el principio de autonomía, reconocido en el artículo 201° de la Constitución, tiene la potestad de modular, procesalmente, el contenido y los efectos de sus sentencias en todos los procesos constitucionales, en general, y en el proceso de amparo, en particular.”⁴⁰”

b) Principio de suplencia de la queja deficiente. - Para el Tribunal Constitucional: “Se trata de un principio implícito de nuestro derecho procesal constitucional y que se deriva del citado principio teleológico enunciado en el artículo II del CPConst. Conforme a él tiene el Juez Constitucional el deber de enmendar el petitorio de la demanda cuando éste ha sido erróneamente formulado o expuesto en forma ambigua u oscura”.⁴¹

c) Principio de *iura novit curia*. - Este principio a diferencia de los dos anteriores, si se encontraba establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional anterior⁴². En esta ocasión, el legislador no lo ha incluido en el Título Preliminar de la nueva norma procesal. Sin embargo, consideramos que pese a que no se encuentra regulado explícitamente, si se puede y se debe aplicar, más aún porque su base se encuentra taxativamente establecida en la Constitución⁴³, es inherente a la labor jurisdiccional y el Tribunal Constitucional lo ha invocado y desarrollado en reiterada jurisprudencia. Así, el Tribunal ha señalado que: “Se hace referencia al aforismo *iura novit curia* y su aplicación en los procesos constitucionales. En virtud de tal aforismo, el juez tiene el poder-deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado en la demanda.

³⁹ STC N° 0025-2005-AI/TC y 0026-2005-AI/TC (acumulados). FJ. 18

⁴⁰ STC N° 0533-2006-AA/TC. FJ. 62

⁴¹ STC N° 04885-2007-PHD/TC. FJ. 5

⁴² Artículo VIII.- Juez y derecho. El órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente”.

⁴³ Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

*Asimismo, se precisa sus límites. En ese sentido, el Colegiado precisa que cuando se trate del aforismo iura novit curia, al aplicarse el derecho a las cuestiones debatidas, se buscará no alterar ni sustituir las pretensiones y hechos fácticos que sustentan la demanda y resulten acreditados en el proceso”.*⁴⁴

IV.3. TERCERA PARTE: INSTITUCIONES PROCESALES.

En esta última parte, analizaremos los artículos que dentro del Título Preliminar recogen instituciones procesales que se aplicarán en el desarrollo y resolución de los diversos procesos constitucionales.

IV.3.1. EL AMICUS CURIAE.

Artículo V. Amicus curiae

El juez, la sala o el Tribunal Constitucional, si lo consideran conveniente, podrán invitar a personas naturales o jurídicas en calidad de amicus curiae, para que expresen por escrito u oralmente su opinión jurídica sobre una materia compleja. También puede invitarse al amicus curiae para que ilustre al juzgador sobre conocimientos no jurídicos, técnicos o especializados de relevancia necesaria para resolver la causa.

Son requisitos que debe cumplir la participación del amicus curiae:

- 1. No es parte ni tiene interés en el proceso.*
- 2. Tiene reconocida competencia e idoneidad sobre la materia que se le consulta.*
- 3. Su opinión no es vinculante.*
- 4. Su admisión al proceso le corresponde al órgano jurisdiccional.*

El amicus curiae carece de competencia para presentar recursos o interponer medios impugnatorios.

⁴⁴ STC N° 00569-2003-AC/TC. FJ. 13

La incorporación de la institución del *amicus curiae* es una de las novedades de nuestra nueva norma procesal constitucional. Si bien, el *amicus curiae* ya había sido creado e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por parte del Tribunal Constitucional en su Reglamento⁴⁵ y desarrollado en su jurisprudencia, es la primera vez que se encuentra establecido y regulado detalladamente por el Código Procesal Constitucional.

En efecto, el Tribunal Constitucional hace referencia a esta institución definiéndola de la siguiente manera: *“Partiendo de la facultad especial contenida en el artículo 13º- A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, “el Pleno o las Salas pueden solicitar información de los amicus curiae (amici curiarum), si fuera el caso, a fin de esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados”. En el caso sub judice este Colegiado considera imprescindible para su dilucidación la opinión de personas con un amplio conocimiento sobre la salud mental, tanto desde el punto de vista médico, como desde la perspectiva de la ejecución de las políticas públicas”*⁴⁶. Asimismo: *“La intervención del amicus curiae en el presente proceso se encuentra legitimada no solo por el reglamento del Tribunal Constitucional, sino también por la naturaleza del derecho constitucional invocado. La presencia del amicus curiae, el pedido de información, así como la solicitud de documentación no deben considerarse a priori como medios probatorios inadecuados que habrán de dilatar el desarrollo del proceso, sino más bien como instrumentos procesales al servicio de una protección eficaz de los derechos constitucionales”*⁴⁷.

157

El *amicus curiae* (amigo de la Corte) se materializa con la participación de terceros ajenos al proceso a fin de ilustrar a los jueces sobre aspectos técnicos de alta especialización, que habrán de incidir de manera relevante a la hora de la decisión final.

El máximo intérprete de la Constitución creó esta institución para coadyuvar a resolver conflictos de carácter constitucional al igual que otros mecanismos que creados por el Tribunal tales como: el partícipe, el recurso

⁴⁵ Artículo 13-A.- El Pleno o las Salas pueden solicitar los informes que estimen necesarios a los órganos de Gobierno y de la Administración y requerir respuesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 119 del Código Procesal Constitucional; así como solicitar información del (los) *amicus curiae* (*amici curiarum*), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados.

⁴⁶ STC N° 3081-2007-PA/TC. Fjs 5 Y 6

⁴⁷ STC N° 3081-2007-PA/TC. FJ. 8

de apelación por salto, etc. Al colocar a esta figura en el Título Preliminar su aplicación se hace extensiva a todos los procesos constitucionales y a todos los órganos jurisdiccionales encargados de resolverlos.

Por otro lado, la nueva norma procesal ha establecido quienes lo pueden aplicar y bajo qué requisitos específicos, resaltando que el *amicus curiae* tiene limitaciones dentro del proceso constitucional porque no constituye -en ningún caso- parte procesal.

Finalmente, debemos señalar que si bien con este artículo V se han complementado todos los alcances que el Tribunal Constitucional en su momento había regulado para esta institución, hay una duda que de la propia redacción del artículo V se desprende, que tendrá que disiparse –creemos a nivel jurisprudencial- con respecto a la participación del *amicus curiae* en un proceso constitucional y es la siguiente: ¿Es solo el Juez, la Sala o el Tribunal Constitucional que pueden invitar a participar a un *amicus curiae* como señala la primera parte del artículo V?, o, ¿Pueden presentarse personas naturales o jurídicas solicitando su incorporación como *amicus curiae*, quedando a criterio de los jueces constitucionales constituirlos como tal, como señala el inciso 4 de este mismo artículo? A nuestro parecer, de una interpretación garantista y sistemática de este artículo, cabría señalar que en principio solo los jueces constitucionales deberían invitar a los *amicus curiae*, salvo casos excepcionales, donde por las circunstancias propias de la litis en concreto, si un tercero solicita su participación como *amicus curiae*, su petición deberá ser analizada debidamente por la propia judicatura constitucional y decidirán si corresponde o no su admisión como tal, en estricta aplicación del inciso 4) del artículo V: “Su admisión al proceso le corresponde al órgano jurisdiccional”.

IV.3.2. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL.

Artículo VI. Precedente vinculante

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe

expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados.

En los procesos de acción popular, la sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes con el voto conforme de cuatro jueces supremos. La sentencia que lo establece formula la regla jurídica en la que consiste el precedente, expresa el extremo de su efecto normativo y, en el caso de su apartamiento, los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta.

En nuestro primer Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237), en el artículo VII de su Título Preliminar, se encontraba establecida la novísima figura de nuestro precedente constitucional. Así este artículo señalaba: *“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”*.

159

Para la mayoría de la doctrina nacional, la instauración de esta técnica jurisprudencial obedeció a la concretización de dos principios básicos dentro de nuestro ordenamiento jurídico: El de predictibilidad y el de seguridad jurídica⁴⁸

El Tribunal Constitucional partiendo de lo establecido con la norma procesal, comenzó a desarrollar el instrumento que resulta ser el más trascendental para su labor jurisprudencial.

En efecto, en la STC N° 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín, nuestro Tribunal señaló que:

⁴⁸ Así puede leerse y advertirse de algunos estudios realizados al precedente constitucional vinculante en el Perú: Carpio Marcos, E. y Grandez Castro, P. (Coordinadores). (2007). *Estudios al precedente constitucional*. Palestra. Así también: Paredes Infanzon, J. (2008). *La predictibilidad y el precedente*. Editorial San Marcos. Y, Castillo Alva, J. L. y Castillo Córdova, L. (2008). *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Ara Editores.

“En ese orden de ideas, el precedente constitucional vinculante es aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.

El precedente constitucional tiene por su condición de tal efectos similares a una ley. Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanzar a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos.

En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia”.

160

En consecuencia, las características que podemos identificar de lo establecido por el Tribunal Constitucional, serían las siguientes:

- a) El precedente constitucional vinculante es una regla jurídica.
- b) Expuesta o creada a partir de un caso en particular y concreto
- c) El Tribunal toma la decisión de establecer la regla como precedente para que sea general.
- d) Sirve para resolver casos futuros de naturaleza homóloga, es decir, iguales o idénticos.
- e) Tiene efectos similares a una ley.
- f) Es una regla que alcanza y obliga a todos en general.

Asimismo, se debe recordar que en la misma sentencia aludida, (STC N° 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín), el Tribunal Constitucional pasó a señalar unas reglas de uso de la institución, ello con el claro propósito de acercarla cada vez más a su familia de origen de donde fue importado. Así, el Tribunal estableció lo siguiente:

“La naturaleza del precedente tiene una connotación binaria. Por un lado, aparece como una herramienta técnica que facilita la ordenación y coherencia de la jurisprudencia; y, por otro, expone el poder normativo del Tribunal Constitucional dentro del marco de la Constitución, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En ese contexto, el uso del precedente se sustenta en las condiciones siguientes:

a) *Existencia de relación entre caso y precedente vinculante.*

En ese sentido, la regla que con efecto normativo el Tribunal Constitucional decide externalizar como vinculante, debe ser necesaria para la solución del caso planteado.

El Tribunal Constitucional no debe fijar una regla so pretexto de solución de un caso, si en realidad esta no se encuentra ligada directamente con la solución del mismo.

161

b) *Decisión del Tribunal Constitucional con autoridad de cosa juzgada.*

La decisión del Tribunal Constitucional de establecer que un caso contiene reglas que se proyectan para el futuro como precedente vinculante se encuentra sujeta a que exista una decisión final; vale decir, que haya puesto fin al proceso.

Más aún, dicha decisión final debe concluir con un pronunciamiento sobre el fondo; es decir, estimándose o desestimándose la demanda. La consagración de la cosa juzgada comporta que la decisión devenga en irrevocable e inmutable.

El establecimiento de un precedente vinculante no debe afectar el principio de respeto a lo ya decidido o resuelto con anterioridad a la expedición de la sentencia que contiene un precedente vinculante; vale decir, no debe afectar las situaciones jurídicas que gocen de la protección de la cosa juzgada. Por ende, no puede impedir el derecho de ejecución de las sentencias firmes, la intangibilidad de lo ya resuelto y la inalterabilidad de lo ejecutado jurisdiccionalmente.

Dicha restricción también opera en el caso que el Tribunal Constitucional, al amparo de lo previsto en la parte in fine del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, resuelva apartarse de un precedente y sustituirlo por otro”.

De lo expuesto, está claro que dentro de nuestro ordenamiento jurídico procesal constitucional la institución del precedente constitucional vinculante venida del derecho anglosajón se ha adaptado a nuestro sistema románico germánico, sufriendo en esa adaptación una serie de innovaciones que para nada son propias en el sistema del *common law*.⁴⁹

En efecto, tal y como se puede apreciar, nuestro precedente constitucional vinculante tiene características ajenas y desconocidas dentro su familia de origen y que se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento y que podemos resumir a continuación:

162

- a) Encontrarse establecido en una ley, tal y como sucede en nuestro caso; en los sistemas pertenecientes al *common law*, el precedente no se encuentra regulado en ninguna ley.
- b) Ser emitido sólo por el Tribunal Constitucional; en el caso de los países del derecho anglosajón, este puede ser emitido a partir de los juzgados o salas superiores.

⁴⁹ El propio Tribunal Constitucional se ha encargado de establecer también las diferencias entre su precedente constitucional vinculante y el precedente judicial del Common Law. Así en la mencionada STC N° 3741-2004-AA/TC, Caso: Salazar Yarlenque, el Tribunal en sus fundamentos 47, 48 y 49 señaló lo siguiente: “(...) resulta necesario establecer la distinción entre los efectos del precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional, y lo que son los efectos del precedente judicial en los sistemas del Common Law (...) Es conocido que el precedente judicial en este sistema se ha desarrollado como precedente vinculante en sentido vertical; es decir, aplicable desde la Corte Suprema (para el caso norteamericano) hacia las cortes y juzgados inferiores de todo el sistema judicial. Ósea, el efecto vinculante se establece aquí básicamente respecto de los jueces. (...) El precedente constitucional en nuestro sistema tiene efectos más generales (...) Esto significa que el precedente vinculante emitido por un Tribunal Constitucional con estas características tiene, prima facie, los mismos efectos de una ley (...) es una regla para todos y frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares (...)”.

- c) Nuestro precedente por mandato del Código debe estar expresamente señalado por el Tribunal Constitucional; en los países del *common law* los Tribunales superiores no señalan donde se encuentra el precedente, es labor de los jueces inferiores descubrirlo a partir de la distinción entre fundamentos de *ratio decidendi* y de *obiter dicta*.
- d) En principio, según lo expresado literalmente en el Código Procesal Constitucional en el Perú, sólo el Tribunal Constitucional podría apartarse de su precedente, quedando aparentemente vetada esta posibilidad para los jueces; en el sistema del *common law* los jueces si pueden apartarse del precedente acudiendo a la técnica del *distinguishing* sin perjuicio del *overruling*, técnica por la cual sólo el Tribunal que emitió el precedente lo puede cambiar.
- e) El precedente constitucional vinculante peruano tiene “efectos similares a una ley”, es decir, se le ha dado una vinculancia de alcance general por lo que es obligatorio no sólo para los jueces, sino para todas las instituciones del Estado y también para los particulares; en el *common law* el precedente por más que provenga del Tribunal de mayor jerarquía, éste carece de “efectos de ley”, por tanto vincula sólo al aparato jurisdiccional más no a otros entes del Estado ni a particulares.
- f) Por la misma razón que según el Código Procesal Constitucional el Tribunal Constitucional debe establecer en que parte de su sentencia se encuentra el precedente, en el Perú de poco serviría la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* y la necesidad de que el precedente sólo puede ubicarse sólo en la primera, pues nuestro Tribunal puede establecer su precedente a su libre albedrío y los jueces deben aplicarlo sin más ni más; en el sistema del *common law* la distinción entre *ratio* y *obiter* es fundamental, puesto que los Tribunales Superiores no señalan expresamente donde está su precedente, serán los jueces en base a esta distinción que descubrirán el precedente, sabiendo de antemano que éste solo puede estar inmerso en los fundamentos de la *ratio decidendi* y no en los de la *obiter dicta*.
- g) Finalmente, en el Perú existe una distinción muy clara sustentada en el Código Procesal Constitucional entre precedente constitucional vinculante y jurisprudencia constitucional vinculante; en el derecho anglosajón esta distinción es totalmente desconocida, extraña y -hasta

diríamos- totalmente contraria al espíritu y esencia de la institución (nos referimos al precedente), pues el precedente no es algo que se determine *a priori* –como si de una ley se tratara- sino que los jueces en su labor jurisdiccional aplicada a los casos en concreto van descubriendo, delineando y determinando el precedente que emana de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores, es decir, no existe y sería algo absurdo que en estos países originarios del precedente hubiera una distinción semejante a la que existe en nuestro país.

Con todas estas diferencias, nos queda claro que en el Perú el precedente constitucional vinculante es una institución que se fundamente en torno a una convergencia entre dos familias jurídicas distintas –*civil law* y *common law*–, pues la institución proviene del derecho anglosajón pero al importarse a un país cuya familia jurídica pertenece al sistema romano-germánico, sufre los cambios propios de la adaptación, tratando muchas veces de mantener lo esencial de su familia originaria pero recogiendo otras características nuevas que lo convierten en una institución diferente a la que es en su realidad jurídica original, lo que hace que nuestro precedente constitucional vinculante haga juntar a las dos familias jurídicas más importantes del mundo y se encuentre el mismo situado en la intersección de esa convergencia⁵⁰.

Ahora, con respecto a esta figura tan relevante, el Nuevo Código Procesal Constitucional trae como novedad la adición -a la redacción original de la norma procesal anterior- lo siguiente:

- Al momento de formularse, se debe explícitamente fijar la regla jurídica que establece el precedente.
- Se señala que para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente, se requiere la reunión del Pleno y el voto conforme de cinco magistrados, es decir, mayoría calificada.
- La Corte Suprema a partir de ahora solo en el proceso de acción popular, también puede emitir precedentes constitucionales bajo los mismos requisitos que se establecen para que el Tribunal Constitucional los emita.

⁵⁰ Al respecto véase: López Viera, J. R. (2017). *Teoría práctica del Precedente Constitucional Vinculante en el Perú*. APECC.

Consideramos que lo adicionado en la nueva norma procesal es positivo para seguir perfeccionando esta institución que desde su incorporación ha sido tan fundamental -para nuestro derecho procesal constitucional en especial; y, en nuestro ordenamiento jurídico en general-. Sin embargo, hay ciertos aspectos que han quedado para el debate y que la judicatura constitucional se encargará de resolver. Para nosotros el legislador en el artículo analizado:

- a) Debíó establecer de manera fehaciente la diferencia entre apartamiento (*distinguishing*) y cambio (*overruling*) de precedente. En efecto, se sigue manteniendo la ambigüedad y/o confusión con respecto a ambas figuras inherentes al precedente, pues al igual que la redacción de la norma procesal anterior vuelve a insistir en la imprecisión de que el apartamiento solo lo podría realizar el Tribunal, dándonos a entender que apartamiento y cambio son lo mismo o que sólo el Tribunal Constitucional puede apartarse de su precedente. Esto es erróneo porque doctrinariamente el apartamiento (*distinguishing*) no solo lo puede realizar el órgano que emite el precedente, sino también los órganos que están obligados a seguirlo. Situación distinta ocurre con el cambio de precedente (*overruling*) donde allí sólo el órgano que lo emite puede realizarlo –en este caso nuestro Tribunal Constitucional y la Corte Suprema para procesos de acción popular-. En nuestra opinión, la redacción: “*Cuando el Tribunal Constitucional resuelva **apartándose** del precedente (...)*”, debíó modificarse señalando lo siguiente: “*Cuando el Tribunal Constitucional resuelva **cambiar** de precedente (...)*”.
- b) Debíó establecer claramente que la regla que constituye precedente sólo puede estar contenida en la *ratio decidendi*, esto a fin de: No desnaturalizar al precedente, estar acorde a lo que el Tribunal ha establecido en su jurisprudencia; y, evitar el uso arbitrario de la figura que lleve a imponer reglas por parte del Tribunal que no tienen absolutamente nada que ver con el caso en concreto.

Por otro lado, como se aprecia, la Corte Suprema también puede emitir precedentes constitucionales en procesos de acción popular, si bien con esta atribución que se le otorga a la Corte Suprema lo que se busca es que la jurisprudencia que se desarrolle en el proceso de acción popular tenga una importancia similar a la que desarrolla el Tribunal en los demás procesos

constitucionales, quedan ciertas interrogantes que deberán resolverse conforme la Corte Suprema establezca reglas jurídicas en calidad de precedente constitucional:

- a) *¿Seguirá la Corte Suprema los supuestos establecidos por el Tribunal Constitucional para emitir precedentes constitucionales?*⁵¹ Al respecto, consideramos que sí, puesto que estos supuestos establecidos por el Tribunal Constitucional constituyen precedente constitucional, pero eso no significa que la Corte Suprema pueda adicionar nuevos supuestos para establecer sus precedentes en el proceso de acción popular.
- b) *¿Los precedentes constitucionales emitidos por la Corte Suprema, tendrán el efecto de “fuerza de ley” que le dio el Tribunal Constitucional a sus propios precedentes?* Si la norma procesal, ha establecido que la figura del precedente constitucional también la pueda utilizar la Corte Suprema en procesos de acción popular, consideramos que la “fuerza de ley” establecida por el Tribunal para su precedente, debe hacerse extensiva al precedente constitucional de la Corte Suprema pues se trata de la misma figura, y por tanto, no podría haber diferencias.

⁵¹ En la sentencia mencionada, STC N° 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín, así como en la STC N° 3741-2004-AA/TC, Caso: Salazar Yarleque, el Tribunal Constitucional estableció como supuestos para emitir un precedente constitucional vinculante los siguientes:

- a) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo con distintas concepciones o interpretaciones sobre una determinada figura jurídica o frente a una modalidad o tipo de casos; es decir, cuando se acredita la existencia de precedentes conflictivos o contradictorios.
- b) Cuando se evidencia que los operadores jurisdiccionales o administrativos vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma.
- c) Cuando se evidencia la existencia de un vacío normativo.
- d) Cuando se evidencia la existencia de una norma carente de interpretación jurisdiccional en sentido lato aplicable a un caso concreto, y en donde caben varias posibilidades interpretativas.
- e) Cuando existe una norma legal que afecta derechos constitucionales
- f) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante.

- c) *¿En caso de conflicto entre un precedente constitucional de la Corte Suprema y un precedente del Tribunal Constitucional, quien prevalecería?* Para responder a esta pregunta sin caer en discusiones eternas sin resolver, a nuestro criterio se debe aplicar el último párrafo del artículo VII del Título Preliminar (que analizaremos a continuación): “*Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional*”. En consecuencia, la clave está en tener presente lo que señala el precepto citado, y en caso de conflicto entre precedentes, prevalecerá el del Tribunal Constitucional, por ser el máximo intérprete de la Constitución.

IV.3.3. EL CONTROL DIFUSO Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.

En el presente artículo se encuentran dos instituciones importantísimas: El Control difuso (párrafo primero y segundo); y, la Doctrina Jurisprudencial o Jurisprudencia vinculante (tercer párrafo). Veamos a continuación cada una de ellas.

167

Artículo VII. Control difuso e interpretación constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

- a) **El Control Constitucional Difuso.-** Mediante la Jurisdicción Constitucional se asegura el cumplimiento del orden jurídico, en la medida que las normas y los actos de los detentadores del poder se adecúan a los mandatos y los principios de la Constitución; en la medida que se delimita el

área de aplicación de las leyes y se garantiza la prevalencia de la Constitución sobre la norma ordinaria. Como bien dice *Lucas Verdú*, la jurisdicción constitucional “*significa la autoconciencia que la Constitución posee de su propia eficacia y dinamismo*”.⁵²

Kelsen en su *Teoría General del Derecho y del Estado*, había sostenido que el orden jurídico personificado por el Estado, no es un sistema de normas coordinados entre sí que se hallen yuxtapuestas o en un mismo nivel. Lo que caracteriza al sistema es más bien la relación jerárquica entre distintos niveles de normas, cuya unidad está dada porque la creación de la norma más baja en el grado inferior está determinada por otra de grado superior que, a su vez, está condicionada en su creación por otra de mayor jerarquía. La unidad del sistema se basa en que este *regresus* concluye en la Constitución como la norma hipotética fundante que representa la validez de todo el orden jurídico.

168

Es por ello, que para garantizar la supremacía de la Constitución, como la norma fundamental que establece los grados de producción y aplicación del derecho –parámetro de validez- el constitucionalismo ha ideado dos modelos de jurisdicción constitucional, que sin ser los únicos, son los primeros y originarios de los cuales nacen los demás: el difuso y el concentrado.

El Modelo Difuso nace en Norteamérica, como fruto de una larga experiencia colonial alimentada por la experiencia inglesa, y que se fija en 1803 en el célebre caso *Marbury vs. Madison*. Luego viene un largo silencio hasta después de la Guerra Civil en donde nuevamente es retomado el problema lentamente, y se reanuda en el siglo XX, especialmente en la denominada revolución constitucional de la Corte Suprema, a raíz de su enfrentamiento con *Roosevelt*.

La experiencia norteamericana, nacida dentro de una familia jurídica distinta como es el *common law*, no fue acogida en Europa pese a ser bien conocida entre los juristas europeos de la época. Fue así que nació el llamado Modelo Kelseniano, plasmado en un proyecto de 1918, sancionado por el parlamento austriaco en 1919, y hecho realidad en la Carta Austriaca de 1920.

⁵² Lucas Verdú, P. (1983). *Curso de Derecho Político*, T. II. Tecnos S.A. p. 687

Su vecina Checoslovaquia la imitó ese mismo año, y luego lo hizo la República Española en 1931. Fueron esos los únicos tribunales constitucionales existentes en la Europa del periodo entreguerras.

Pero al lado de los originarios existen los derivados que son los que, partiendo de éstos, han ido más lejos y han creado una nueva realidad no tan sugestiva ni tan novedosa, pero no por ello menos útil. Entre estos derivados tenemos el Mixto, que se han formado por imitación o recepción de los otros sistemas, pero cada país lo ha ido amoldando de acuerdo a su propia realidad, dando nacimiento a sistemas bastantes diferenciados. El otro modelo derivado es el Paralelo o Dual, que se da cuando coexisten dos modelos en un solo sistema jurídico, sin mezclarse ni desaparecer⁵³.

Con respecto al control difuso o *Judicial Review*, podemos decir que las características fundamentales del presente modelo son:

169

- a) Difuso, en la medida que el control de la Constitucionalidad no se concentra en un solo órgano especializado y exclusivamente competente, sino que cualquier magistrado, independientemente de su grado o jerarquía, puede resolver sobre la adecuación o no de una ley a la Constitución.
- b) Incidental, debido a que el pronunciamiento constitucional sólo es posible a partir de la existencia previa ante el órgano jurisdiccional de una litis o cuestión prejudicial. Es decir, no se plantea como acción, sino en el desarrollo de un proceso concreto en el que aparece incompatibilidad en la norma que se ha de aplicar (Constitución y ley) para sentenciar el caso en concreto.
- c) Especial o de eficacia *Inter Partes*, es decir, que la inaplicación de la ley no tiene efectos generales, sino que la determinación de inconstitucionalidad de la norma inaplicada sólo alcanza a quienes han sido parte en la cuestión prejudicial.
- d) Declarativo (*ex tunc*), porque su aplicación en el tiempo tiene una eficacia retroactiva. La norma se entiende nula, como si no hubiese existido.

⁵³ Al respecto se puede revisar: García Belaunde, D. (2001). *Derecho Procesal Constitucional*. TEMIS.

- e) Inaplica la norma para el caso en concreto, ya que los órganos jurisdiccionales se pronuncian únicamente sobre la inaplicabilidad de la ley inconstitucional.

En nuestro país la potestad para realizar el control constitucional difuso por parte de los órganos con naturaleza jurisdiccional, se encuentra establecido en el artículo 138° de nuestra Constitución⁵⁴. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido fehacientemente los requisitos para aplicar este control constitucional por parte de los órganos jurisdiccionales. Al respecto, el Tribunal sostiene que: *“El ejercicio del control difuso presenta los siguientes límites: a) debe realizarse en el seno de un caso judicial; b) sólo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al juez; c) es preciso que quien plantee al juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo; y, d) el ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de ley cuya validez haya sido confirmada por este Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad”*.⁵⁵

En consecuencia, el control difuso como una potestad reconocida a los órganos jurisdiccionales para poder declarar la inaplicabilidad de una ley contraria a la Constitución, con efectos particulares, es una potestad limitada por requisitos expresamente establecidos en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y ratificados por parte del Tribunal Constitucional.

b) La Doctrina Jurisprudencial o Jurisprudencia Vinculante.- Con respecto a esta institución, el Tribunal Constitucional en la mencionada STC N° 0024-2003 AI/TC, *Caso: Municipalidad de Lurín*, ha señalado que: *“La noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad”*.

⁵⁴ 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.*

⁵⁵ STC N° 01680-2005-PA/TC. Fjs. 4-9.

Asimismo, ha establecido: “(...) De este modo, si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir del caso en concreto”.⁵⁶

Tanto para el legislador como para el Tribunal Constitucional la jurisprudencia y el precedente constitucional son dos cosas distintas. En efecto, tal y como señala el profesor *García Amado*: “Insistimos en el diferente objeto del artículo VI y del VII. El primero hace vinculantes siempre las interpretaciones de las normas constitucionales que realice el Tribunal Constitucional. El segundo hace vinculantes, en tanto que precedentes las pautas decisorias de los casos en lo que el Tribunal quiera, y siempre teniendo en cuenta que entre las que llamamos pautas decisorias no figura la interpretación de las normas constitucionales, que en virtud del artículo VI obliga siempre” (2008, p. 91).

171

Nosotros estamos de acuerdo con lo señalado por el referido profesor, pues nos parece hasta cierto punto bastante confuso y hasta carente de sustento jurídico dicha diferenciación que en el derecho anglosajón no existe, por ello pensamos que lo estipulado en el Código Procesal Constitucional en su artículo VI de su Título Preliminar se presta peligrosamente para que el Tribunal Constitucional comience a emitir precedentes constitucionales a diestra y siniestra en cualquier circunstancia, sin que tenga que ver con el caso en concreto, sin que se encuentre en la *ratio decidendi* y tratando de imponer alguna concepción ideológica o antojadiza de los Magistrados de turno, desnaturalizándose la institución, pareciéndose más a una cuestión legislativa que jurisprudencial.

En ese sentido, parece ser que el mismo Tribunal Constitucional dándose cuenta de esto, trató de apaciguar la situación emitiendo una “definición material del precedente constitucional vinculante”⁵⁷ y con supuestos inclusive para su emisión, como para que el precedente vinculante no parezca una cuestión legislativa sino sobre todo jurisprudencial como en

⁵⁶ STC. N° 3741-2004-AA/TC, Caso: Salazar Yarlenque, de fecha 14 de noviembre del 2005.Fj. 43.

⁵⁷ Definición que hemos descrito ampliamente en líneas anteriores, en base a la STC N° 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín.

su lugar de origen, sin embargo, al estar estos requisitos o características materiales en sus propias sentencias, muchas veces las han dejado de lado al momento de emitir sus precedentes y solo se han sujetado a lo establecido en el Código Procesal Constitucional, dejando muy en claro que es muy difícil “cambiar de *chip* jurídico” cuando instituciones foráneas de una familia jurídica totalmente distinta se incorporan a nuestro ordenamiento con reglas de aplicación muy diferentes y desconocidas para nuestros operadores jurisdiccionales.

En consecuencia, tratando de encontrar las diferencias más saltantes entre nuestro precedente constitucional y la jurisprudencia constitucional, éstas serían las siguientes:

- a) El precedente constitucional vinculante solo puede emitirse a través de una sentencia del Tribunal; por su parte la jurisprudencia se puede emitir en cualquier tipo de resolución jurisdiccional del mismo.
- b) El precedente solo se puede emitir en una sentencia que tiene la calidad de cosa juzgada; en cambio la jurisprudencia se puede emitir en cualquier tipo de resolución aun so se haya resuelto sobre el fondo.
- c) El precedente tiene que estar expresamente señalado por el Tribunal Constitucional en su sentencia, es decir, él determina en qué parte de su sentencia o en que fundamentos se encuentra contenido su precedente; por su parte en el caso de la jurisprudencia no es necesario que el Tribunal señale donde se encuentra la jurisprudencia⁵⁸.
- d) Según se desprende literalmente del artículo VI del Título Preliminar del Código, sólo el Tribunal podría apartarse de su precedente, en vista de ello está posibilidad estaría vetada para los jueces; en el caso de la jurisprudencia no sólo el Tribunal podría apartarse sino también

⁵⁸ Al respecto, el profesor y ex magistrado del Tribunal Constitucional peruano César Landa anota algo totalmente cierto: “A diferencia del precedente vinculante en el que se establece los efectos normativos de una sentencia que ha pasado en calidad de cosa juzgada constitucional al haber resuelto sobre el fondo un proceso constitucional, en la doctrina jurisprudencial se requiere de una pluralidad de sentencias constitucionales orientadas en el mismo sentido interpretativo de un derecho fundamental o de una norma, para que sea exigible su cumplimiento” (2009, p. 62).

lo podrían hacer los jueces, claro en uno u otro caso, siempre sustentando las razones de hecho y derecho de tal apartamiento.

- e) Tal y como lo ha referido el Tribunal Constitucional, su precedente es una regla jurídica que nace a partir de un caso en concreto y que sirve para resolver casos futuros de naturaleza homóloga; por su parte la jurisprudencia son los criterios reiterativos del Tribunal en casos similares.
- f) El precedente en principio sólo podría estar contenido en la *ratio decidendi* de la sentencia⁵⁹; en cambio la jurisprudencia puede estar contenida tanto en la *ratio decidendi* como en la *obiter dicta*, determinándose que si estamos en el primer caso tendría una vinculancia obligatoria mayor y si estamos frente al segundo solo una vinculancia persuasiva o menor.
- g) El precedente constitucional vinculante tiene “efectos similares a una ley”; por el contrario, la jurisprudencia vinculante carece de estos efectos⁶⁰.
- h) Finalmente, el único que puede cambiar o dejar sin efecto el precedente constitucional vinculante es el órgano que lo emitió, es

⁵⁹ En efecto, en el derecho anglosajón el precedente solo podría derivarse de los fundamentos que pertenecen a la *ratio decidendi*. En el caso peruano no siempre suele ser así, pese a que el Tribunal en la STC N° 0024-2003 AI/TC, Caso: Municipalidad de Lurín señaló lo siguiente: “La razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión específica, precisa o precisable, que adopta el Tribunal Constitucional. En efecto, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimativa o desestimativamente una causa de naturaleza constitucional; vale decir, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la litis. Se trata, en consecuencia, del fundamento directo de la decisión; que, por tal, eventualmente puede manifestar la basa, base o puntal de un precedente vinculante. La razón suficiente (la regla o principio recogida como fundamento) puede encontrarse expresamente formulada en la sentencia o puede ser inferida por la vía del análisis de la decisión adoptada, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.” (subrayado y resaltado nuestro). Sin embargo, por las características formales que el Código Procesal Constitucional le brinda al Tribunal Constitucional para emitir un precedente sin observar la *ratio u obiter*, es decir, casi a su libre albedrío, el Tribunal muchas veces ha emitido precedentes sin que estos se encuentren o deriven propiamente de la *ratio decidendi* de su sentencia.

⁶⁰ En ese mismo sentido, el profesor Landa señala: “De otro lado, el sentido vinculante de dicha doctrina está dirigido específicamente a los jueces; es decir, que no se configura un efecto normativo *era omnes*, que la haría exigible a cualquier órgano o persona, sino que goza de efectos interpretativos específicamente para la judicatura ordinaria o especializada”. (2009, pp. 62 y 63).

decir, para nuestro caso el Tribunal Constitucional; por su parte, quien podría apartarse del precedente no solo sería el Tribunal Constitucional, sino también los jueces, siempre y cuando su caso no sea idéntico u homólogo al que dio origen al precedente.

V. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

Arce Ortiz, E. (2013). *Teoría del Derecho*. Fondo Editorial de la PUCP.

Castillo Alva, J. y Castillo Córdova, L. (2008). *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Ara Editores.

Carpio Marcos, E. y Grandez Castro, P. (Coordinadores). (2007). *Estudios al precedente constitucional*. Palestra.

174

Espinoza Espinoza, J., Arata Solis, M., Ariano Deho, E., Arriola Espino, M., Barboza Baraún, E., Barchi Velaochaga, L., y Vega Mere, Y. (2015). *Análisis Sistemático del Código Civil. A tres décadas de su promulgación*. Pacífico Editores S.A.C.

Fix-Zamudio, H. (2009). *Los Derechos Humanos y su protección internacional*. Grijley. Lima.

García Amado, J. A. (2008). Controles Descontrolados y precedentes sin precedente. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de Perú en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC, Caso: Salazar Yarlenque. En: *JUS Constitucional*, (01). Grijley.

García Belaunde, D. (2001). *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial TEMIS.

Hesse, K. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional*. Traducción de Pedro Cruz Villalón. 2da Edición. Centro de Estudios Constitucionales.

Landa Arroyo, C. (2009). Los precedentes constitucionales. En: *Justicia Constitucional*. N° 5. Especial: El Precedente Constitucional. Palestra.

Lucas Verdú, P. (1983). *Curso de Derecho Político*. Tomo II. Tecnos.

López Viera, J. R. (2016). *Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Instituciones básicas y modernas*. APECC.

López Viera, J. R. (2017). *Teoría práctica del Precedente Constitucional Vinculante en el Perú*. APECC.

Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso*. Tomo 1. Themis.

Paredes Infanzon, J. (2008). *La predictibilidad y el precedente*. Editorial San Marcos.

Zagrebelsky, G. (2001). ¿Derecho Procesal Constitucional? En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° IV.

Análisis exegetico del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional

Exegetical analysis of the Preliminary Title of the new Constitutional Procedure Code

✍ ENRIQUE PESTANA URIBE¹

Resumen

El trabajo de investigación realiza un análisis exegetico del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional. Se pronuncia, en primero orden, sobre la naturaleza y el objeto del Título Preliminar, para abordar a continuación la naturaleza de los procesos constitucionales y sus fines. Luego de ello trata los principios procesales, la figura del *amicus curiae*, el precedente vinculante, el control difuso y la interpretación constitucional, la interpretación de los derechos humanos y los tratados sobre la materia y la aplicación supletoria e integración normativa. Por último, se formulan comentarios finales sobre las innovaciones del Título Preliminar, la autonomía procesal y la vinculación que debe tener el Tribunal Constitucional no solo a su ley orgánica sino también al nuevo Código Procesal Constitucional.

Palabras clave

Tribunal Constitucional, nuevo Código Procesal Constitucional, Título Preliminar, principios procesales, *amicus curiae*, precedente vinculante, control difuso, interpretación constitucional.

¹ Abogado especializado en Derecho Constitucional, Derecho Constitucional Comparado y Derecho Internacional Público. Ex Magistrado superior. Ex miembro del Consejo Consultivo de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República y Docente de la Academia de la Magistratura. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y director del Instituto de Investigación y Estudios Jurisdiccionales.

Abstract

The research carries out an exegetical analysis of the Preliminary Title of the new Constitutional Procedure Code. It pronounces, in first order, on the nature and purpose of the Preliminary Title, to then address the nature of constitutional processes and their purposes. Furthermore, it deals with the procedural principles, the figure of the *amicus curiae*, the binding precedent, the diffuse control and the constitutional interpretation, the interpretation of human rights and the treaties on the matter and the supplementary application and normative integration. Finally, final comments are made on the innovations of the Preliminary Title, the procedural autonomy and the link that the Constitutional Court must have not only to its organic law but also to the new Constitutional Procedure Code.

Keywords

Constitutional Court, new Constitutional Procedure Code, Preliminary Title, procedural principles, *amicus curiae*, binding precedent, diffuse control, constitutional interpretation.

177

Sumario

I. NATURALEZA Y OBJETO DEL TÍTULO PRELIMINAR. II. LA NATURALEZA DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES Y SUS FINES. III. LOS PRINCIPIOS PROCESALES. IV. LA FIGURA DEL *AMICUS CURIAE*. V. EL PRECEDENTE VINCULANTE. VI. CONTROL DIFUSO E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. VII. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y TRATADOS INTERNACIONALES. VIII. APLICACIÓN SUPLETORIA E INTEGRACIÓN NORMATIVA. IX. COMENTARIOS FINALES.

I. NATURALEZA Y OBJETO DEL TÍTULO PRELIMINAR.

Dependiendo de la técnica legislativa que se emplee, no siempre las normas o cuerpos normativos suelen contar con un Título Preliminar. Generalmente son los Códigos o leyes generales, compuestas de un considerable número de títulos, capítulos y artículos los que cuentan con él, de modo tal que sirven de guía para la aplicación de las demás normas que componen un determinado cuerpo jurídico. Es usual que dentro de un Título Preliminar se establezcan pautas, reglas y principios fundamentales que

inciden en todo el entramado normativo y, por ese solo hecho, dichas reglas prevalecen sobre cualquier otra norma, aun cuando formalmente tienen el mismo rango jurídico.

En ese sentido, podríamos decir que los principios contenidos dentro del Título Preliminar, vienen a ser una suerte de “*primus inter pares*” que sirven de criterio orientador para la interpretación y correcta aplicación de las normas recogidas en el resto del articulado del cuerpo normativo. Además, hay que tener en cuenta que el operador jurídico siempre habrá de seguir las pautas establecidas por las normas recogidas en el Título Preliminar, esto en caso de generarse alguna duda respecto a los alcances, interpretación y aplicación de cualquiera de las demás normas que se encuentren fuera de él. Por lo tanto, cuando nos referimos a las regulaciones del Título Preliminar, estamos hablando de pautas básicas que necesariamente deben ser observadas por el aplicador del derecho. No puede, por lo tanto, crearse disociación alguna que pretenda separar o aislar lo que está dentro de un Título Preliminar, respecto a todo lo demás que contenga un Código o cuerpo normativo. Es por dicha razón primordial que los títulos preliminares siempre preceden a las demás normas, y los enunciados allí contenidos se enumeran independientemente de los demás, generalmente en números romanos. Obviamente ello se hace para distinguir a las disposiciones del Título Preliminar de las otras normas en general. Como bien lo ha sostenido de Pablo Contreras² citando a Herrero de Miñón, “el título preliminar es una norma de general aplicación referente a las otras normas del ordenamiento – fuentes, aplicación, eficacia general – Es una norma de normas, no porque de ella provengan las demás, sino porque establece las condiciones de posibilidad del ordenamiento (...)”. En efecto, a diferencia de lo que constituye una norma fundamental, que en estricto es una fuente de fuentes, y además supraordenadora, toda vez que de la Constitución nacen las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico, el título preliminar cumple una función más bien preceptiva y orientadora, creando las pautas y las reglas esenciales para la aplicación de las otras normas que integran un mismo cuerpo jurídico. Podría decirse que un título preliminar contiene “normas de precedencia prescriptiva”.

² https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1996-20053300606

Ahora bien, cabría preguntarse, qué tanto vinculan las pautas o reglas que recoge un título preliminar, respecto a quienes habrán de aplicar las demás normas de un determinado cuerpo normativo. En relación a ello, vale la pena tener en cuenta que, en principio, toda norma es de cumplimiento obligatorio, ya sea que ordenen hacer algo, prohíban hacerlo o permitan hacerlo; por lo tanto, el operador jurídico, esencialmente quien cumple una función jurisdiccional, inexorablemente está obligado a observar todo aquello que establezca el título preliminar, sirviéndole además de criterio orientador en caso hubiese alguna duda en relación al sentido de una norma o, de ser caso, incluso para llenar cualquier vacío o supuesto no contemplado en el resto del cuerpo normativo. En ese sentido, podemos decir que las normas que integran el título preliminar funcionan ya sea como normas de interpretación o como normas de integración. Excepcionalmente también podrían servir como normas para la solución de controversias en caso de presentarse antinomias jurídicas.

Refiriéndonos en concreto a los artículos que se encuentran plasmados en el título preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional, podemos decir que estos constituyen una herramienta fundamental para los operadores jurídicos, pues establecen pautas de trascendental importancia en cuanto se refiere a los fines esenciales de los procesos constitucionales, los principios procesales que el Código recoge y en lo referente al establecimiento de los precedentes vinculantes. También respecto al control difuso y la interpretación constitucional, la interpretación de los derechos humanos y los tratados internacionales e incluso sobre las reglas para la aplicación supletoria de otros códigos procesales, así como los criterios de integración normativa en caso de vacío.

Es en función a todo lo antes señalado que estimamos de suma importancia estudiar los alcances de cada uno de los artículos que conforman el título preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional, tarea que intentaremos cumplir en las siguientes líneas y que esperamos sean de utilidad para nuestros lectores. Desde luego, obviaremos referirnos a algunos de los artículos por cuanto consideramos que aquello que regulan es más que evidente y su contenido es esencialmente descriptivo, no dando cabida a ejercicio exegético alguno.

II. LA NATURALEZA DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES Y SUS FINES.

No cabe la menor duda que los procesos constitucionales poseen una naturaleza jurídica distinta a la de los procesos ordinarios y es precisamente por dicha razón que su configuración, a diferencia del proceso civil, penal o laboral, nace de la propia Constitución, en cuyo artículo 200, *in fine*, se establece que las garantías constitucionales son reguladas mediante una ley orgánica. En efecto, el único Código Procesal que tiene esa condición es el Código Procesal Constitucional y, por lo tanto, su aprobación, modificación o derogación, sólo puede hacerse mediante los mecanismos legislativos que establece el artículo 106 de la Constitución, gozando de reserva de ley orgánica.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional también ha dejado establecidas las diferencias entre los procesos constitucionales y los procesos ordinarios, sosteniendo que, debido a los fines que los procesos constitucionales se proponen alcanzar, identifica distinciones entre estos en cuatro niveles: *“por su finalidad, por el rol del juez, por los principios que orientan los procesos constitucionales y por su naturaleza. Una primera diferencia radica en los fines que persiguen ambos tipos de procesos. En efecto, a diferencia de los procesos constitucionales, los procesos ordinarios no tienen como objetivo hacer valer el principio de supremacía de la Constitución, y no siempre persiguen la tutela de derechos fundamentales. La segunda diferencia estriba en la actuación del juez. En los procesos constitucionales, los jueces tienen - por razones más trascendentes que en los procesos ordinarios- el deber de controlar la actuación de las partes, a fin de conseguir, dentro de un plazo razonable, la tutela efectiva de los derechos fundamentales. La tercera se fundamenta en los principios que orientan los procesos constitucionales. Si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como de publicidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de favor processum o pro actione, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales. Finalmente, la cuarta tiene que ver con la naturaleza de ambos procesos, y que puede*

*enunciarse básicamente en que, a diferencia de los ordinarios, los constitucionales son procesos de tutela de urgencia”.*³

El artículo II del Título Preliminar se refiere a los fines de los procesos constitucionales, señalando que dichos fines son “esenciales”. Vale decir, se trata de aquellos fines principales, fundamentales, primordiales, necesarios e indispensables que cumplen los procesos constitucionales regulados en el Código. Tales fines esenciales son, en primer lugar, garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. En efecto, en la medida que la Constitución es una norma jurídica, todos los preceptos que ella contiene vinculan *erga omnes* y, en cuanto a la parte dogmática se refiere, los derechos que ella consagra pueden ser exigidos al Estado, a las autoridades y a cualquier persona en general. Se trata, pues, de atributos fundamentales del más alto rango que requieren ser protegidos a través de los denominados procesos constitucionales de la libertad. Como bien lo ha sostenido Peter Häberle, los procesos constitucionales no son otra cosa que la Constitución concretizada.

181

Cierto es que, sin procesos constitucionales, los derechos que la norma suprema reconoce no podrían ser garantizados de modo alguno, ni mucho menos restablecidos cuando son vulnerados, ya sea por actos u omisiones. Es por ello que los procesos constitucionales son una auténtica vía de realización de lo que una Constitución proclama. Sin embargo, hoy en día el catálogo de derechos fundamentales contenido en la parte dogmática de las Constituciones se encuentra ampliado o extendido por remisión a los tratados sobre derechos humanos, de tal suerte que cualquier derecho recogido en un instrumento convencional puede ser directamente exigido mediante el proceso constitucional que corresponda, aun cuando ese derecho no se encuentre contemplado en la norma constitucional⁴. Creemos que es un gran avance la referencia a los tratados sobre derechos humanos (el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal de 2004 no lo establecía), porque hasta hace dos décadas era muy habitual que la judicatura ordinaria no aplicara ninguna norma convencional, teniendo como único parámetro a la Constitución. Felizmente, en los dos casos a los que hemos hecho referencia en el pie de página, el Tribunal Constitucional rescató las normas recogidas

³ STC Expediente N° 00266-2002-AA/TC fj. 6.

⁴ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente N° 1277-99-AC/TC (fj. 7-8) y expediente N° 2763-2003-AC/TC (fj.6), referidos a la aplicación directa de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

en los tratados sobre derechos humanos y que lamentablemente no estaban contempladas en nuestra Constitución.

Es necesario precisar que el Tribunal Constitucional ha señalado que los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano son derecho válido, eficaz y en consecuencia inmediatamente aplicado al interior del Estado⁵. Efectivamente, de conformidad con las normas que rigen el derecho internacional público, desde que un Estado - en tanto sujeto del derecho internacional - soberanamente adopta, aprueba y ratifica un tratado, inmediatamente se encuentra vinculado a él, sin posibilidad alguna de pretextar que este contraviene alguna norma de origen interno. Al respecto, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados es sumamente claro cuando establece que *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”*.

182

Igualmente, el artículo II del Título Preliminar también prescribe que los procesos constitucionales tienen como fines esenciales garantizar los principios de supremacía y fuerza normativa de la Constitución. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha sostenido que *“A partir del momento en que la jurisdicción reconoce la fuerza normativa de la Constitución y asume que su lealtad a la ley se desvanece cuando ésta contraviene los postulados constitucionales, sucumbe el principio de soberanía parlamentaria y se consolida el principio de supremacía constitucional. Esta verdad elemental niega mérito a las tesis que pretenden sostener que el Poder Legislativo es superior al Poder Jurisdiccional. Entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existen relaciones de jerarquía, sino de complementación y equilibrio en la ejecución de sus respectivas competencias”*⁶.

El supremo intérprete de la Constitución también ha sostenido que *“El principio de supremacía constitucional constituye uno de los pilares fundamentales del Estado social y democrático de derecho. Exige una concepción de la Constitución como norma jurídica, la primera entre todas, que debe ser cumplida acorde con el grado de compromiso constitucional de*

⁵ STC Exp. N° 5854-2005-AA/TC, fj. 22 (caso Lizana Puelles).

⁶ STC Exp. N° 00030-2005-AI/TC fj.42 (caso Ley que establece la barrera electoral)

*los ciudadanos y gobernantes, en el sentido de que todos y cada uno de los preceptos constitucionales tienen la condición de norma jurídica, siendo cada uno parámetro para apreciar la constitucionalidad de otras normas y de los actos de gobierno.”*⁷

En efecto, la supremacía de la Constitución surge con el pensamiento positivista del gran jurista austriaco Hans Kelsen, según lo cual, todo el ordenamiento jurídico se sustenta en la Constitución, siendo que las demás normas deben producirse y guardar armonía con ella al encontrarse posicionada en la cúspide de la ya famosa pirámide de Kelsen. Por otro lado, debemos considerar que dicho principio de supremacía constitucional se consolida desde el mismo momento en que se supera la vieja concepción de la supremacía parlamentaria, que según el pensamiento constitucional inglés residía en la ley como máxima expresión del ordenamiento jurídico. Desde luego, la posición inglesa guarda cierta lógica en la medida que el Reino Unido carece formalmente de una Constitución escrita y codificada. Así, con el advenimiento del neoconstitucionalismo, la Constitución dejó de ser un mero acuerdo político y se convirtió en una auténtica norma jurídica. Entre nosotros, dicha supremacía se desprende de lo prescrito en los artículos 38 y 51 de la Constitución, ratificado en el artículo 138, referido al control difuso de constitucionalidad.

183

En cuanto a la fuerza normativa de la Constitución, hoy en día nadie discute que esta tiene la condición y naturaleza de norma jurídica que vincula *erga omnes* y por lo tanto goza de eficacia directa, de tal suerte que todo aquello que prescriba debe ser cumplido por gobernantes y gobernados. Desde luego se trata de una postura que ha ido evolucionando desde el viejo concepto del estado legal de derecho hacia lo que actualmente se concibe como un auténtico Estado Constitucional de Derecho. Lamentablemente nuestra norma fundamental no contiene una disposición que así lo establezca, al menos de manera expresa.

Como acertadamente lo afirma Hakansson “[E]n la Constitución peruana no existe una disposición expresa referida a su fuerza normativa y vinculación inmediata como la prevista en la Ley Fundamental de Bonn (1949) y la Constitución española de 1978. La primera establece que los derechos fundamentales reconocidos vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como un derecho directamente aplicable; la segunda, nos

⁷ STC Exp. N° 2939-2004-AA/TC fj.8 (caso Municipalidad provincial de Coronel Portillo)

dice de manera más general que los derechos y libertades reconocidas vinculan a todos los poderes públicos” (2012, p. 115).

III. LOS PRINCIPIOS PROCESALES.

Podemos definir a los principios procesales como pautas, reglas o criterios orientadores para la debida aplicación e interpretación de las normas que regulan los procesos de cualquier índole, en este caso específico, los procesos constitucionales. También se asume que los principios procesales son *“criterios que rigen la estructura y funcionamiento de cada proceso, en atención a las características propias de cada orden jurisdiccional”*⁸.

García Toma sostiene que *“[D]ichas pautas basilares hacen referencia a la pluralidad de postulados o proposiciones con sentido y proyección normativa o deontológica que, por tales constituyen parte del núcleo central del ordenamiento procesal constitucional de un Estado”* (2022, p. 51).

En ese ámbito, tenemos que el artículo III del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional señala que los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, economía, intermediación, socialización y al principio de gratuidad en la actuación del demandante, salvo que se trate de procesos constitucionales iniciados por personas jurídicas contra resoluciones judiciales. Sin embargo, también se mencionan otros principios que tienen que ver con el impulso procesal de oficio, el principio de informalismo y el de favorecimiento a la continuidad del proceso en caso de duda.

Respecto a la dirección judicial del proceso, no cabe duda de que se trata de reforzar la figura del juez o Tribunal en cada una de las etapas del proceso constitucional, más aún si tenemos en cuenta la gran trascendencia de los derechos en juego. De allí que la intervención directa y permanente del juez sea esencial, pues sólo este puede garantizar una adecuada tutela del derecho al debido proceso, de modo tal que las actuaciones judiciales en ningún caso pueden ser delegadas a los auxiliares jurisdiccionales, debiendo ser conducidas única y exclusivamente por el juzgador a cargo del proceso.

⁸ Definición dada por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico.

Desde luego, la inobservancia de este principio inevitablemente acarrearía la nulidad de todo lo actuado. Por otra parte, a diferencia del rol que le corresponde asumir al juez en los procesos ordinarios, donde cumple un papel esencialmente pacificador bajo condiciones de neutralidad absoluta, en los procesos constitucionales se convierte en un garante del debido proceso y sobre todo en su principal impulsor, evitando que la parte demandada dilate u obstruya maliciosamente el desarrollo del proceso constitucional.

En referencia al principio de dirección judicial del proceso, el Tribunal Constitucional ha señalado que “[...] *el principio de dirección judicial del proceso (artículo 111 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*”⁹. En otro pronunciamiento, el TC señaló que “*El principio de dirección judicial del proceso sitúa en la figura del juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la actividad de las partes, evitando una conducta procesal obstruccionista y promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta. En tal sentido, corresponde al juez constitucional detectar y desvirtuar aquella conducta procesal que, intencionalmente o no, pretenda convertir el proceso en un ritualismo de formas, antes que en un eficiente cauce para la protección de los derechos fundamentales y el respeto por la supremacía normativa de la Constitución*”¹⁰.

185

El principio de economía supone realizar el menor número posible de actuaciones judiciales que permitan, no obstante, impartir justicia y cumplir así con los fines esenciales de los procesos constitucionales, restituyendo - de ser el caso - los derechos fundamentales vulnerados, o haciendo cesar cualquier amenaza contra estos. Ello implica que, en determinadas circunstancias, el juez constitucional puede prescindir de alguna actuación si es que su realización podría generar indefensión o un perjuicio irreparable a la parte demandante. En ese sentido, la elasticidad procesal se abre paso frente a cualquier formalismo. Es importante recalcar que, a diferencia de cualquier otro (sea civil, penal, contencioso administrativo, laboral, etc.) el juez puede

⁹ STC Expediente N° 0005-2005-CC/TC fj.4.

¹⁰ STC. Expediente N° 00048-2004-AI/TC (caso José Morales Dasso y más de 5,000 ciudadanos) fj. 4.

“amoldar” el proceso constitucional a los fines esenciales a que se refiere el artículo II ya comentado.

En cuanto al principio de inmediación, a diferencia de lo que establecía el Código Procesal Constitucional del 2004, el nuevo Código prevé la realización de audiencias únicas en los procesos de amparo, habeas data y de cumplimiento, lo que permite la participación personal de las partes y la posibilidad de que el juez a cargo del proceso pueda interactuar con ellas, conociendo de primera mano sus razones, medios de defensa y expectativas. Aun cuando la instauración de una audiencia única supone dilatar la duración del proceso y su conclusión, el legislador ha preferido acercar al juez hacia las partes en un intento por no instrumentalizar al extremo los procesos constitucionales, evitando que resuelva únicamente en base a documentos contenidos dentro de un expediente. Sin embargo, tras haberse modificado el artículo 12 del nuevo Código Procesal Constitucional, que ahora establece el plazo de 15 días hábiles para que el juez convoque a la audiencia única, y que se deberá realizar dentro de los 30 días hábiles siguientes, la nueva regla no contribuye a la celeridad que requiere todo proceso constitucional, ordinarizando su duración, como si de por medio no estuviese la urgente restitución de derechos fundamentales. En ese sentido, creemos que la preservación del principio de inmediación juega en contra de las justas expectativas del afectado, quien tendrá que esperar más de lo previsto para obtener una resolución judicial a su demanda.

Por su parte, en cuanto al principio de socialización, el Tribunal Constitucional ha dicho que “[E]l principio de socialización consiste en el deber del juez de evitar que las desigualdades materiales existentes entre las partes impidan la consecución de una decisión judicial que sea reflejo cabal de la objetividad del Derecho. En efecto, el principio de socialización procesal es una de las manifestaciones del tránsito del Estado Liberal hacia el Estado Social, de manera tal que la falacia formalista en virtud de la cual el principio de igualdad sólo adquiere plena vigencia con una conducta absolutamente pasiva y contemplativa del Estado, sucumbe ante los principios del constitucionalismo social, según los cuales, ante los múltiples factores que pueden situar a las partes en una evidente situación de

desigualdad, resulta imperativa la intervención judicial a efectos de tomar las medidas correctivas que aseguren un proceso Justo”¹¹.

En lo que se refiere al principio de gratuidad en la actuación del demandante, es un hecho que dada la naturaleza de los procesos constitucionales, cuyo finalidad esencial y propósito primordial es cautelar los derechos fundamentales de la persona cuando se ven vulnerados o amenazados, el legislador ha querido exonerar al accionante de todo pago que implique dificultar o restringir el acceso a la justicia, lo cual creemos razonable y justificado, aun cuando en muchos casos podrían darse abusos en el ejercicio del derecho de acción, sobre todo en un país como el nuestro, donde el índice de litigiosidad es bastante elevado. Sin embargo, a diferencia de lo que establecía el Código de 2004 que exoneraba de aranceles y cédulas tanto a la parte demandante como a la demandada, el nuevo Código mantiene la gratuidad de la actuación solo para la parte demandante en general, salvo cuando se trate de personas jurídicas con fines de lucro y la demanda sea contra resoluciones judiciales, en cuyo caso sí tendrán que asumir los costos.

187

Por último, no menos importante es referirnos a los principios de impulso procesal de oficio, el principio de informalismo y el de favorecimiento a la continuidad del proceso en caso de duda. El impulso procesal de oficio supone que el juez debe realizar todas las actuaciones necesarias para que el proceso avance hacia una decisión final plasmada en una sentencia, esto más allá de la actividad procesal de las partes, pues a diferencia de un proceso ordinario donde son las partes las que marcan el ritmo, en el proceso constitucional están en juego derechos fundamentales que exigen atención urgente, requiriéndose el más alto grado de tutela jurisdiccional posible.

El principio de informalismo implica dejar de lado todo aquello que suponga un obstáculo para el logro de los fines del proceso constitucional, cuando no haya otra salida posible. En tales casos el juez debe siempre privilegiar la concretización del derecho vulnerado de la parte afectada frente a cualquier formalidad establecida en el Código Procesal Constitucional. A este principio también se le denomina “principio de elasticidad”. Finalmente está el principio de continuidad del proceso en caso de duda. Este criterio se basa en los principios *pro actione* y *favor processum*, en virtud a los cuales, en caso de presentarse alguna duda sobre si debe o no continuarse con un

¹¹ STC. Expediente N° 00048-2004-AI/TC (caso José Morales Dasso y más de 5,000 ciudadanos) fj,4 (último párrafo)

proceso, siempre se opte por su realización, pues de por medio está la restitución de los derechos constitucionales de la persona.

IV. LA FIGURA DEL *AMICUS CURIAE*.

Tradicionalmente el denominado *amicus curiae* o “amigo de la Corte” es un entendido o experto que es convocado por el Juez, Corte o Tribunal para brindar sus aportes, experiencia y conocimientos, ilustrando de este modo al juzgador sobre un tema en particular. Por lo tanto, cumple un papel estrictamente coadyuvante para un mejor resolver, sin que sus apreciaciones y posturas vinculen en lo absoluto al órgano jurisdiccional. En consecuencia, el juzgador podrá tomar en consideración o no lo que el *amicus curiae* sostiene o, de ser el caso y estimarlo pertinente, podrá hacerlo solo parcialmente. Modernamente esta figura también ha sido ejercida por entidades sin fines de lucro vinculadas a la investigación jurídica, aunque también podrían estarlo a otras áreas del conocimiento, siempre que se encuentren vinculadas a la materia que ha de resolverse.

188

Como bien lo sostiene Víctor Bazán, “*puede decirse que la participación procesal del amicus curiae supone la presentación en un proceso de un tercero que interviene aportando una opinión fundada que puede resultar relevante para la resolución de un litigio en el que se debatan cuestiones socialmente sensibles*” (2009, p. 303). El citado jurista argentino refiere que la figura del *amicus curiae* tiene origen en el derecho romano, luego es admitida en el derecho inglés y posteriormente se asienta en el derecho norteamericano, generalmente en los países que pertenecen a la tradición jurídica del *common law*. Agrega, sin embargo, que aun cuando en un inicio el *amicus curiae* era un contribuyente objetivo e imparcial del Tribunal, hoy en día suele intervenir para apoyar a una de las partes en conflicto, dando mayor sustento a su posición jurídica; sin embargo, más adelante veremos que en el caso de nuestro país el nuevo Código Procesal Constitucional no admite esa posibilidad.

En el ámbito de la jurisdicción internacional, esta institución ha sido acogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que permite la intervención de los *amicus curiae* en los asuntos que son sometidos a su decisión. En efecto, este aporte es singularmente importante en la medida que, debido a la naturaleza de los casos que resuelve la CIDH, en los que se debe

analizar la normatividad y la realidad imperante en diversos países, la participación de juristas y expertos de distintas nacionalidades permite al Alto Tribunal tener una mejor perspectiva del asunto en ciernes. La definición del *amicus curiae* se encuentra prevista en el artículo 2.3 del Reglamento de la Corte, en donde se señala que “la expresión “**amicus curiae**” significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia”. Por su parte, el artículo 44 regula los requisitos para la presentación de los escritos de quienes deseen participar en calidad de *amicus curiae*.

Entre nosotros, la intervención del *amicus curiae* se encuentra prevista, además del artículo V del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, también en el artículo 13-A del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, estableciendo que el Pleno o las Salas pueden solicitar o recibir información de los *amicus curiae* (*amici curiarum*), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados.

189

No obstante, el Título Preliminar materia de comentario, señala una serie de condiciones y requisitos para la intervención del *amicus curiae*. El primero es que este no debe ser parte ni tener interés en el proceso, lo cual constituye una novedad, toda vez que se han dado casos en los que los *amicus curiae* han participado para coadyuvar a la defensa de la parte demandante, como ocurrió en segunda instancia con ocasión de la demanda de amparo¹² interpuesta por la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” contra el Ministerio de Salud, conocido como el caso de “la píldora del día siguiente”, en el que participaron nada menos que nueve *amicus curiae*, entre ellos la Defensoría del Pueblo, la Academia Peruana de Salud, la Organización Panamericana de la Salud, el Colegio Médico del Perú, entre otros. Desde luego, cada uno de ellos sostuvo su posición, ya sea para apoyar la demanda o para desestimarla, aun cuando no lo hacían explícitamente. Indudablemente lo que busca el legislador es una participación neutral del *amicus curiae*, lo cual tiene cierta lógica, ya que de otra forma se trataría de aportes sesgados e interesados que en poco o nada contribuirían a que la Corte o el Tribunal resuelvan con la imparcialidad y objetividad requeridas.

¹² Cfr. STC Expediente N° 02005-2009-AA/TC.

El segundo requisito es que el *amicus curiae* goce de reconocida competencia e idoneidad sobre la materia que se le consulta. Indudablemente esta condición resulta siendo elemental, puesto que frente a determinados casos complejos por el asunto en ciernes, los tribunales de justicia requieren el aporte de personas o instituciones versadas en dicha materia, que hayan acumulado una vasta experiencia profesional o técnica y que además ostenten cierto nivel de prestigio. Por lo tanto, la función de *amicus curiae* siempre habrá de recaer en personas naturales o jurídicas de reconocida solvencia profesional y ética.

Otra de las condiciones radica en que la opinión o postura del *amicus curiae* no habrá de ser vinculante para la Corte o Tribunal que lo haya convocado, aspecto que consideramos por demás lógico, puesto que de lo contrario quien en realidad estaría ejerciendo funciones jurisdiccionales sería el *amicus curiae* y no el órgano jurisdiccional. En ese sentido, la participación y los aportes de este solo habrá de ser ilustrativo.

190

Por último, la norma procesal estipula que la admisión del *amicus curiae* al proceso únicamente la puede decidir el órgano jurisdiccional y nadie más. Siendo ello así, ni las partes ni los terceros pueden imponer la intervención del *amicus curiae*, aun cuando puedan proponerlos o sugerirlos. Asimismo, se establece que el *amicus curiae* no podrá interponer recursos impugnatorios, lo cual nos parece razonable ya que no son parte interesada en el resultado del proceso, esto último en armonía con lo previsto en el numeral 1 del comentado artículo V del Título Preliminar.

V. EL PRECEDENTE VINCULANTE.

Como ya es ampliamente conocido, la técnica del precedente no es propia del sistema jurídico del *civil law*, que se sustenta básicamente en el derecho proveniente de la norma escrita, sino más bien la principal característica del *common law*, esencialmente en los países anglosajones. Como ya lo ha sostenido Robert S. Barker (2014, p. 19), “el concepto de “precedente” o *stare decisis* no solamente es un rasgo característico de la tradición del *common law*, sino que constituye sin lugar a dudas su elemento más significativo”. El profesor Barker agrega que la palabra “precedente” es

una expresión abreviada de *stare decisis*” (atenerse a las cosas decididas) y los dos términos se emplean de manera indistinta (p. 29).

Por su parte Magaloni nos dice que, “*A diferencia del juez continental, para quien el derecho es una formalización normativa, abstracta y general que le viene dada, para el juez norteamericano, en cambio, el Derecho es abierto incompleto y dinámico. Bajo esta perspectiva, la función del juez no puede ser sólo la de aplicar el derecho preexistente, en algunos también tendrán que “crear derecho nuevo” para dar una solución jurídica al problema planteado*” (2001, p. 62).

Como podemos ver, en el ámbito del *common law* el precedente se constituye en la principal fuente del derecho y como tal adquiere una fuerza singular que vincula horizontalmente al propio Tribunal Supremo que lo establece y verticalmente a los jueces y tribunales jerárquicamente inferiores a este. Para Pegoraro y Rinella la regla “*stare decisis et non quia movere*” (estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido), indica la obligación del juez de no desatender determinados precedentes judiciales, aunque a su juicio estos fueran injustos o fruto de una errada lectura de las normas (2002, p. 82). Marinoni anota que “aunque los precedentes hayan sido fundamentados para el desarrollo del *common law*, el *stare decisis* tiene sustentación especialmente en la igualdad, en la seguridad, en la previsibilidad” (2013, p. 111).

191

En efecto, la seguridad jurídica y la previsibilidad son el mayor valor que el precedente tiene, en la medida que permite al justiciable anticipar lo que el Tribunal o la Corte van a decidir en función a lo ya resuelto en casos sustancialmente semejantes.

Entre nosotros, la figura del precedente vinculante ha ido tomando fuerza en los últimos años, a tal punto que hoy en día es muy usual que jueces y abogados sustenten sus resoluciones y demandas, respectivamente, en las sentencias del Tribunal Constitucional que contienen algún precedente vinculante, cosa que por cierto no solo ocurre en los procesos constitucionales, sino también en los ordinarios.

Ahora bien, el artículo VI del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional, establece que las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el

extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cabe aquí acotar que no toda sentencia del Tribunal Constitucional tiene *per se* la condición de precedente. Lo tendrá sólo cuando así se señale de manera expresa en la sentencia. Sin embargo, es conveniente señalar que las sentencias que acogen un precedente (*stare decisis*) contienen argumentos o fundamentos de *holding* o de *ratio decidendi* que son los que sustentan la decisión, y también están los de *dictum* u *obiter dicta* que no son considerados fundamentos sustanciales para resolver el caso. Diferenciarlos es esencial debido a que los primeros (*holding* o *ratio decidendi*) son los únicos que vinculan, mientras que los de *obiter dicta* no.

Cuando el legislador se refiere al “extremo normativo”, está aludiendo a aquella parte de la argumentación o de la decisión que fija la regla de derecho a ser aplicada en lo sucesivo por todos los jueces. Como quiera que cada proceso constitucional está referido a un caso en particular, obviamente con hechos distintos de por medio, el extremo normativo busca crear una regla general que pueda ser utilizada y observada por todos los jueces en situaciones semejantes. De allí que siempre el Tribunal Constitucional suele precisar los fundamentos jurídicos de su sentencia que constituyen el precedente vinculante y además fija la regla de derecho que deja establecida, que generalmente está plasmada en la parte resolutive o fallo. Por lo mismo, no todo lo que esté en una sentencia del Tribunal Constitucional alcanza la condición de precedente, sino únicamente los fundamentos de *ratio decidendi* o *holding* que dicho órgano jurisdiccional haya señalado de manera expresa e inequívoca.

Está por demás decir que las sentencias que alcanzan la condición de precedente vinculante son de obligatorio cumplimiento para todos los jueces, de modo tal que, a diferencia de lo que podría hacerse con una norma que vulnera lo dispuesto en otra de mayor jerarquía, en el caso de un precedente el juez no puede inaplicarlo o desaplicarlo por una supuesta incompatibilidad con la Constitución. Sin embargo, en algunos casos excepcionalmente podría “apartarse” del precedente a través de la técnica del *distinguishing*, mediante la cual el juzgador advierte que los supuestos de hecho que sirvieron al Tribunal Constitucional para fijar el extremo normativo del precedente difieren sustancialmente de aquellos que se presentan en el caso que debe resolver. No obstante, la *ratio decidendi* o *holding* de la resolución debe estar

suficientemente motivada con argumentos que hagan incuestionable la decisión.

El artículo VI del Título Preliminar objeto de comentario, también establece las reglas para la variación del precedente, técnica que por cierto procede del sistema anglosajón bajo la figura del *overruling*. Suele ocurrir que cuando el Tribunal decide apartarse de un precedente que él mismo haya dejado establecido, mediante la variante del *prospective overruling* recurre a un caso en particular para anunciar o anticipar que en lo sucesivo resolverá de otra manera, desvinculándose del precedente que rige hasta ese momento. No obstante, hay excepciones en que utiliza el denominado *retrospective overruling*, mecanismo que consiste en cambiar el precedente de manera inmediata, sorpresiva, mediante la decisión adoptada en el caso que decide utilizar para hacerlo. Para estos casos el legislador ha prescrito que es necesario contar con el voto conforme de una mayoría calificada de cinco magistrados, de un total de siete. Esto desde luego torna un poco difícil alcanzar los votos necesarios para variar un precedente, dotando de cierta seguridad y permanencia a dicha institución jurídica.

193

Finalmente, la norma materia de análisis autoriza a hacer lo propio a la Sala competente de la Corte Suprema de Justicia cuando se trate de variar los precedentes en los procesos de acción popular, los cuales son conocidos únicamente por el Poder Judicial. Creemos que se trata de una prescripción que era necesario introducir para posibilitar que los jueces supremos dispongan de una medida similar de la que disponen los magistrados del Tribunal Constitucional.

VI. CONTROL DIFUSO E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

No menos importante es lo previsto en el artículo VII del Título Preliminar en cuanto al ejercicio del control difuso de constitucionalidad, que obviamente desarrolla lo establecido en el artículo 138 de la Constitución y que se fundamenta en el principio de supremacía constitucional que recoge la Constitución en su artículo 51. Sin embargo, la norma procesal constitucional señala dos condiciones para inaplicar o desaplicar una norma considerada incompatible con la Constitución. La primera es que la norma en cuestión sea relevante para resolver la controversia; vale decir, no puede tratarse de una norma secundaria o accesorio, sino esencial para decidir el caso. La segunda es que sólo se proceda a inaplicar la norma cuando no ha sido posible obtener

una interpretación de ésta conforme a la Constitución. Ello supone que el Juez o Tribunal previamente debe haber recurrido a los criterios o reglas de interpretación para intentar encontrar algún sentido a la norma sometida al examen de constitucionalidad que la torne compatible con la Norma Fundamental y, solo en caso de no hallarlo, declarar entonces que aquella es inaplicable al caso concreto. No se trata pues de un procedimiento sencillo, sino más bien complejo, que exige realizar ciertos pasos previos y bajo determinadas condiciones.

En el caso Rabines Quiñones¹³, respecto al ejercicio del control difuso, el Tribunal Constitucional sostuvo que *“El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado. Por ello, su ejercicio no es un acto simple, requiriéndose, para que él sea válido, la verificación en cada caso de los siguientes presupuestos: a) Que, en el proceso constitucional, el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional (artículo 3° de la Ley N° 23506). b) Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e insoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia. c) Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse interpretado de conformidad con la Constitución, en virtud del principio enunciado en la Segunda Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”*.

Como bien sabemos, el sistema o modelo de control difuso tiene su origen en el derecho constitucional norteamericano, a raíz de la sentencia pronunciada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el célebre caso *Marbury vs. Mádison*, en 1803. Su principal característica radica en que el control lo puede ejercer cualquier órgano jurisdiccional sin importar su grado o jerarquía. Asimismo, sus efectos siempre serán *inter partes*, toda vez que la norma inaplicada por ser incompatible con la Constitución seguirá teniendo plena vigencia y no puede ser expulsada del ordenamiento jurídico de manera abstracta. El control difuso se ejerce en vía de excepción, ya sea porque la parte interesada cuestiona la norma que va a ser aplicada en el caso concreto

¹³ STC Expediente N° 1383-2001-AA/TC (caso Luis Alfredo Rabines Quiñones) fj. 16.

o porque es el propio juez quien advierte la incompatibilidad entre una norma inferior con otra de superior jerarquía jurídica.

Conforme lo señala el artículo VII del Código Procesal Constitucional, los jueces no podrán dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido declarada por el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad, puesto que siendo éste el máximo custodio y supremo intérprete de la Constitución, no cabe que ningún otro órgano jurisdiccional califique la constitucionalidad de una norma que haya sido confirmada por él. Similar situación ocurre con las normas infralegales, las cuales no podrán ser declaradas ilegales o inconstitucionales vía control difuso si la Corte Suprema ha confirmado su legalidad o constitucionalidad en un proceso de acción popular. Estas reglas tienen sustento en el hecho de que, tanto el proceso de inconstitucionalidad como el de acción popular son abstractos, permitiendo que las normas consideradas ilegales o inconstitucionales sean apartadas del ordenamiento jurídico de la Nación.

196

Finalmente, en el referido artículo del Título Preliminar, se establece que los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley (entiéndase: decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales), según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional. Sin duda esta disposición establece el rol orientador que cumple el supremo intérprete de la Constitución en cuanto al sentido interpretativo que éste asigna a las normas legales ordinarias, permitiendo de este modo un mayor efecto irradiador de sus decisiones y cierta unidad en la línea jurisprudencial. Cabe resaltar que se trata de un mandato de la norma y, por lo tanto, todos los jueces se encuentran obligados a seguir los lineamientos interpretativos del Tribunal Constitucional. En todo caso, si un juzgador decidiese apartarse de tales lineamientos, tendría que sustentar suficientemente sus razones, que bajo la técnica del *distinguishing* demuestren que los supuestos de hecho que sirvieron para fijar la línea interpretativa del Tribunal no calzan con los del asunto que debe resolver.

VII. INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y TRATADOS INTERNACIONALES.

El artículo VIII del Título Preliminar establece que el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos

constitucionales regulados en el Código Procesal Constitucional deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Al respecto, habría que decir que dicha norma guarda armonía con lo previsto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución en cuanto dispone que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. En estricto, el catálogo de derechos fundamentales y libertades que se encuentra ubicado en la parte dogmática de la Constitución se extiende – vía interpretativa – a través de los tratados sobre derechos humanos. Esta expansión reside esencialmente en lo que hoy en día conocemos como derecho convencional o derecho internacional de los derechos humanos, el cual agrupa a todos los instrumentos convencionales sobre esta materia.

196

En efecto, como quiera que los tratados vinculan a los Estados conforme a las normas que rigen el derecho internacional público, y en especial las que conciernen al derecho de los tratados a través de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no existe forma alguna en que un Estado pueda sustraerse de sus obligaciones convencionales, so pena de incurrir en responsabilidad internacional. Los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* que sustentan el derecho de los tratados, impiden que un Estado parte pueda invocar normas de derecho interno para no cumplir con aquello que se haya comprometido a hacer mediante un Tratado.¹⁴

Por otra parte, es importante mencionar que la interpretación de los derechos constitucionales, no solo debe hacerse teniendo como fuente los pactos y convenciones sobre derechos humanos, sino también conforme a las

¹⁴ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

decisiones de los tribunales supranacionales, de tal suerte que estos cumplen un papel rector en cuanto a la interpretación de los tratados sobre derechos humanos. Específicamente, en el caso de nuestra región, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos el único tribunal en materia de derechos humanos a cuya jurisdicción contenciosa se encuentra sometido el Perú. De allí que toda autoridad, funcionario o juez deberá no solo tener en cuenta los preceptos contenidos en los tratados sobre derechos humanos, sino también las decisiones de los tribunales supranacionales que comprenden las sentencias y las opiniones consultivas que emite la Corte Interamericana, pues es por medio de estas últimas que el Alto Tribunal fija su posición respecto a las consultas que sobre el sentido y alcances de la Convención Americana sobre Derechos Humanos le formulan los Estados partes.

Es un hecho que el tradicional concepto de “control de constitucionalidad”, imperante en nuestro medio hasta hace pocos años, ha sido superado por el ahora predominante “control de convencionalidad” a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, resuelto el año 2006, sobre el cual la Corte Interamericana ha dicho que “[C]uando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹⁵.

197

Asimismo, el artículo materia de comentario establece que, en caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos. Este precepto no hace sino privilegiar los principios *pro homine* y *favor libertatis* que son auténticos mandatos de optimización. De estos últimos también se deriva el principio *pro actione* o *favor processum*. Como bien lo anota Carpio Marcos (2004, p. 31), aludiendo a Sagüés, el principio *pro homine* también comprende una “directriz de preferencia de normas”

¹⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Párrafo 124.

(*preferred freedoms*). La regla esencial es que, más allá de la jerarquía de las normas, siempre debe aplicarse aquella que mayor protección brinde a la persona.

VIII. APLICACIÓN SUPLETORIA E INTEGRACIÓN NORMATIVA.

En su artículo final, el Título Preliminar establece que solo en caso de vacío o defecto del propio código, son de aplicación supletoria la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A renglón seguido agrega que los códigos procesales afines a la materia discutida son de aplicación subsidiaria siempre y cuando no perjudiquen a las partes ni a los fines del proceso constitucional y solo ante la ausencia de otros criterios.

Esto constituye una novedad en la medida que el legislador ha optado por establecer la aplicación supletoria de la jurisprudencia tanto nacional como supranacional frente a cualquier vacío o defecto normativo, en vez de mantener la misma fórmula de solución que establecía el Código anterior y que ahora deja únicamente como salida subsidiaria o de última ratio. Particularmente nos parece extraña esta propuesta, porque tratándose de normas adjetivas, lo lógico es que se recurra supletoriamente a otras normas de similar naturaleza. Es obvio que la jurisprudencia *per se* no puede regular los procesos constitucionales toda vez que esa no es su función, y aun cuando en ella podrían encontrarse reglas de orden procesal, su contenido tiene que ver esencialmente con la parte sustantiva, es decir con la restitución de los derechos constitucionales o convencionales, según se trate de sentencias del Tribunal Constitucional o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ciertamente vemos muy difícil que ante un vacío normativo de carácter procesal los jueces puedan valerse de la jurisprudencia de origen nacional o de la supranacional para encontrarle solución. No olvidemos que todo vacío defecto de la norma es un problema de complitud del derecho, que en principio debe solucionarse mediante la integración normativa, ya sea mediante la autointegración o la heterointegración, comprendiendo esta última la legislación comparada e incluso la doctrina, pero siempre prefiriendo – en primer término – otras normas análogas.

En tal sentido, creemos que lo pertinente era mantener la fórmula primigenia referida a la aplicación de los códigos procesales afines a la

materia, aunque ciertamente no sea esta la mejor solución tratándose de procesos constitucionales que poco tienen que ver con los procesos penales o civiles. Pese a ello, los jueces recurrían al código procesal penal si se trataba de llenar algún vacío referido al proceso de hábeas corpus, o al código procesal civil, si en cambio el defecto se presentaba en los procesos de amparo, habeas data o cumplimiento.

IX. COMENTARIOS FINALES.

A modo de colofón, podemos advertir que no son muchos los cambios que ha habido en cuanto al contenido del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional, esto respecto al Código anterior. No obstante, lo importante es que se han reforzado aquellos principios, pautas y reglas que son necesarias para enmarcar la actuación del operador jurídico, sea que se trate del juez constitucional o del propio Tribunal Constitucional. Un tema que desde hace varios años ha estado en discusión por buena parte de la doctrina nacional especializada, es el concerniente a la denominada “autonomía procesal” del Tribunal Constitucional. Particularmente creemos que resulta muy riesgoso y peligroso admitir la posibilidad de que el máximo intérprete de la Constitución goce de esa polémica figura, ya que si bien es cierto el Código Procesal Constitucional no es más que una ley orgánica, sin embargo es la norma que regula los procesos constitucionales concretizando los derechos fundamentales consagrados en la Constitución; por lo tanto, su observancia debería estar mínimamente garantizada, sin que exista la más remota posibilidad de que sus preceptos se vean desnaturalizados por el órgano que debería hacerla cumplir.

Consideramos que, así como todo Tribunal Constitucional está absolutamente vinculado a su ley orgánica, y no debiera alterar sus alcances vía interpretación o inaplicación mediante control difuso de constitucionalidad, igualmente debería ocurrir con el Código Procesal Constitucional, ello en razón a que se trata de uno de los órganos jurisdiccionales cuya actuación debe estar enmarcada en las normas y reglas allí establecidas. En ese sentido, resulta indispensable que quienes conforman el máximo tribunal de justicia constitucional respeten el contenido del Código Procesal Constitucional, más allá de sus posturas personales o puntos de vista. Después de todo, tanto la ley orgánica como el Código Procesal Constitucional son normas que regulan su actuación y no resulta siendo legítimo que el propio regulado las inobserve bajo supuestas “incompatibilidades” con la Constitución.

Finalmente, reiterar que la actuación de todo juez constitucional debe enmarcarse siempre en los principios y pautas orientadoras que se encuentran establecidas en el Título Preliminar, de tal suerte que le sirvan como guía al momento de aplicar o interpretar cualquiera de las otras normas contenidas en el Código Procesal Constitucional. No obstante, será la casuística la que dejará en evidencia hasta qué punto se han respetado tales preceptos.

BIBLIOGRAFÍA

Barker R. (2014). *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*. Grijley.

Bazán, V. (2009). *En Torno Al Amicus Curiae*. En: Revista Oficial Del Poder Judicial: Año 3. N° 5. En: File:///C:/Users/User/Downloads/227-Texto%20del%20art%C3%Adculo-506-1-10-20201027%20(1).Pdf.

Carpio Marcos, E. (2004). *La interpretación de los derechos fundamentales*. Palestra.

García Toma, V. (2022). En: *Código Procesal Comentado*. Tomo I. Instituto Pacífico.

Hakansson Nieto, C. (2012). *Curso de Derecho Constitucional*. Palestra.

Magaloni, A. L. (2001). *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*. Mac Graw Hill.

Marinoni, L. G. (2013). *Precedentes obligatorios*. Palestra.

Pegoraro, L. y Rinella, A. (2002). *Las fuentes en el Derecho Comparado*. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Los artículos I al IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional

Articles I to IV of the Preliminary Title of the Constitutional Procedure Code

✍ VÍCTOR GARCÍA TOMA¹

Resumen

El trabajo de investigación, luego de un recorrido histórico sobre el proceso de codificación, se pronuncia sobre la arquitectura del Código Procesal Constitucional y analiza, a continuación, los cuatros primeros artículos del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional, relativos a los alcances del Código Procesal Constitucional, los fines de los procesos constitucionales, los principios procesales aplicables y los órganos competentes.

201

Palabras clave

Proceso de codificación, nuevo Código Procesal Constitucional, procesos constitucionales, principios constitucionales, órganos competentes.

Abstract

The research, after a historical tour of the codification process, pronounces on the architecture of the Constitutional Procedure Code and then analyzes the first four articles of the Preliminary Title of the new Constitutional Procedure Code, related to the scope of the Code. Constitutional Procedure, the purposes of constitutional processes, the applicable procedural principles and the competent bodies.

¹ Ex presidente del Tribunal Constitucional. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Keywords

Codification process, new Constitutional Procedure Code, constitutional processes, constitutional principles, competent entities.

Sumilla

INTRODUCCIÓN I. LA ARQUITECTURA DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. II. ARTÍCULO I.- ALCANCES. III. ARTÍCULO II.- FINES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES. ARTÍCULO III.- PRINCIPIOS PROCESALES IV. V. ARTÍCULO IV.- ÓRGANOS COMPETENTES.

INTRODUCCIÓN

La palabra código deriva de la expresión latina *codex* que los romanos utilizaban para denominar a las tablillas que servían para escribir sobre ellas.

202

Mario Alberto Portella (1976, p. 97) define el código como aquel “conjunto orgánico y sistemático de normas que versan acerca de una misma rama del derecho”.

Francisco Lledó Yagüe y Manuel Zorrilla Ruiz (1998, p. 166) señalan que la codificación implica “la confección de un solo texto legal con estructura propia, única y con amplitud suficiente para cubrir las necesidades y recoger las manifestaciones de una rama importante de un sistema jurídico”.

Ello supone una visión orgánica y totalizadora de una parte del ordenamiento jurídico del Estado.

La codificación representa para la historia del derecho, un avance técnico en la medida en que las leyes ya no se encuentran yuxtapuestas sino refundidas en una agrupación normativa, orgánica, sistémica y materialmente especializada.

La codificación es fuente de los fundamentos teóricos expuestos sucesivamente en la Escuela Racionalista del Derecho Natural y del fenómeno filosófico-jurídico de La Ilustración.

La Escuela Racionalista del Derecho Natural libra al derecho de la fundamentación religiosa; le atribuye significación e importancia a la razón como develadora de la verdad de las cosas; declara la existencia de un conjunto de normas fundadas en la naturaleza humana y conocidas por el hombre mediante el ejercicio de la reflexión, las cuales inspiran la elaboración de las normas estatales.

Dicha escuela ejerció influencia entre los siglos XVII y XVIII. En ella pueden apreciarse dos grandes etapas.

En la primera participaron académicos de la talla de Hugo Grocio (holandés, 1583-1645); Godofredo Guillermo Leinitz (alemán, 1646-1716); Samuel von Puffendorf (alemán, 1632-1694); Cristian Tomasio (alemán, 1655-1728) y Cristian von Wolff (alemán, 1679-1754).

En la segunda participaron personalidades de la envergadura de John Locke (inglés, 1632-1704); Carlos de Secondant barón de Montesquieu y la Brede (francés, 1689-1755) y Juan Jacobo Rousseau (francés, 1712-1778).

203

Asimismo, la codificación tiene también como deudor al movimiento intelectual denominado La Ilustración. Este se desarrolló en Francia, Inglaterra y España. Se caracterizó por la convicción en la capacidad de la razón natural para la resolución de los problemas de la vida coexistencial.

La publicación de la enciclopedia dirigida por Denis Diderot (francés, 1713-1784) y Jean Le Rond D’Alambert (Francia, 1717-1783) contribuyó significativamente a la difusión del pensamiento ilustrado; el cual ejerció influencia desde finales del siglo XVII hasta la consolidación de la Revolución Francesa.

Los primeros procesos de codificación fueron auspiciados hasta su deceso por el rey prusiano Federico El Grande (1712-1786) a través del Código Judicial General (1791) y el Código Ampliado (1794), los cuales sin embargo tuvieron una inspiración y vocación autocrática.

En puridad, la afirmación del fenómeno codificador es asignable a Napoleón Bonaparte a través del Código Civil Francés de 1804.

En nuestro país dicho proceso aparece con el Código Civil de 1852, durante el gobierno de José Rufino Echenique.

En cuanto a la codificación procesal constitucional, el primer antecedente podemos encontrarlo en el Código Procesal Constitucional de la Provincia Federal de Tucumán (Argentina, 1999); el cual tiene alcance territorial circunscrito a dicha provincia.

En puridad, el primer código de alcance estadual en dicha materia aparece en el Perú a través de la Ley N° 28237, de fecha 31 de mayo de 2004.

204

Dicho texto se inspiró significativamente en el esfuerzo oficioso de una comisión de expertos constitucionalistas y procesalistas (1995); la cual estuvo integrada por Domingo García Belaunde, Juan Monroy Gálvez, Francisco Eguiguren Praeli, Jorge Danós Ordóñez, Samuel Abad Yupanqui y Arsenio Oré Guardia.

Esta Comisión extraoficial se propuso de un lado, sistematizar la legislación constitucional dispersa y del otro, actualizar la terminología, los conceptos y el tratamiento de dicha materia acorde con los avances de la moderna doctrina y la experiencia jurisprudencial.

Dicho trabajo fue “adoptado” por la Comisión de Constitución del Congreso de la República y aprobado por el Pleno del Congreso durante la Primera Legislatura del 2004.

Dicho texto ha sido reemplazado por el aprobado por el Congreso de la República mediante la Ley N° 31307 en fecha 21 de julio de 2021. En su génesis aparecen los constitucionalistas Carlos Mesía Ramírez y Luis Roel Alva.

El Código configura la función jurisdiccional del Estado; por ende, ordena la responsabilidad de mediar en un proceso judicial y asegurar la ejecución de lo decidido.

El Código recoge la pluralidad de procesos constitucionales reconocidos en el artículo 200 de la Constitución; los cuales son utilizados para resolver un conflicto de intereses de naturaleza constitucional.

El Código Procesal Constitucional peruano es un texto legal que conjunta una pluralidad de normas vinculadas con el desarrollo y despliegue de los procesos constitucionales previstos en el artículo 200 del texto supra. De allí que devenga en un instrumento jurídico que encamina la tutela de la regularidad constitucional; vale decir, que a través de los procesos constitucionales asegura la primacía jerárquica de la Constitución; el correcto ejercicio de las competencias de los órganos del Estado; y la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona.

El Código Procesal Constitucional regula la actividad jurisdiccional del Estado a través del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en materia constitucional. Es decir, configura detalladamente la responsabilidad heterocompositiva del cuerpo político como tercero imparcial en la resolución de controversias generadas por la inobservancia de las cláusulas constitucionales; por la incertidumbre jurídica acerca de sus alcances o contenidos o por la delimitación clara de las relaciones deber-derecho que de estas surgen. Dicha actividad predeterminada normativamente permite además lograr la paz social en justicia, que es una de las finalidades teleológicas que sustentan la existencia de una sociedad política.

205

El referido Código aparece como el “remedio jurídico” por el cual se refuerza el carácter normativo y supraordinante de la Constitución. En ese contexto, afirma a través de la reglada actividad jurisdiccional –que concluye con la expedición de una sentencia– la vivencia real de los principios, valores, derechos, competencias y deberes contenidos en la Constitución.

Desde una perspectiva ordenadora dicho texto contiene:

- a) Normas que regulan el acceso a la tutela procesal efectiva.
- b) Normas que regulan las condiciones de los actos encaminados a la resolución de un conflicto de naturaleza constitucional, por ende, aseguran un debido proceso.
- c) Normas que establecen los medios para la resolución de un conflicto constitucional.
- d) Normas que establecen el modo o manera de resolver un conflicto de naturaleza constitucional.

En puridad, los procesos constitucionales objeto de regulación precisa y detallada contribuyen al cumplimiento de lo establecido en el artículo 51 de la Constitución que expresamente señala que: “la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente”. Asimismo, efectiviza el artículo 44 de la Constitución que señala que es un deber primordial del Estado “garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales”. Igualmente, combate la renuencia de una autoridad o funcionario a acatar una norma legal o un acto administrativo.

I. LA ARQUITECTURA DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Luis F. P. Leiva Fernández (1999) señala que todo texto normativo tiene una división instrumental que apunta a conseguir una trama lógica del tratamiento de una materia objeto de regulación; es decir, una estructuración del razonamiento ordenador del legislador.

En ese orden de ideas, la Ley N° 31307 que contiene el Código Procesal Constitucional presenta la arquitectura constitucional siguiente: Título, Capítulos, Artículos, Incisos y Disposiciones.

El Título es aquella parte que busca configurar los aspectos generales del Código o de los tipos de proceso en función de sus fines. De allí que aparezcan el Título Preliminar (artículos I al IX), el Título I (artículos 1 al 28) y el Título VI, Capítulo I (artículos 74 al 82).

El Título Preliminar tiene por objeto exponer aquel contenido normativo al conjunto de los procesos constitucionales previstos en el artículo 200 de la Constitución; y, por ende, desarrollados ampliamente en el Código. Así, apunta a buscar la unidad, coherencia y plenitud de la jurisdicción en materia constitucional.

Por consiguiente, sus normas alcanzan omnicomprensivamente a los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data, inconstitucionalidad, acción popular y cumplimiento.

El Título I tiene por objeto formular regulaciones generales para los procesos destinados a la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona (hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento).

Los Títulos II, III, IV, V y VI hacen referencia específica al marco ordenador de cada uno de los tipos de procesos constitucionales.

El Título VIII tiene la característica de ordenar la normatividad relativa a los organismos internacionales vinculados con la defensa de los derechos fundamentales; y el Título VII el establecer algunas formulaciones procesales aplicables ante el Tribunal Constitucional.

Al interior de los títulos sucintamente reseñados aparecen los capítulos; los cuales son utilizados para asegurar un razonamiento procesal sistemático al interior de un título.

Los artículos que aparecen ya sean en los títulos o capítulos expresan la unidad básica del texto normativo. Así, Henry Capitant (1972) expone que es “la división elemental [...] comprensiva de una disposición condensada en una sola frase o en varias, a veces repetidas en varios apartados”.

207

Luis F. P. Leiva (1999) señala que el artículo regula concisamente un aspecto singular o particular de la materia objeto de regulación jurídica. Es admisible que este pueda contener más de un párrafo.

A lo largo del texto se acredita que algunos artículos son subdivididos en incisos; ello a efectos de darle un mayor orden y claridad al contenido allí expuesto.

Finalmente, bajo la denominación de Títulos XII y XIII, se insertan un conjunto de cláusulas que apuntan a regular el tránsito de la legislación anterior a la vigencia del Código Procesal Constitucional; así como también algunas determinaciones adicionales que no tenían cabida en los títulos anteriores; amén de exponer un glosario de términos.

II. ARTÍCULO I.- ALCANCES

El presente Código regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción

popular y los conflictos de competencia, previstos en los artículos 200 y 202, inciso 3), de la Constitución.

El Título V de la Constitución (artículos 200-206) hace referencia a las garantías constitucionales lo cual es desarrollado en el presente artículo del Código Procesal Constitucional. Cabe advertir que el cambio de la denominación por el de procesos constitucionales –más allá de la discusión doctrinaria acerca de la certeza u error en el empleo de una u otra– genera incertidumbre en la comunidad jurídica; lo que bien pudo evitarse respetando la redacción establecida por el legislador constituyente.

La pluralidad de los procesos mencionados se lleva a cabo en la jurisdicción constitucional; entendiéndose por tal al conjunto de órganos estatales con competencia para conocer, tramitar y resolver los procesos constitucionales interpuestos ante su seno.

208

Tales órganos conforme a lo dispuesto en los artículos 138 y 201 de la Constitución, concordante con lo estipulado en el artículo IV del Título Preliminar del presente Código son el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

Es de verse que la función jurisdiccional del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional expone la verificación práctica de la inviolabilidad de la Constitución y del respeto a la estructura jerárquica de las normas establecidas en el artículo 51 de dicho texto, así como la promoción del principio-derecho de la defensa de la dignidad de la persona; los cuales devienen en el presupuesto pilar de la existencia y funcionamiento del Estado Constitucional.

El conocimiento, tramitación y resolución de los conflictos de dicha naturaleza permite a estos órganos afirmar el principio de “soberanía” constitucional, la racionalización del ejercicio del poder político, la vigencia plena de los derechos constitucionales de la persona y la actividad interpretativa e integradora del texto básico de la República.

La afirmación del principio de “soberanía” constitucional hace referencia a las cualidades o propiedades de la Constitución en lo relativo a la

incontrastabilidad, incondicionalidad, irrenunciabilidad e imperio de la Constitución sobre los poderes constituidos al interior del Estado.

La racionalización del ejercicio del poder político hace referencia a la responsabilidad de garantizar la sujeción del poder político al contralor del Derecho.

La vigencia plena de los derechos constitucionales hace referencia al respeto y protección de los derechos fundamentales de la persona.

La acción interpretativa e integradora de la Constitución busca asegurar y preservar su vocación de permanencia y utilidad para la vida coexistencial.

La jurisdicción constitucional actúa con pleno ejercicio de sus facultades de decisión y ejecución; pudiendo de ser el caso solicitar al Poder Ejecutivo el auxilio de la fuerza pública para el cabal cumplimiento de sus mandatos.

La competencia de tales órganos –vale decir, el conjunto de factores o requisitos que posibilitan el ejercicio de la función jurisdiccional del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional– se determina por la materia, el territorio, el turno y el grado funcional previsto en el presente Código.

209

Ahora bien, la expresión procesos constitucionales debe ser entendida como aquella pluralidad de instrumentos que permiten accionar ante el órgano jurisdiccional. De esta manera se llevará a cabo una serie de actos concatenados a cargo de dicho ente y las partes, lo que culminará en una decisión fundada en derecho. Estos instrumentos contienen normas regulatorias previstas en el presente Código que fijan y condicionan la actuación del órgano y las partes.

Entre la jurisdicción y los procesos se establece una relación directa e inescindible.

En puridad, el sistema diseñado en la Constitución hace referencia doctrinaria a una doble jurisdicción: de un lado, aparece la relativa a la defensa de la persona y, del otro, la correspondiente a la defensa de la unidad, jerarquía y coherencia del orden jurídico nacional.

Al respecto, veamos lo siguiente:

La jurisdicción constitucional de la defensa de la persona

Esta comprende a aquella parte del sistema que tiene por objeto cautelar y asegurar la vigencia plena del conjunto de facultades o atribuciones derivadas de la dignidad de la persona; y, que, tales se convierten en la razón de ser de la creación y existencia del cuerpo político.

Dicha jurisdicción comprende las garantías o procesos siguientes:

El proceso de hábeas corpus

Dicho proceso se promueve a raíz de un hecho u omisión de hecho perpetrado ya sea por un funcionario público o por una persona natural o jurídica de derecho privado que implique una amenaza o violación de la libertad individual o los derechos conexos al de aquella, cuya afectación se genere como consecuencia directa de una situación o restricción de dicho derecho.

210

El Tribunal Constitucional en el caso Félix Regalado Idrogo (Expediente N° 09057-2005-HC/TC) ha señalado que “el hábeas corpus se entiende vinculado [...] a la protección del derecho fundamental a la libertad personal y a un núcleo duro de los derechos fundamentales que se concentran en torno a dicho derecho, tales como el derecho a la seguridad (artículo 2, inciso 24 de la Constitución), la libertad de tránsito –*ius movendi* e *ius ambulandi*– (artículo 2, inciso 11 de la Constitución) y la integridad personal (artículo 2, inciso 24, literal h de la Constitución)”. Asimismo, en el caso Alfonso Orrego Moreno (Expediente N° 04900-2005-HC/TC) señaló que si bien “el proceso de hábeas corpus no tiene por objeto proteger en abstracto el derecho al debido proceso [...] (sin embargo) habida cuenta de que se han establecido judicialmente restricciones al pleno ejercicio de la libertad locomotora, tras la imposición en la sentencia condenatoria de determinadas reglas de conducta, el Tribunal Constitucional tiene competencia *ratione materiae* para evaluar la legitimidad constitucional de los actos judiciales considerados lesivos [...]”.

La relación enumerativa de los derechos protegidos por el proceso de hábeas corpus se encuentra establecida en el artículo 33 del presente Código.

El proceso de amparo

Dicho proceso se promueve a raíz de un hecho u omisión de un hecho perpetrado por un funcionario público o por una persona natural o jurídica de derecho privado que implique una amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución, salvo aquellos que se encuentran protegidos por el hábeas corpus y el hábeas data. Asimismo, se extiende su uso a los casos de afectación de derechos por aplicación de normas autoaplicativas.

El Tribunal Constitucional en el caso Inversiones Dream S.A. (Expediente N° 02302-2003-AA/TC) ha señalado que “procede el proceso de amparo cuando el acto lesivo es causado por normas autoaplicativas, esto es, cuando no requieren de un acto posterior de aplicación, sino que la afectación se produce desde la vigencia de la propia norma [...]”.

211

La relación enumerativa de los derechos protegidos por el proceso de amparo se encuentra en el artículo 44 del presente Código.

El proceso de hábeas data

Dicho proceso se promueve a raíz de un hecho u omisión de un hecho perpetrado por un funcionario público o por una persona natural o jurídica de derecho privado que implique una amenaza o violación de los derechos de acceso a la información que obra en la administración pública y dentro de ese contexto, el derecho a la intimidad personal y familiar.

El Tribunal Constitucional en el caso Luis Távara Martín (Expediente N° 0666-1996-HD/TC) ha señalado que “El hábeas data, en puridad constituye un proceso al que cualquier justiciable puede recurrir con el objeto de acceder a los registros de información almacenados en centros informáticos o computarizados, cualquiera sea su naturaleza, a fin de rectificar, actualizar o excluir determinado conjunto de datos personales, así como impedir que se propague información que pueda ser lesiva al derecho constitucional a la intimidad”.

La relación enumerativa de los derechos protegidos para el proceso de hábeas data se encuentran previstos en el artículo 59 del presente Código.

El proceso de cumplimiento

Dicho proceso se promueve a raíz de la renuencia de un funcionario público a acatar lo establecido en una norma legal o un acto administrativo.

El Tribunal Constitucional en el caso Maximiliano Villanueva Valverde (Expediente N° 00168-2005-AC/TC) ha señalado que “El acatamiento de una norma legal o un acto administrativo tiene su más importante manifestación en el nivel de su eficacia. Por tanto [...] apunta a proteger la eficacia de las normas legales y actos administrativos.

[...] en caso de renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán (en el proceso de cumplimiento) un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y, por ende, su eficacia”.

212

El objeto del proceso de cumplimiento se encuentra consignado en el artículo 65 del presente Código.

La jurisdicción de la defensa de la unidad, jerarquía y coherencia del orden jurídico nacional

Esta comprende al conjunto de normas que se encuentran sujetas a la actividad contralora de los órganos jurisdiccionales, a efectos de asegurar que su vigencia y aplicación se sujete a los principios de constitucionalidad y legalidad.

La Constitución en la medida que contiene normas jurídicas, es fuente del derecho. Como bien expone Francisco Balaguer Callejón [*Fuentes del derecho*. Tomo II. Madrid: Tecnos, 1992. pág. 28] esta contiene las normas fundamentales que estructuran el sistema jurídico y que actúan como parámetro de validez del resto de las normas.

La Constitución es la norma de normas que disciplina los procesos de producción de las restantes, y, por tanto, la producción misma del orden normativo estatal.

La Constitución como fuente suprema crea los órganos encargados de la producción normativa; otorga competencias materiales; determina los procedimientos para su elaboración; establece sus límites materiales; e impone y condiciona los contenidos normativos del orden jurídico estatal.

El orden jurídico estatal se conceptualiza como una pluralidad sistemática de normas aplicables en el territorio nacional y se caracteriza por su normatividad sistémica. Así, implica un conjunto de preceptos vigentes vistos en su ordenación formal y en su univocidad de sentido.

Dentro de todo ordenamiento existe un conjunto de conexiones entre diferentes proposiciones jurídicas, más aún lo constitucional y legal deviene en una normatividad sistémica ya que los citados enlaces constituyen una exigencia lógico-inmanente o lógico-material del sentido mismo de las instituciones constitucionales y legales.

En puridad, una norma jurídica solo adquiere sentido de tal por su adscripción a un orden. Por tal consideración, cada norma está condicionada sistémicamente por otras. El orden es la consecuencia de una previa construcción teórica instrumental; la cual aparece en los principios, valores y preceptos constitucionales.

213

El orden jurídico estatal conlleva a la existencia de una normatividad sistémica, pues el derecho es una totalidad, es decir, un conjunto de normas entre las cuales existe tanto unidad como disposición ordenada. Por ende, se le puede conceptualizar como el conjunto o unión de normas dispuestas y ubicadas jerárquicamente respecto a una norma fundamental y relacionadas coherentemente entre sí.

Esta normatividad se rige bajo el criterio de la unidad, ya que se encuentra constituida sobre la base de un escalonamiento jerárquico, tanto en la producción como en la aplicación de sus determinaciones.

De lo dicho, fluye que el orden jurídico estatal descansa en la coherencia normativa. Dicha noción implica la existencia de la unidad del mismo, lo que, por ende, indica la existencia de una relación de armonía entre todas las pautas legales que lo conforman.

Asimismo, al contener la Constitución un conjunto de normas supremas que irradian y esparcen sus principios, valores y contenidos a todas

las demás pautas jurídicas del orden jurídico, el contenido de jerarquía deviene en el canon estructurado del mismo.

El criterio de jerarquía implica el sometimiento de la actividad normativa de los poderes constituidos (Ejecutivo y Legislativo) a la Constitución. Consecuentemente, como bien afirma Tomás Requena López (2004, p. 133) es la imposición de un modo de organizar las normas vigentes en un Estado, consistente en hacer defender la validez de unas sobre otras. Así, una es jerárquicamente superior a otra cuando la validez depende de aquella.

La jurisdicción constitucional de la unidad, jerarquía y coherencia del orden jurídico comprende las garantías o procesos siguientes:

El *proceso de inconstitucionalidad* se promueve contra las leyes o normas con rango de ley (decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales), por contravención de la Constitución en la forma de elaboración-aprobación o por el contenido o fondo de los mismos. También cabe su interposición contra los decretos leyes.

El Tribunal Constitucional en el caso Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos (Expediente N° 0010-2002-AI/TC) ha señalado que: “En efecto, el Tribunal no solo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la competitividad constitucional de los decretos leyes, pese a que no se encuentran comprendidos entre las normas que señala el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución, sino que además, ha entendido implícitamente, que las normas comprendidas en dicho dispositivo constitucional solo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control de una acción de inconstitucionalidad [...]. El Tribunal Constitucional es, pues, competente para determinar la constitucionalidad de los decretos leyes impugnados, en su condición de órgano de control de la constitucionalidad (artículo 1 de la L.O.T.C.)”.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en el caso José Clever Nina-Quispe Hernández (Expediente N° 0047-2004-AI/TC) ha establecido que los decretos leyes se encuentran adscritos a la segunda categoría normativa de la

pirámide jurídica nacional; es decir, que están a nivel de las leyes o normas con rango de ley.

El *proceso de acción popular* se promueve 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 *proceso competencial* se promueve cuando aparecen conflictos que se suscitan sobre las competencias o atribuciones asignadas expresa y directamente por la constitución o las leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales. Dicho conflicto puede ser de naturaleza positiva, naturaleza negativa, omisión de cumplimiento de acto obligatorio o por menoscabo.

El Tribunal Constitucional en el caso Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Expediente N° 006-2006-PC/TC) ha señalado que el conflicto de competencias o atribuciones es positivo cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan entre sí, una competencia o atribución constitucional.

215

El *conflicto de competencias o atribuciones es negativo* cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional.

El *conflicto de competencias por omisión en cumplimiento de acto obligatorio* se configura cuando un órgano actúa desconociendo las competencias o atribuciones constitucionales reconocidas a otro poder del Estado u órgano constitucional. En este caso no se trata de la disputa por titularizar o no titularizar una misma competencia o atribución, sino que, sin reclamar una competencia para un órgano, por soslayar un deber constitucional o de relevancia constitucional se afecta al debido ejercicio de las competencias o atribuciones constitucionales de otro. Tal el caso en que se declaró fundada la demanda presentada por el Banco Central de Reserva contra la Superintendencia de Banca y Seguros, al que imputaba había afectado sus competencias al omitir la solicitud de una opinión previa al acto de autorización o denegación de la transformación del CITIBANK N.A. Sucursal de Lima en CITIBANK DEL PERU S.A. (Expediente N° 005-2005-CC/TC).

El *conflicto de competencias por menoscabo* se configura por el modo procesal y sustancial como se ejerce una competencia o atribución constitucional. En tal supuesto la materia de controversia gira en torno al hecho de cómo una competencia o atribución –cuya titularidad no se discute– está siendo ejercitada; ello siempre que en la ilegítima modalidad de su ejercicio devenga en una lesión de atribuciones constitucionales ajenas, por acortamiento de las mismas. Tal el caso en que se declaró fundada la demanda del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo contra el Poder Judicial por el ejercicio de este último de la función jurisdiccional con menoscabo de las atribuciones concedidas al Poder Ejecutivo en el inciso 1 y 9 del artículo 118 de la Constitución (resoluciones judiciales recaídas en procesos de amparo relacionadas con los casinos, casas de juego y máquinas tragamonedas) (Expediente N° 006-2006-PC/TC).

III. ARTÍCULO II.- FINES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Son fines de los procesos constitucionales garantizar la vigencia efectiva de los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución y los tratados de derechos humanos; así como los principios de supremacía de la Constitución y fuerza normativa.

La Constitución expone un conjunto de valores, principios, categorías, instituciones y normas que modelan un tipo de sociedad política y que, por ende, reconoce, protege y promueve el efectivo goce de los derechos fundamentales de la persona, así como regula la organización, funcionamiento y competencias del Estado.

A trasluz la Constitución posibilita la construcción jurídica de un orden político-jurídico; de allí que diseñe normativamente un tipo de existencia y coexistencia social y asegure la “vivencia” práctica de determinados derechos inherentes a los miembros de un grupo humano adscrito al Estado. Esto último se hace extensible en lo que corresponde a las personas que por cualquier motivo se encuentran dentro del territorio de la República.

La Constitución como un conjunto normativo es la base para justificar y ordenar la actuación del Estado; amén de fuente suprema del reconocimiento de la relación entre autoridad pública y persona humana. Asimismo, es póliza de salvaguarda de la dignidad de la persona.

En ese contexto, la jurisdicción constitucional que dicho texto establece se rige por un sistema procesal que, de un lado, promueve la defensa de la unidad, jerarquía y coherencia del orden jurídico nacional; y, del otro, la defensa de la persona.

En el primer caso la responsabilidad teleológica de hacer respetar la primacía de la Constitución sobre el resto de las normas consignadas en el orden jurídico que este crea, puede generar que el Poder Judicial declare la inaplicación de un precepto elaborado al margen del *iter* procedimental que corresponde o por un contenido incompatible con su cuadro de valores, principios o regulaciones preceptivas. Por las mismas razones cabría que el Tribunal Constitucional declare la anulación de la vigencia normativa.

217

En el segundo caso la responsabilidad teleológica de hacer respetar la vigencia efectiva de los derechos básicos reconocidos en el texto supra y los tratados sobre derechos humanos puede generar que el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional hagan cesar la amenaza de violación o el restablecimiento del goce de un derecho fundamental. Más aún, cabe que en supuesto que la agresión hubiere devenido en irreparable se disponga que tal situación no vuelva a ocurrir y hasta viabilice la vía penal para la determinación de pena que corresponda.

El artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece de manera genérica los fines esenciales que se persigue alcanzar con el establecimiento de los procesos constitucionales. Como hemos reseñado estos se resumen en los dos siguientes:

- a) Garantizar la primacía de la Constitución.
- b) Garantizar la vigencia plena de los derechos básicos establecidos en la Constitución y los tratados sobre la materia.

La determinación genérica de los fines de los procesos constitucionales se deduce de lo dispuesto en los artículos 1, 38, 44 y 51 de la Constitución.

El artículo 1 de la Constitución señala que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”.

El artículo 38 de la Constitución señala que “Todas las personas tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación”.

El artículo 44 de la Constitución señala que “Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional; *garantizar la plena vigencia* de los derechos humanos; [...]”.

El artículo 51 de la Constitución señala que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente [...]”.

218

En ese contexto, el Tribunal Constitucional en el caso Mario Urrelo Álvarez (Expediente N° 2209-2002-AA/TC) ha señalado que “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella”. Asimismo, en el caso Maximiliano Villanueva Valverde (Expediente N° 0168-2005-AC/TC) ha consignado que “el control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en el ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos [...], procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no basta que una norma de rango legal o administrativo sea aprobada cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución [...] y que tengan vigencia; es indispensable, también que aquellas sean eficaces”.

De otro lado, en el caso César Tineo Cabrera (Expediente N° 1230-2002-HC/TC) expuso que los derechos constitucionales por tener “la condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, le es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos pues es evidente que

derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo”.

IV. ARTÍCULO III.- PRINCIPIOS PROCESALES

Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, economía, inmediación, socialización y el principio de gratuidad en la actuación del demandante salvo que se trate de procesos iniciados por personas jurídicas con fines de lucro contra resoluciones judiciales.

El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos a su cargo, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código Procesal Constitucional.

Asimismo, deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

219

Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararan su continuación.

La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto en el Código.

El artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala la obligatoriedad que todos los procesos constitucionales deban desenvolverse con arreglo a ellos.

Para abordar dicha materia es dable exponer una visión totalizadora de la noción principios generales del derecho. Al respecto, veamos lo siguiente:

Los principios generales del derecho aluden a la pluralidad de postulados o proposiciones con sentido y proyección normativa o deontológica que, por tales constituyen parte del núcleo central del ordenamiento jurídico de un Estado.

Insertados de manera expresa o tácita en el ordenamiento jurídico, están destinados a asegurar la proyección normativa de determinados valores o postulados ético-políticos, así como específicas proposiciones de carácter técnico-jurídico.

Dicha noción es enteramente coherente con la acepción que formula la Real Academia de la Lengua Española que la asocia con “base, fundamento, origen o razón fundamental sobre lo cual se procede discerniendo en cualquier materia. Causa primitiva o primera de una cosa o aquello que procede de cualquier modo”.

El sentido de los principios generales del derecho involucra tanto los juicios estimativos (principios de conocimiento), como los juicios lógicos que estructuran el comportamiento jurídico (juicios de valor). Por consiguiente, devienen en las bases axiológicas y lógico-jurídicas que dan a un ordenamiento jurídico su sentido ético, su medida racional y su fuerza histórica.

220

Los axiomas básicos del derecho pueden ser clasificados como principios generales del derecho plenario y principios generales del ordenamiento jurídico.

Los principios generales del derecho plenario

Se trata de fundamentos que tienen manifestaciones universales, por lo que pueden estar exentos de referencias específicas en un ordenamiento jurídico, se subdividen en:

a) Fundamentos iusaxiológicos

Se trata de axiomas que responden a las exigencias de una justa regulación de las relaciones jurídico-sociales. Reflejan la concepción primaria del hombre, que identifica al derecho con la justicia a través de nociones como buena fe, orden público, dignidad de la persona. Exponen pautas superiores de justicia, inmutables, abstractas, permanentes y universales; y, cuyo descubrimiento y develación surgen del imperio de la razón.

Estos fundamentos toman muy en cuenta la naturaleza humana; y, por ende, su realidad ontológico-universal. Son invocables en cualquier sistema jurídico, aunque su especificación varíe según las coordenadas culturales de cada comunidad.

b) Fundamentos disciplinarios

Son axiomas que imponen la institucionalización y desarrollo de una disciplina específica del derecho. En puridad, subsumen, condensan o resumen la quinta esencia de una disciplina. Tal el caso de lo previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Los principios generales del ordenamiento jurídico

Se trata de fundamentos que tienen manifestaciones concretas y específicas en un ordenamiento jurídico, se subdividen en:

a) Fundamentos ideológicos

221

Son axiomas o ideas fundamentales que usualmente aparecen en la fórmula política de un orden social determinado, constituyéndose, por tales, en los vectores de lo que este expresa acerca de su sistema jurídico. En función a ellos inspiran a legisladores y jueces.

b) Fundamentos de tradición comunitaria

Son axiomas que dan tipicidad y fisonomía al orden jurídico de una comunidad y expresan los criterios y convicciones que le imponen a este su idiosincrasia y peculiaridad histórico-cultural. Develan el espíritu nacional en el ordenamiento jurídico.

Ubicación y definición de los principios procesales

Tal como se señaló precedentemente los principios procesales forman parte de los principios generales del derecho plenario en su vertiente de fundamentos disciplinarios.

En ese orden de ideas, Juan Morales Godo (2005, p. 39) señala que los principios procesales contienen las líneas directivas que sirven de sustento y desarrollo al ordenamiento procesal.

A su vez, Juan Monroy Gálvez (1996, p. 80) consigna que son aquellos principios generales del derecho que “sirven para describir y sustentar la esencia del proceso, y además para poner de manifiesto el sistema procesal, por el que el legislador ha optado”. Asimismo, expone que son la expresión monodisciplinaria de aquellos.

Con particular énfasis Rodolfo Espinoza Zevallos (2005, p. 377) refiere que “son aquellos postulados axiomáticos que sobre la base de su consistencia lógica [...] determinan la naturaleza, la razón de ser o esencia de los procesos constitucionales: La defensa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales”.

Entre las principales características que ostentan los principios procesales contenidos expresa o implícitamente en el Código Procesal Constitucional tenemos las siguientes:

222

- Exponen postulados o axiomas que alcanzan a todos los procesos constitucionales reconocidos en la Constitución, los cuales se encuentran desarrollados en el Código Procesal Constitucional. Por ende, acreditan su condición de pautas basales vinculantes desde el inicio y hasta la finalización de un proceso.
- Exponen postulados o axiomas que permiten eventualmente cubrir las áreas “incompletas” o “lagunosas” del Código Procesal Constitucional.
- Deben ser aplicados por los operadores jurisdiccionales, o pueden ser invocados para su utilización por las partes adscritas a un proceso constitucional.
- Tienden a satisfacer y permitir alcanzar los fines concretos de los procesos constitucionales. Así, el Tribunal Constitucional en el caso Carmen Tafur Marín de Lazo (Expediente N° 0266-2002-AA/TC) ha señalado que las diferencias que distinguen un proceso judicial ordinario de un proceso constitucional radican en que los principios señalados en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional devienen en fundamentales e ineludibles para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales.

El artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional consigna como principios procesales disciplinarios los siguientes:

- El principio de dirección judicial del proceso.
- El principio de gratuidad en la actuación del demandante.
- El principio de economía.
- El principio de intermediación.
- El principio de socialización.

Cabe señalar que los referidos principios a su vez contienen implícitamente otros que igualmente coadyuvan a los objetivos propuestos para su inserción en el Código.

En ese sentido, los principios expresamente consignados despliegan otros como líneas vectoriales. Sobre dicho aspecto incidiremos en su oportunidad.

Es dable advertir que los principios anotados ya se encontraban previstos en el Título Preliminar del Código Procesal Civil. A efectos de darle racionalidad a su inserción en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debe entenderse que su interpretación y aplicación se sustenta en agudizar y profundizar sus alcances y efectos a los fines peculiares y específicos de los procesos constitucionales. En suma, deben ser objeto de adaptación en función a la naturaleza y objetivos a alcanzarse a través del hábeas corpus, el amparo, el hábeas data, etc.

El principio de dirección judicial del proceso

Tal como señala Samuel Abad Yupanqui (2004, pp. 31-32) dicho principio es la expresión más cabal y evidente de la concepción publicista del Código. En esa línea, puede señalarse que dicha pauta basilar es planteada en oposición al principio dispositivo, el cual es intrínseco a los instrumentos procesales privatistas.

Es dable recordar que en la esfera procesal privatista el operador jurisdiccional aparece sujeto a la irrestricta disposición de las partes. Dicha concepción, como “hija” del ideario de la Revolución Francesa, señala que las partes son “dueñas” y titulares de ciertos derechos, por lo que el juez queda

sujeto a la voluntad de estos en la solución de un conflicto. En suma, aquel es un mero auxiliar en la solución de dicha problemática.

La adopción del sistema publicista en los procesos constitucionales, se sustenta en que estos tienen por finalidad que el operador jurisdiccional en representación del Estado asegure la supremacía normativa de la Constitución y la vigencia plena de los derechos fundamentales de la persona; por ende, niega que la magistratura tenga la mera condición de asistente o auxiliar de las partes, en la solución de una problemática que rebasa largamente los intereses particulares.

Esta opción publicista –basada en la oficialidad o protección pública– radica en la convicción que los conflictos de naturaleza constitucional no pueden quedar sujetos a la mera disposición de los particulares o del propio Estado, ya que tienen que ver directamente con la razón de la existencia del cuerpo político y los intereses de la comunidad en su conjunto.

224

En efecto, tal como lo señalan Gerardo Eto Cruz y José Palomino Manchego (2005, p. 284) dicho principio es emblemático de la vocación inquisitiva del proceso, ya que, a diferencia de la vocación dispositiva, la dinámica de la litis no queda circunscrita a la voluntad de las partes sino a la responsabilidad del juez, el cual tiene el deber funcional de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance.

A guisa de ejemplo, cabe exponer que como consecuencia de esta opción publicista-inquisitiva, aun cuando luego de presentada una demanda de inconstitucionalidad la parte demandante se desistiese de la continuación del proceso, el Tribunal Constitucional ordenará su continuación en atención a la naturaleza y fines del mismo: el respeto a la supremacía normativa de la Constitución frente a los alcances y contenidos de una ley o norma con rango de ley.

Para corroborar lo expresado es dable remitirse a lo establecido en el artículo 104 del Código Procesal Constitucional: “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 solo termina por sentencia”.

Asimismo, esta opción publicista-inquisitiva, en atención a los fines que persiguen los procesos constitucionales permite incluso ser iniciados a través de terceros. Tal el caso de lo previsto en los artículos 31, 40 y 41 del Código.

Al respecto, veamos lo siguiente:

Artículo 31.-

“La demanda (hábeas corpus) puede ser interpuesta por la persona perjudicada o por cualquier otra en su favor sin necesidad de tener su representación. Tampoco requerirá firma del letrado ni otra formalidad. También puede interponerla la Defensoría del Pueblo”.

Artículo 40.-

“El afectado (proceso de amparo) puede comparecer por medio de representante procesal. No es necesaria la inscripción de la representación otorgada.

Tratándose de personas no residentes en el país, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el Cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la apostilla de la firma del Cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos.

225

La Defensoría del Pueblo puede interponer demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales”.

Artículo 41.-

“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”.

El principio de dirección judicial del proceso obliga al operador jurisdiccional a encauzar y administrar el proceso a su cargo, al cumplimiento de su objeto de creación. Para tal efecto le está vedado supeditarse a la mera

acción volitiva de las partes, amén, que no debe constreñirse a resolver solo en función a las pruebas ofrecidas.

Carlos Mesía (2004, pp. 62-63) señala que el operador jurisdiccional no es “un simple notario encargado de protocolizar las actuaciones de las partes, sino que su deber es controlar la actuación de estos teniendo como objetivo que el conflicto sometido a su jurisdicción sea resuelto en el menor tiempo posible; más aún si se tiene en consideración que son los derechos fundamentales de la persona los que están en juego y requieren de una reparación urgente frente a los agravios.”

La aplicación de estos principios acarrea entre otros, el cumplimiento a los deberes funcionales siguientes:

- El deber de encauzar y liderar la actividad procesal.
- El deber de disponer las medidas destinadas a resolver la causa adecuadamente.
- El deber de promover y alcanzar la continuación del proceso, aún en el caso que exista una duda razonable respecto de si debe declararse concluido. Tal es el caso de la falta de certidumbre o certeza plena acerca del plazo para la interposición de una demanda, el juez competente para la admisión de la demanda, la subsanación de las deficiencias en la presentación de la demanda, etc.

226

Sobre la materia el Tribunal Constitucional en el caso José Morales Dasso (Expediente N° 0048-2004-PI/TC) ha señalado que de un lado, el operador jurisdiccional tiene la responsabilidad de controlar la actividad de las partes, evitando una conducta procesal obstruccionista, y del otro, el auspiciar el cumplimiento de los fines de todo proceso constitucional con eficacia y prontitud “en tal sentido corresponde al juez constitucional detectar y desestimar aquella conducta procesal que, intencional o no, pretende convertir el proceso en un ritualismo de formas, antes que en un eficiente cauce para la protección de los derechos fundamentales y el respeto por la supremacía normativa de la Constitución”.

El principio de dirección judicial del proceso y la carga de deberes funcionales que este conlleva crea la necesidad de señalar otros principios que

actúan como líneas vectoriales para la determinación de sus alcances y contenidos.

Dichos principios vectoriales son los siguientes:

- El principio de impulso de oficio.
- El principio de elasticidad.
- El principio *pro actione*.

Al respecto, veamos:

El *principio de impulso* de oficio plantea el deber del operador jurisdiccional de agilizar la marcha del proceso de manera autónoma, sin necesidad de la intervención de las partes. Ello a efectos de que este concluya y genere la consecución de los fines para el que fue creado por el legislador. En ese contexto, resguarda que el proceso no quede a la merced del ánimo o disposición de las partes, e incluso que evite los recursos dilatorios o maliciosos tendientes a “adormecer” la actividad jurisdiccional en relación con su razón de ser: resolver una controversia de naturaleza constitucional mediante la cual se defiendan los principios, valores y normas constitucionales, amén de proteger los derechos fundamentales de la persona.

227

El *principio de elasticidad* plantea el deber del operador jurisdiccional de acondicionar y adoptar las formalidades previstas en el proceso a la consecución de los fines del mismo.

En efecto, si bien las formalidades procesales son imperativas y vinculativas *in genere*, cabe que en una determinada circunstancia el operador jurisdiccional se vea en la necesidad de flexibilizar su aplicación, en aras de solucionar el conflicto de intereses, la eliminación de la incertidumbre jurídica y la consecución de la paz social en justicia, dentro del marco de defensa de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales de la persona.

No obstante lo expuesto, como bien precisa Luis Castillo Córdova (2006, p. 54) “la flexibilidad que supone este principio a favor de la actuación del juez, no debe ser interpretada como si significase que el juzgador queda desvinculado del derecho. El juez, como no podrá ser de otra forma, sigue vinculado con el derecho. Y, por tanto, con las reglas procedimentales existentes; lo único que está ocurriendo es facultándole (y obligándole) a que esas reglas [...] deben ser seguidas sin olvidar la finalidad que se persigue con

el procedimiento en concreto: la defensa de un derecho constitucional o de la Constitución misma. El procedimiento no debe olvidarse, tiene la naturaleza de medio, cuando intenta seguirse de forma que pone en serio riesgo la consecución del fin, ese acontecer procesal se deslegitima y se convierte en inconstitucional”.

El *principio pro actione* plantea que el deber del operador jurisdiccional de aplicar la exigibilidad de los requisitos para el acceso a la justicia se efectúe de manera restrictiva, a efecto que la persona demandante pueda conseguir la exposición judicial de la supuesta amenaza o infracción de sus derechos fundamentales o la propia defensa de la Constitución ante el órgano jurisdiccional. En esa misma medida, las demás reglas procesales deben ser aplicadas con amplitud, en aras que el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse sobre el fondo de la materia litigiosa.

En ese contexto, el operador jurisdiccional debe optar por la admisión de la demanda o la continuación del proceso en caso de duda. Así, el Tribunal Constitucional en el caso Inversiones Dream S.A. (Expediente N° 2302-2003-AA/TC) señaló que “se impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual, ante la duda, la decisión debe dirigirse hacia la continuación del proceso y no por su extinción”.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional en el caso Magaly García Zamora (Expediente N° 0933-2000-AA/TC) expresó que “el principio *pro actione* impone que el juez, en lugar de optar por alternativas que supongan el estrechamiento del derecho de acceso a la justicia [...], como sería la de declarar improcedente una demanda por un error del recurrente respecto a la competencia territorial, debe acoger aquellos que impliquen, por el contrario, una optimización o mayor eficacia del derecho referido. De allí que se ordene la remisión de la demanda al juez competente”.

El principio de economía

Tal como señala Rogelio Moreno Rodríguez (2001) este “abarca todos los mecanismos aptos para lograr un rápido y eficiente diligenciamiento de los actos procesales”.

Más aún, como señala Eduardo Couture (1988, p. 189) “Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía del proceso”.

En ese sentido, la referida pauta basilar se sustenta en los criterios de economía de gastos y economía de esfuerzos.

En relación a la economía de gastos –establecida la gratuidad en la actuación del demandante– esta debe ser entendida específicamente como la aptitud del operador jurisdiccional de evitar la realización de actuaciones que generen costos innecesarios en desmedro del presupuesto del ente que imparte justicia constitucional; vale decir, evitar la onerosidad desproporcionada del proceso, a efectos de que los recursos estatales asignados puedan ser ejecutados para beneficiar integralmente el normal desempeño de la actividad jurisdiccional; consecuentemente a favor de todos los potenciales usuarios.

En relación a la economía de esfuerzos esta debe ser percibida como la aptitud del operador jurisdiccional, de dirigir el proceso evitando la realización de actos procesales inconsecuentes, superfluos o redundantes para los fines del proceso y en aras de culminar el proceso en el lapso más breve posible.

229

Al respecto el Tribunal Constitucional en el caso Julio Sánchez Escobedo (Expediente N° 2522-2005-HC/TC) ha señalado que “es pertinente precisar que la demanda de hábeas corpus fue rechazada *in limine* [...] incurriéndose [...] en un vicio del proceso que ha afectado el sentido de la decisión. Al haberse producido el quebrantamiento de forma procedería devolverse los autos con la finalidad que se emita un nuevo pronunciamiento. No obstante, por celeridad y economía procesal, a efectos de evitar las dilaciones innecesarias que acarrearán un nuevo tránsito por la vía judicial, y estimando que en autos aparecen elementos de prueba suficientes para emitir pronunciamiento de fondo el Tribunal ingresa a resolver [...] el asunto controvertido”.

El principio de economía y la carga de deber funcional que este conlleva crea la necesidad de señalar otros principios que actúen como líneas vectoriales para la determinación de sus alcances y contenidos.

Dichos principios vectoriales son los siguientes:

- El principio de celeridad.
- El principio de concentración.

Al respecto, veamos:

El *principio de celeridad* plantea una actuación jurisdiccional guiada por la búsqueda de resolver con prontitud y rapidez. Para tal efecto debe impedir la consumación del “vicio de inercia” que pudiera emanar de una o ambas partes. Cabe señalar que la praxis jurisdiccional acredita que en algunos casos concedida al demandante una medida cautelar, este tiende a “adormecer” el proceso.

El *principio de concentración* plantea regular y limitar los actos procesales; ello con el objeto de que estos se realicen sin solución de continuidad y evitando que las cuestiones incidentales entorpezcan la razón de ser del proceso.

El principio de inmediación

Tal como señala Carlos Mesía (2004, p. 64) dicho principio busca el acercamiento del operador jurisdiccional a las partes, para alcanzar un conocimiento más cabal de los intereses en litigio. Asimismo, propende al acceso inmediato de todos los instrumentos y lugares que guarden directa relación con el proceso.

En esa idea, el Código propugna que el operador jurisdiccional tenga el mayor grado de acercamiento admisible con los elementos subjetivos y objetivos vinculados al proceso. Juan Monroy Gálvez (1996, p. 94) señala que con la aplicación de dicho principio se apunta al mayor contacto posible sobre todo aquello que configura “el contexto real del conflicto de intereses o incertidumbre subyacente en el proceso judicial”.

En puridad, esta pauta basilar aspira a que la resolución del proceso no se “lleve en el aire”, sino con claro y firme asentamiento en la realidad del caso concreto.

La inmediación puede ser subjetiva cuando el contacto se produce en relación con las partes (tal el caso de concesión de citas y entrega de ayudas

memoria) y objetiva cuando acercamiento se establece en relación con los instrumentos y lugares que rodean el proceso (tal el caso de visitas de inspección, etc.).

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso José Morales Dasso (Expediente N° 0048-2004-AI/TC) ha señalado que en determinados casos es “indispensable, que el juez canalice ante sí la mayor cantidad de elementos que le permitan arribar a una decisión fundada en derecho, esto es, a concretizar el valor justicia al interior del proceso”.

El principio de gratuidad

Tal como señala Rogelio Moreno Rodríguez (2001) dicho principio hace referencia del beneficio a litigar sin ningún tipo de desembolso económico.

Este ya se encontraba previsto en el inciso 16 del artículo 139 de la Constitución bajo el *nomen juris* de principio y derecho de la función jurisdiccional; y en el cual se establece “el principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para la persona de escasos recursos; y para todos, en los casos que la ley señala”.

231

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso José Morales Dasso (Expediente N° 0048-2004-AI/TC) señaló que la referida pauta basilar “se traduce en asegurar a las personas de escasos recursos, el acceso y la obtención de un fallo judicial que resuelva sus diferencias dentro de un proceso judicial gratuito”.

Asimismo, estableció que la referida pauta basilar contiene un mandato constitucional que exige la remoción de los obstáculos que impidan el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

Ahora bien, el Código sustenta dicho beneficio a favor del demandante atendiendo no solo al reconocimiento del nivel de pobreza en la que vive buena parte de la ciudadanía, sino fundamentalmente en razón a la naturaleza y fines específicos de los procesos constitucionales. En ese sentido Luis Castillo Córdova (2006, p. 46) expone que “es de una especial trascendencia que no exista ningún tipo de elemento que obstruya el acceso a los medios de salvación de los derechos constitucionales o de los medios que tiendan a hacer efectivamente vigente el orden constitucional”.

La aplicación de dicho principio apunta a la exoneración del pago de costas judiciales.

Cabe señalar que se denomina costas a los gastos que se ocasionan a las partes con motivo de un proceso judicial. Estas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial (peritos, depositarios, interventores, martilleros públicos, curadores procesales, etc.). Se diferencian de los costos en que estos últimos hacen referencia a los honorarios del abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los abogados en los casos de Auxilio Judicial.

Ahora bien, dicho principio presenta ciertas matizaciones; las cuales se encuentran previstas en los artículos 20, 28 y 96 del Código.

232

En el primer caso se establece que en el supuesto que el demandante hubiese tenido primicialmente una medida cautelar y que luego en la resolución final del proceso no se reconociese el derecho reclamado, el demandante sufrirá la liquidación de costas y costos derivados del procedimiento cautelar. Asimismo, señala que el sujeto afectado por la medida cautelar puede promover la declaración de responsabilidad; por ende, de verificarse la misma, en modo adicional a la condena de costas y costos se procederá a la liquidación y ejecución de los daños y, si el juzgador la considera necesaria, a la imposición de una multa no mayor de diez unidades de referencia procesal.

En el segundo caso, se establece el pago de costas y costos al demandante, cuando en la sentencia, el operador jurisdiccional tuviese convicción que este incurrió en manifiesta temeridad al presentar la demanda de amparo. En vía de excepción, el artículo 28 señala que, en los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo y cumplimiento, el Estado solo puede ser condenado por el pago de costas. En los procesos de habeas data, el Estado está exento de la condena de costas y costos.

En el tercer caso, se establece que, en el proceso de acción popular, al Estado se le puede imponer en la sentencia estimatoria el pago de los costos

del proceso. Empero si la demanda fuese desestimada, se podrá condenar al demandante dicho pago, cuando el operador jurisdiccional acredite que incurrió en manifiesta temeridad.

El principio de socialización del proceso

Tal como lo señala Samuel Abad Yupanqui (2004, p. 34) dicho principio expone una facultad concedida al operador jurisdiccional de intervenir en el proceso, evitando que “las naturales desigualdades con que concurren los litigantes [...] determinen el resultado del proceso”.

En esa orientación el Código propugna que el operador jurisdiccional actúe como equilibrador entre partes con fuerza procesal distinta, derivadas de las desigualdades de hechos “consagrados” en la realidad. Tal el caso de un conflicto entre una empresa transnacional y un trabajador despedido o el de un productor o proveedor y un consumidor. En suma, se trata de enervar que las desigualdades materiales impidan al operador jurisdiccional ofrecer una solución basada en el valor justicia.

Dicha pauta basilar libera al operador jurisdiccional de las “amarras” de la mera voluntad de las partes, cuando es plenamente consciente que alrededor de ellos aparecen factores como la capacidad económica para la contratación de abogados especialistas o el costo de una prueba valiosa, etc.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el caso José Miguel Morales Dasso (Expediente N° 0048-2004-AI/TC) ha señalado que el principio de socialización es una manifestación plenaria del Estado Democrático y Social de Derecho propugnado por la Constitución. Así, declaró que “La falacia formalista (propia del Estado Liberal) en virtud de la cual el principio de igualdad solo adquiere plena vigencia con una conducta absolutamente pasiva y contemplativa del Estado, sucumbe ante los principios del constitucionalismo social según los cuales, ante los múltiples factores que pueden situar a las partes en una evidente situación de desigualdad, resulta imperativa la intervención judicial, a efectos de tomar las medidas correctivas que aseguren un proceso justo”.

El Estado Democrático y Social de Derecho se fundamenta en la aceptación que la persona humana y su dignidad son el fin supremo del cuerpo político. Por ende, el respeto de sus derechos y el resguardo de su bienestar no puede quedar librado a la voluntad de las personas, sino que implica una

acción directa del Estado en favor de todas las personas, impidiendo que los desequilibrios fácticos nacidos del poder económico, el prejuicio racial, etc., terminen avasallando el fundamento de su propia existencia: la defensa de la dignidad humana.

El Estado Democrático y Social de Derecho no solo reconoce y promueve el goce de atributos tales como la libertad, la seguridad y la igualdad ante la ley; sino que adicionalmente pretende conseguir su mayor efectividad dotándolo de una base y un contenido material a partir del supuesto de que personas y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino nociones en implicación recíproca. Así no hay posibilidad de “concretar” cabalmente la libertad y la igualdad ante la ley, si su reconocimiento y garantía formal no se ven acompañadas de condiciones existenciales mínimas que hagan posibles su ejercicio.

234

En suma, como anota Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (2004, p. 172) la aplicación de dicho principio tiene particular relevancia en nuestro país por las “notorias” desigualdades económicas y sociales, además de prácticas discriminatorias en temas tan sensibles como raza o género [...]. Por ende, tal como señala el propio Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (2005, p. 36) al operador jurisdiccional “le corresponde tomar en cuenta las desigualdades que puedan existir entre las partes, encontrándose habilitado a realizar acciones concretas que las desaparezcan o en su defecto impedir que aquellas diferencias distorsionen el normal desarrollo de los procesos a su cargo”.

V. ARTÍCULO IV.- ÓRGANOS COMPETENTES

Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y el presente Código.

Denominase órganos competentes a aquellas unidades impersonales que tienen a su cargo el desarrollo y expresión de una o varias funciones del Estado, a través de las cuales este revela su actividad. Hacen operativo y visible el poder estatal, manifestando el conjunto de facultades que legítimamente pueden llevar a cabo.

En ese sentido, el Código de conformidad con lo establecido en la Constitución establece un modelo de jurisdicción constitucional híbrido, en razón a que los procesos constitucionales están a cargo exclusiva o mancomunadamente según sea el caso, a cargo de dos órganos autónomos: el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

Dicho modelo incorpora la jurisdicción con control difuso a cargo del Poder Judicial y también el de jurisdicción con control concentrado a cargo del Tribunal Constitucional.

A lo expuesto, se suma que el Reglamento del Congreso de la República que forma parte del bloque de constitucionalidad, consigna que la Comisión de Constitución y luego el Pleno actúan como entes encargados de un examen previo de constitucionalidad; dando cuenta así de la asimilación del control político.

Cabe señalar que el carácter de exclusivo o mancomunado de la competencia; implica en primer lugar que comprende únicamente al Poder Judicial o al Tribunal Constitucional el conocimiento de un determinado tipo de proceso; y en segundo lugar, que corresponde al Poder Judicial y luego en los casos que precisen la Constitución y el Código Procesal Constitucional, que corresponde al Tribunal Constitucional el conocimiento de un determinado tipo de proceso.

235

Los procesos constitucionales pueden ser clasificados de la manera siguiente:

- a) Los que cautelan la dignidad de la persona y los derechos derivados de esta. Aquí aparecen los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento.
- b) Los que cautelan la defensa de la jerarquía normativa de la Constitución o la ley. Aquí aparecen la acción popular, el proceso de inconstitucionalidad y el proceso competencial.

Al respecto, veamos la competencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional en relación con los referidos procesos constitucionales.

El *proceso de hábeas corpus* se inicia ante el Poder judicial. Así, el artículo 29 del Código señala que la demanda se interpone ante el juez constitucional donde se produjo la amenaza o afectación del derecho o donde

se encuentre físicamente el agraviado si se trata de procesos de detenciones arbitrarias o de desapariciones forzadas.

A lo expuesto, el artículo 200 de la Constitución establece que corresponde al Tribunal Constitucional conocer en última instancia las resoluciones denegatorias de hábeas corpus. En esa directriz, adicionalmente se señala que contra las resoluciones de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda cabe presentar el recurso de agravio constitucional. Asimismo, el artículo II del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional consigna que el proceso será visto por una Sala de dicho órgano; salvo que conforme a lo establecido en el artículo 13 del referido cuerpo legal deba ser visto por el pleno en los casos de establecimiento de jurisprudencia vinculante o apartamiento de este.

El *proceso de amparo* se inicia ante el Poder Judicial. Así, el artículo 42 del Código Procesal Constitucional señala que son competentes para conocer dicha materia, a elección del demandante, el juez constitucional del lugar donde se afectó el derecho o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción.

Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Constitucional o, si no la hubiere, ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva.

A lo expuesto, el artículo 200 de la Constitución establece que corresponde al Tribunal Constitucional conocer en última instancia las resoluciones derogatorias de amparo. En esa directriz, el artículo II del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional señala que dicho proceso se llevará a cabo en una Sala de dicho ente; salvo que como expone el artículo 13 del citado cuerpo legal, el proceso se hubiere iniciado ante las respectivas Salas de las Cortes Superiores o los que al ser resueltos puedan establecer jurisprudencia constitucional o apartarse del precedente, deberán ser vistos por el Pleno.

El *proceso de hábeas data* se inicia ante el Poder Judicial. Así, el artículo 54 del Código señala que es competente para conocer los procesos de habeas data, el juez constitucional del lugar donde se encuentre la

información, el dato o donde tiene su domicilio principal el afectado, a elección del demandante.

El *proceso de cumplimiento* se inicia ante el Poder Judicial. Así, el artículo 12 del Código regula el trámite de los procesos constitucionales de amparo, habeas data y cumplimiento.

El *proceso de acción popular* es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Así lo prescribe expresamente el artículo 84 del Código, el cual señala que son competentes la Sala Constitucional 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 si no existiese, la sala a cargo de los procesos civiles. En los demás casos, la Sala Constitucional de la Corte Superior de Lima; y si no existiese, la sala a cargo de los procesos civiles.

El *proceso de inconstitucionalidad* es de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional; tal como lo prescribe expresamente el inciso 1 del artículo 202 de la Constitución.

237

El *proceso competencial* es de competencia exclusiva del Tribunal Constitucional; tal como lo prescribe expresamente el inciso 3 del artículo 202 de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

Abad Yupanqui, S. (2004). *Código Procesal Constitucional*. Palestra.

Balaguer Callejón, F. (1992). *Fuentes del derecho*. Tecnos.

Capitant, Henry. (1972). *Vocabulario jurídico*. Depalma.

Castillo Córdova, L. (2006). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Tomo I. Palestra.

Couture, E. (1988). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Depalma.

Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2004). *Código Procesal Constitucional. Proceso contencioso y derechos del administrado*. Palestra, 2004.

Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2005). *Introducción a los procesos constitucionales*. Jurista Editores.

Espinoza Zevallos, R. (2005). Los principios procesales específicos del Código Procesal Constitucional Peruano (artículo III del Título Preliminar). En: *Derecho Procesal Constitucional Peruano*. Grijley.

Eto Cruz, G. y Palomino Manchego, J. (2005). *El Derecho Procesal Constitucional Peruano*. Grijley.

Portella, M. A. (1976). *Introducción al derecho*. Depalma.

Lledó Yagüe, F. y Zorrilla Ruiz, Manuel. (1998). *Teoría general para un entendimiento del mundo del derecho*. Dickinson.

Leiva Fernández, L. (1999). *Fundamentos de técnica jurídica*. La Ley.

Mesía, C. (2004). *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Gaceta Jurídica.

Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Tomo I. Tecnos.

Morales Godo, J. (2005). *Instituciones de derecho procesal*. Palestra.

Moreno Rodríguez, R. (2001). *Diccionario de ciencias penales*. Ad-Hoc.

Requena López, T. (2004). *El principio de jerarquía normativa*. Civitas.

El precedente vinculante en materia constitucional y su tratamiento en el Nuevo Código Procesal Constitucional

The precedent in constitutional matters and its treatment in the New Constitutional Procedure Code

✍ LUIS R. SÁENZ DÁVALOS¹

Resumen

El presente trabajo de investigación se centra en el precedente vinculante regulado por el nuevo Código Procesal Constitucional. Establece el significado y las características generales del precedente vinculante, desarrolla su ámbito de aplicación, analiza las características del modelo establecido, los presupuestos para la emisión de un precedente, su posición frente al sistema de fuentes del Derecho y la defensa procesal del precedente vinculante. Finalmente, aparecen las apreciaciones conclusivas.

239

Palabras clave

Nuevo Código Procesal Constitucional, precedente constitucional vinculante, sistema de fuentes.

Abstract

This research focuses on the binding precedent regulated by the new Constitutional Procedure Code. It establishes the meaning and general characteristics of the binding precedent, develops its scope of application, analyzes the characteristics of the established model, the assumptions for the issuance of a precedent, its position in relation to the system of sources of law and the procedural defense of the binding precedent. Finally, it shows the conclusive appreciations.

¹ Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

Keywords

New Constitutional Procedure Code, binding constitutional precedent, system of sources.

Sumilla

I. CONSIDERACIONES GENERALES II. SIGNIFICADO Y CARACTERÍSTICAS DEL PRECEDENTE VINCULANTE. III. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL PRECEDENTE. IV. EL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL MODELO ESTABLECIDO POR EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. V. SUPUESTOS PARA GENERAR UN PRECEDENTE VINCULANTE EN MATERIA CONSTITUCIONAL. VI. LA POSICION DEL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO. VII. LA DEFENSA PROCESAL DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE. DEL RECURSO DE AGRAVIO A FAVOR DEL PRECEDENTE AL AMPARO CONTRA AMPARO. VIII. APRECIACIONES CONCLUSIVAS. BIBLIOGRAFÍA

240

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La introducción del precedente vinculante como técnica jurisprudencial pasible de utilizarse en el ámbito estrictamente constitucional ha dado lugar a innumerables estudios en nuestro medio². Su recepción primigenia por conducto del Código Procesal Constitucional del año

² Carpio Marcos, E. y Grández Castro, P. (Coord.). (2007). *El Precedente Constitucional (2005-2006) Sentencias, Sumillas e Índices*. Primera Edición. Palestra Editores; Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2006). *El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, los riesgos de no respetarlo o de usarse en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana*. En: *Estudios Constitucionales*. Nro. 01. Año 4. Universidad de Talca; Velezmoro Pinto, F. (2007). *Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Editora Jurídica Grijley; Castillo Córdova, L. (2008). *La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional*. En: Repositorio Institucional Pirhua. Universidad de Piura; Quiroga León, A. y Chiabra Valera, M. C. (2009). *El Derecho Procesal Constitucional y los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. APECC; Castañeda Otsu, S. (Dir.). (2010). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*.

2004 y su más reciente ratificación en el marco de lo establecido en el Nuevo Código Procesal Constitucional del año 2021, ha permitido espacios de análisis bastante detallados tanto desde la perspectiva teórica de lo que representa, como desde la práctica que se le ha ofrecido a nivel jurisprudencial.

Sin embargo y a pesar de los innumerables esfuerzos de aproximación que existen en torno del mismo, siguen siendo recurrentes los debates sobre diversos tópicos que dicho instituto plantea, apreciándose en las más de las veces más de una postura y no pocas interrogantes. Ello de alguna manera justifica retomar las reflexiones³, tanto más en el marco de algunos cambios o variantes introducidas por la más reciente normativa procesal constitucional.

Como veremos a continuación, hay cosas en las que se observan ciertos avances, pero otras tantas en las que ni la legislación ni tampoco la jurisprudencia otorgan respuestas del todo satisfactorias. En este contexto y en la medida que el precedente continúa en un proceso de constante depuración o continuo perfeccionamiento, se explican las líneas que siguen y que, como veremos a continuación, ratifican varias de las cosas que sostuvimos en el pasado y otras tantas que se nos antojan como inevitablemente necesarias vista la importancia del citado instrumento jurisprudencial.

Editora Jurídica Grijley; Peña Gonzales, O. (Coord.). (2012). *Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. APECC; Tupayachi Sotomayor, J. (Comp.). (2014). *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú (Análisis y Doctrina Comparada)*. 2° Adures; Dyer Cruzado, E. (2015). *El precedente constitucional. Análisis cultural del Derecho*. Ara Editores; *Especial: La fuerza vinculante del precedente constitucional* (2016). En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Tomo 97. Enero. pp. 15-54; Morales Saravia, F. (2017). *Los precedentes vinculantes y su aplicación por el TC*. Gaceta Jurídica; Ruíz Riquero, J. H. (2021). *La teoría del precedente vinculante y la argumentación interpretativa constitucional de la jurisprudencia*. Editorial Grijley; García Belaunde, D. (2021). *Los orígenes del precedente constitucional en el Perú*. En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional (Constitución y Naturaleza)*. N° 13. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

³ En esta perspectiva, el presente trabajo constituye una actualización de uno anterior enmarcado en su día en el contexto del Código Procesal Constitucional del año 2004. Cfr. Sáenz Dávalos, L. (2014). *El camino del precedente constitucional vinculante*. En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. N° 83. pp. 25 y ss.

II. SIGNIFICADO Y CARACTERÍSTICAS DEL PRECEDENTE VINCULANTE

El precedente, como es bien sabido, es una creación típica del *common law* donde el protagonismo lo tiene la jurisprudencia y en donde, por consiguiente, se hace propicio el reconocimiento y consolidación de técnicas orientadas a fortalecerla.

Naturalmente y aun cuando pueda hablarse de un precedente originario, propio de aquellos países donde se le ha venido desarrollando de una manera constante o consolidada, ello no significa que dicha figura no pueda ser adaptada a otro tipo de modelos jurídicos. Es lo que ocurre con el Perú, que a pesar de pertenecer a una familia jurídica distinta (*civil law*) hemos optado por importarlo en la lógica de utilizarlo para propósitos en provecho de la Justicia, en particular, la de carácter constitucional.

En ese proceso de adaptación, ciertamente, es posible apreciar aspectos positivos, pero también aspectos de suyo polémicos, que conviene dejar anotados, así sea brevemente. Puede que nuestro ordenamiento jurídico haya hecho bien en recoger el precedente como instrumento, pero puede que en el proceso de desarrollo que le ha otorgado, no siempre haya tenido todas a su favor. Se hace necesario bajo tales circunstancias, adentrarnos en una descripción del precedente en la manera como lo hemos venido concibiendo. Solo así es que podremos extraer conclusiones más o menos certeras sobre la utilidad de dicho instituto.

En términos generales podríamos definir al precedente como una regla o conjunto de reglas de derecho jurisprudencialmente creadas por un órgano especial. Estas reglas no solo asumen un determinado grado de obligatoriedad (efecto vinculante) sino que su reconocimiento nace a la luz de un caso concreto que es el que normalmente les otorga soporte, no solo en atención a sus particularidades sino y por sobre todo, en atención a su trascendencia.

De esta breve aproximación conceptual es posible inferir algunas características o rasgos distintivos del precedente vinculante.

a) Lo elabora un órgano jurisdiccional especial.

El precedente es una técnica, que al igual como ocurre con la legislación, deriva de una típica función creadora. Esta última sin embargo se encuentra vinculada no al órgano tradicionalmente revestido de competencias legislativas (Congreso, Asamblea legislativa, etc.), sino a un órgano jurisdiccional especialmente dotado para cumplir con dicho cometido.

Aunque como luego se verá, se puede discutir acerca del órgano jurisdiccional, que va a estar revestido de la capacidad creadora, se acepta de alguna forma que este último tendría que tener una posición privilegiada o jerarquizada dentro de la estructura de la judicatura o en su caso, dentro del esquema orgánico institucional. Podría tratarse de una Corte Suprema, de un Tribunal especializado, etc. Solo de esta manera y en atención al especial estatus del órgano creador, es que los mandatos establecidos podrían ser obligatorios o, lo que es lo mismo, tener efectos vinculantes.

b) Tiene un grado determinado de obligatoriedad.

Que el precedente tiene carácter obligatorio o vinculante, no admite discusión alguna. Lo que se debate en todo caso es el grado o nivel de vinculatoriedad que le rodea.

243

Delimitar el grado de obligatoriedad o vinculación de los precedentes es sin embargo un aspecto que aunque depende de la concepción de precedente que se maneje al interior de cada ordenamiento jurídico, debe ser tomado con particular cautela.

En efecto, aunque nadie puede poner en tela de juicio que el precedente está hecho para ser cumplido, la manera cómo opera dicho cumplimiento, debe encontrarse en relación directa con el diseño de los órganos jurisdiccionales existentes en un Estado y con la propia legitimidad para meritar su pertinencia o no en la solución de los casos.

Lo dicho significa entonces que el precedente no se ha concebido para desnaturalizar los modelos institucionales sino para adaptarse a los mismos. De este modo y sea que el diseño orgánico apunte hacia una relación homogénea (que ubica a los órganos en el mismo nivel) o se desarrolle en el contexto de una relación jerarquizada (que los distingue según su importancia) el precedente deberá ajustarse a cada modelo según sus características.

El precedente, por otra parte, tampoco puede ser entendido como una técnica de connotaciones absolutas donde los niveles de raciocinio de quien tenga a su cargo el proceso de su aplicación se agoten en el mandato por lo que este mismo representa. Este, en otros términos, no ha sido configurado como un mecanismo opuesto a la sensatez o el sentido común en la manera como es utilizado. En este escenario y aunque nadie puede estar de acuerdo en debilitar lo que representa el precedente, debe distinguirse entre su desacato y su no aplicación. Como se verá en algún momento, mientras el primer concepto se traduce en un abierto quebrantamiento a la autoridad del precedente, un desconocimiento grotesco de su carácter vinculante (que genera inevitables consecuencias tanto jurídicas como disciplinarias) el segundo concepto, al contrario de ello, grafica una opción plenamente legítima que habilita evaluar la pertinencia del precedente a la luz del caso del que se conoce. Por lo mismo, antes que un quebrantamiento, busca su cumplimiento racional, condicionado a la distinción entre contextos y situaciones a la luz de cada controversia (lo que excluye, inevitablemente cualquier eventual cuestionamiento).

244

c) El precedente mantiene relación directa con su caso fuente a los efectos de su aplicación.

Rasgo que debe quedar perfectamente claro, es el relativo al nexo entre el precedente que se crea y el caso que le sirve de soporte. Una lógica sensata apunta a considerar que dicho nexo resulta de la mayor importancia y tiene dos maneras de traducirse, en una primera se tiene en cuenta las características del caso, en una segunda, su trascendencia.

De acuerdo con lo primero, las opciones de aplicación de las reglas creadas se circunscriben a la presencia de supuestos de hecho iguales o parecidos (de las mismas características) a aquel que dio lugar al llamado precedente.

En otras palabras, no es cualquier supuesto o controversia a donde va a ser aplicado el precedente, sino únicamente a aquellos en los que existe identidad o analogía entre el caso que sirve de fuente y la regla creada al efecto. Es precisamente por esta razón que, a diferencia del vínculo existente entre el legislador ordinario y la norma creada (vital en un inicio, pero débil

con el tiempo)⁴, el vínculo entre el caso y el precedente creado, es de naturaleza permanente, esto es, opuesto a lo episódico o circunstancial.

Por otra parte y en relación con lo segundo, tampoco ni mucho menos puede aceptarse como legítimo, que sea cualquier caso el que da lugar al nacimiento del precedente. Siendo dicha técnica algo verdaderamente excepcional, solo puede responder a la necesidad de zanjar o dispensar soluciones respecto de controversias de gran magnitud, como dirían algunos, auténticos *leading case*⁵.

Desde luego y aunque otra cosa pueda verificarse en la práctica, un precedente no puede ser creado por un capricho meramente circunstancial, por un afán de figuración o por una desmedida (y a veces equivocada) concepción de la responsabilidad creadora, sino que debe responder a una manifiesta necesidad planteada por un caso. Este último entonces, debe ser auténticamente relevante. De esta forma lo dotamos de solidez, pero, por sobre todo, de legitimidad.

III. ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL PRECEDENTE.

245

Aunque cada ordenamiento jurídico que reconoce la técnica del precedente le otorga aplicación en los ámbitos que considera pertinentes, en el caso peruano dicho modelo ha venido operando en tres escenarios diferentes: El administrativo, el judicial y el constitucional, dando lugar a que se pueda hablar, respectivamente, de un Precedente Administrativo Vinculante, de un Precedente Judicial Vinculante y de un Precedente Constitucional Vinculante. Cada uno de ellos, con sus propios matices o peculiaridades.

- a) En el caso del ámbito administrativo tenemos una praxis que viene siendo puesta de manifiesto desde hace buen tiempo atrás y que toma como referente inmediato lo dispuesto en el Artículo VI del Título

⁴ La norma ordinaria como se sabe, nace con un mensaje claramente identificado con la voluntad de su creador. No obstante, y en el contexto de los cambios y variables de la realidad social, dicha norma puede ir variando de sentido, de tal forma y a veces con tal intensidad, que puede revertir contra la voluntad de su propio creador. No ocurre lo mismo con el precedente y el caso que le dio origen, donde el vínculo, lejos de provisional es a perpetuidad sin que en ninguna circunstancia se aprecie ruptura o alejamiento. Esto por supuesto y como en algún momento se indicará, tendrá inevitables consecuencias en la manera como se aplica el precedente.

⁵ Cfr. García Belaunde, D. (2002). *¿Existe el “leading case” en el derecho peruano?* En: *Legal Express*. N° 13. Enero.

Preliminar de la Ley N° 27444 o Ley de Procedimiento Administrativo General. Dicha norma establece:

Artículo VI. - Precedentes administrativos

1). Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

2). Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.

3). En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes.

246

Conviene precisar que aunque la norma en referencia tiene alcances generales, la práctica del precedente administrativo ha tenido desarrollos individualizados en el contexto de normas especiales. De este modo y en atención a los organismos o instituciones donde se ha venido aplicando, encontramos regulaciones específicas sobre el precedente en el caso del Tribunal Fiscal y la SUNAT (Artículo 154° del Código Tributario), el OSINERGMIN (Artículo 24.1 de la Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 044-2018-OS/SD que aprueba el Reglamento de los órganos resolutivos de OSINERGMIN), el INDECOPI (Artículo 43° del Decreto Legislativo N° 807 o Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI), la SUNASS (Artículo 17, inciso b del Decreto Supremo N° 145-2019-PCM que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento-SUNASS) o la SUNARP (Artículos 31° y 32° de la Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N° 065-2016-SUNARP-SN que aprueba el Reglamento del Tribunal Registral), entre otros.

Detalle especial a tomar en consideración es que a pesar de la variedad de normas que se pronuncian sobre esta técnica en particular y el desarrollo que la práctica le ha otorgado, no se aprecia un interés doctrinal muy frecuente en esta materia que digamos. Aunque conocemos interesantes compilaciones sobre diversas clases de precedentes administrativos, los estudios específicos sobre el precedente administrativo en cuanto tal siguen siendo bastante escasos en nuestro medio, no obstante, algunas aproximaciones descriptivas, de suyo bastante destacables⁶.

- b) Lo que se conoce como precedente judicial vinculante ha tenido un desarrollo interesante, aunque no exento de algunas discusiones en torno a sus alcances. Tal vez por ello ha merecido algunos cambios en el orden de su reconocimiento normativo.

Puede decirse que la clarinada inicial sobre el tema la encontramos en lo dispuesto en el Artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo tenor establece:

Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.

247

Artículo 22.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial “El Peruano” de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución

⁶ Cfr. Guzmán Napurí, C. (2004). *La Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General*. 1° Edición. Página Blanca Editores. pp. 151 y ss.; Morón Urbina, J. C. (2011). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica. Novena Edición. pp. 104-109; Tirado Barrera, J. (2010). *El precedente administrativo y el cambio de criterio interpretativo en la Ley N° 27444, del Procedimiento Administrativo General*. En: AA.VV. *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Palestra Editores. pp. 133 y ss.; Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2014). *Notas sobre la configuración, uso y alcances de los precedentes por la administración y el INDECOPI en el Perú*. En: *Precedentes y Normativa del INDECOPI en propiedad intelectual*. Serie Compendios Normativos. N° 01. Ministerio de Justicia. INDECOPI. pp. 23 y ss.; Cairampoma Arroyo, A. (2014). *La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano*. En: *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho*. N° 73. Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 483 y ss.

dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial “El Peruano”, en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

Referencia mucho más directa sobre el citado instituto jurisprudencial la encontramos en lo dispuesto por el Artículo 301°-A, inciso 1) del Código de Procedimientos Penales, incorporado por conducto del Artículo 2° del Decreto Legislativo N° 959, norma cuyo texto reconoce:

Artículo 301-A.- Precedente Obligatorio.

1). Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.

Por otra parte y a manera de radicalizar un modelo de precedente mucho más preciso, aunque este último, aplicable en el escenario de la justicia civil, el Artículo 400° del Código Procesal Civil, modificado por el Artículo 1° de la Ley N° 29364, ha establecido:

Artículo 400°.- Precedente Judicial.

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

Aunque no son las citadas las únicas normas referidas al tema, puede apreciarse que, en el ámbito judicial, no ha estado muy clara, por lo menos en un inicio, la diferencia entre la denominada doctrina vinculante y el precedente judicial vinculante, discusión que sin embargo y de a pocos, parece haberse ido superando si nos atenemos a la evolución de las nomenclaturas que se han venido utilizando en el orden estrictamente legislativo. La mayor parte de estudiosos que se ha dedicado al tema⁷ corrobora este aserto.

249

- c) El reconocimiento jurídico del precedente constitucional vinculante es, sin embargo y de todas las variables existentes, la de mayor desarrollo o expansión.

Aunque algunos estudiosos hayan creído encontrar tanto en el Artículo 9º de la Ley de Habeas Corpus y Amparo N° 23506⁸ como en el Artículo 8º

⁷ Cfr. Al respecto: Castillo Alva, J. & Castillo Córdova, L. (2008). *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Ara Editores. 1º Edición; Reátegui Chávez, J. (2010). *El precedente judicial en materia penal*. Editorial Reforma SAC.; Peña Gonzales, O. (Coordinador) (2011). *Los Precedentes Vinculantes de la Corte Suprema*. APECC. 2º Edición; Angeludis Tomassini, C. (2014). *El establecimiento del precedente judicial vinculante como manifestación de la idoneidad en el cargo de juez supremo*. Tesis de Maestría. Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Graduados.

⁸ De acuerdo con dicho precepto normativo “*Las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicaran las razones de hecho y de derecho en que sustentan la nueva resolución*”.

de la respectiva Ley ampliatoria N° 25398⁹ (ambas normas, hoy derogadas)¹⁰ la consagración de algunas de las características del precedente constitucional, lo cierto es que dicha técnica jurisprudencial, en cuanto a sus principales contornos, recién aparece expresamente incorporada en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del año 2004 y es ratificada con algunas variantes, en el Artículo VI del Título Preliminar del mucho más reciente Nuevo Código Procesal Constitucional del año 2021.

Mientras que la primera de las citadas normas estableció en su día que:

Artículo VII.- Precedente.

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

La segunda y más reciente de las mencionadas ha establecido que:

Artículo VI. - Precedente Vinculante

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los

⁹ A su turno dicha norma establecía “La Facultad que tienen los jueces de apartarse de la Jurisprudencia obligatoria al fallar en nuevos casos en materia de acciones de garantía que establece el artículo 9 de la Ley, los obliga necesaria e inexcusablemente a fundamentar las razones de hecho y de derecho que sustentan su pronunciamiento, bajo responsabilidad”.

¹⁰ Esta posición es nítidamente asumida por el profesor Domingo García Belaunde. Al respecto su trabajo: García Belaunde, D. (2021). *Los orígenes del precedente constitucional en el Perú*. En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*; N° 13. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 235-236. Un comentario al alcance que en su día tuvieron dichas normas lo encontramos en el valioso texto de Borea Odría, A. (2000). *Evolución de las Garantías Constitucionales*. Editorial Fe de Erratas. 2° Edición Actualizada. pp. 123 y ss.

fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados.

En los procesos de acción popular, la sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes con el voto conforme de cuatro jueces supremos. La sentencia que lo establece formula la regla jurídica en la que consiste el precedente, expresa el extremo de su efecto normativo y, en el caso de su apartamiento, los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta.

Como veremos inmediatamente, ninguna de ambas normas deja duda alguna en torno del tipo de instituto que ha sido incorporado. Tampoco y como es de advertir, confunde el precedente constitucional con la llamada doctrina o jurisprudencia constitucional, categoría a la que, por el contrario, se le proporciona un tratamiento jurídico independiente¹¹.

251

IV. EL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL MODELO ESTABLECIDO POR EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

A diferencia del régimen jurídico dispensado en la regulación procesal anterior que solo contemplaba los precedentes constitucionales a cargo del Tribunal Constitucional, el Nuevo Código Procesal Constitucional ha querido involucrar a los precedentes que en materia constitucional pueda emitir el Poder Judicial, lo que en principio es perfectamente pertinente¹², pero sin embargo creemos que el tratamiento que se ha dado pudo haber sido mejor

¹¹ Nos hemos ocupado in extenso del tema en Sáenz Dávalos, L. (2022). *La Doctrina Jurisprudencial Vinculante y su tratamiento por el Tribunal Constitucional*. En: Crispín Sánchez, A. (2022). *Precedentes y Doctrina Jurisprudencial Vinculante del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica. pp. 213 y ss.

¹² En el análisis que en su momento realizáramos para lo que fue el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del 2004, nos pronunciamos expresamente y en concordancia con anteriores trabajos nuestros, a favor de reconocer sobre el Poder Judicial la facultad de generar precedentes judiciales en materia constitucional. Cfr. Sáenz Dávalos, L. (2015). *Artículo VII. Precedente*. En: Salas Vásquez, P. (2015). *Código Procesal Constitucional Comentado*. Tomo I. Gaceta Jurídica. pp. 77-78.

regulado o mucho más delimitado a fin de evitar ciertas interrogantes y no pocos equívocos que la nueva norma puede plantear¹³.

En efecto, el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional que actualmente regula la técnica del precedente constitucional, permite extraer diversas reflexiones, tanto en relación con el precedente del Tribunal Constitucional como en referencia al que en su momento pueda establecer el Poder Judicial. Conviene a renglón seguido prestarles especial atención.

a) Los precedentes vinculantes en materia constitucional los puede generar tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial. Un esfuerzo de acercamiento, aunque no de absoluta igualación.

Independientemente que el nuevo Código haya regulado el precedente vinculante tanto para el Tribunal Constitucional como para el Poder Judicial y desde dicha perspectiva se propenda hacia un evidente acercamiento, es de advertirse que ambos precedentes no son en estricto exactamente iguales. En tal sentido, podría distinguirse, entre el precedente constitucional vinculante como técnica jurídica propia del primero y el precedente judicial vinculante en materia constitucional como herramienta correspondiente al segundo, diferencia terminológica que, aunque es básicamente doctrinaria no creemos tampoco que sea artificiosa, sino que respondería a la necesidad de distinguir adecuadamente las variantes de precedente constitucional.

Mientras que en el precedente del Tribunal Constitucional, el nivel de vinculatoriedad es en principio totalmente intenso y abarcaría a la totalidad de poderes públicos (e incluso a sujetos privados) como hasta la fecha ha venido sucediendo, en el caso del precedente judicial, los ámbitos de vinculatoriedad serían relativamente más restringidos dado que, con independencia de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁴, un fallo o decisión en materia de acción popular que es de donde

¹³ Cfr. Sáenz Dávalos, L. (2021). *Los cambios del esquema procesal constitucional en lo relativo al Título Preliminar y a las disposiciones generales aplicables a los procesos de tutela de derechos*. En: *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*. N° 163. Julio. pp. 28 y ss.

¹⁴ Dicha norma, como se conoce, establece un modelo de precedente que sólo es vinculante para los órganos integrantes de la estructura del Poder Judicial. Incluso el artículo 433, incisos 3 y 4 del

estos últimos finalmente derivarían, resultaría de alcance general a tenor de lo dispuesto en el artículo 81 del Nuevo Código Procesal Constitucional, sin embargo, no por ello, obligatorios para el Tribunal Constitucional.

Conviene recordar que en el modelo de justicia constitucional por el que se inclina nuestro ordenamiento jurídico, muy a pesar de que sean dos los órganos encargados de administrar justicia constitucional de manera dual o paralela¹⁵, es al Tribunal Constitucional a quien se le confiere la condición de Supremo Interprete de la Constitución, lo que no sólo es coherente con lo dispuesto por el artículo 1 de su Ley Orgánica N° 28301, sino con lo expresamente establecido por el artículo 201 de la Constitución Política del Estado¹⁶.

En la lógica de que es el Tribunal Constitucional sobre quien se reconoce la responsabilidad de defender de manera última y definitiva lo que representa la Constitución y dicha tarea requiere como paso previo el definir cuál es el alcance o significado de cada uno de sus contenidos, la competencia de crear precedentes constitucionales, que en buena cuenta terminan expresando lo que representa la voluntad constitucional, calzaría perfectamente con el estatus jurídico que el ordenamiento le ha conferido.

253

No está pues en discusión que el Tribunal Constitucional pueda crear precedentes con carácter constitucional y así ha venido sucediendo desde el modelo adoptado por el Código Procesal Constitucional del 2004 que, ahora y en perspectiva más amplia, reitera el Nuevo Código del 2021. Pero conviene definir inmediatamente el tipo de vínculos que tendrían estos precedentes en relación con aquellos otros que en materia constitucional pueda crear el Poder Judicial.

Lo primero que hay que decir al respecto y en reiteración de lo que fue señalado en el apartado anterior, es que la decisión legislativa de haber dotado al Poder Judicial de la capacidad de generar precedentes en materia

Código Procesal Penal actualmente vigente y el artículo 400 del Código Procesal Civil, más allá de algunos detalles opinables, permiten deducir que la existencia de los llamados precedentes judiciales solo vinculan en estricto a los órganos del Poder Judicial.

¹⁵ Cfr. García Belaunde, D. (2001). *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Themis S.A. pp. 129 y ss.

¹⁶ Está claro más allá de inútiles polémicas sobre si ambos conceptos significan lo mismo, que el ser órgano de control de la Constitución (o de la constitucionalidad si se quiere) presupone la capacidad de interpretarla de manera última y definitiva.

constitucional es plenamente legítima y va de la mano con su condición de órgano que también se involucra con la tarea de defender a la Constitución.

Como lo sostuvimos en algún otro momento, nada podía impedir que el Poder Judicial contando con organismos especializados en materia constitucional y en concreto con salas específicas a nivel de su Corte Suprema pueda, con habilitación legislativa, asumir la responsabilidad de generar precedentes vinculantes en este ámbito al igual como ha venido ocurriendo con los precedentes de otras especialidades (los penales y los civiles por ejemplo). El esquema dual o paralelo de justicia constitucional al que antes hemos hecho referencia así lo permite.

Sin embargo, algo en lo que el legislador no ha reparado es en el hecho de que habilitar dicha facultad creadora, si bien plausible, requiere asumir el diseño de un precedente que hasta la fecha resulta totalmente extraño para el Poder Judicial. Y no es excesivo decirlo, según veremos.

254

La idea de que puedan emitirse precedentes judiciales en materia constitucional utilizando la competencia que en materia exclusiva retiene el Poder Judicial para conocer, tramitar y resolver del proceso de acción popular es correcta. Pero hay un detalle desconocido que en cierta forma ya hemos adelantado anteriormente. Los efectos de la sentencia en este tipo de procesos vinculan a todos los poderes públicos tal y cual lo señala y ahora queremos reiterarlo, el artículo 81 del Nuevo Código Procesal Constitucional¹⁷.

Este panorama marcará un ámbito en estricto inexplorado para el Poder Judicial, pues hasta ahora tanto el artículo 22 de su Ley Orgánica como los códigos procesales aplicables para otras especialidades (la civil o la penal por ejemplo) venían asumiendo que el carácter vinculante de los precedentes judiciales solo se encontraba direccionado para los órganos integrantes de la propia judicatura ordinaria. La irrupción en el escenario de un precedente judicial en materia constitucional romperá definitivamente con este esquema otorgándole a los precedentes emitidos en esta especialidad una connotación mucho mayor o más expansiva, pues no otro es el poder conferido por mandato del Nuevo Código Procesal Constitucional para las sentencias a

¹⁷ Esta misma perspectiva también la tenía el artículo 82 del Código Procesal Constitucional del 2004.

emitirse en vía de acción popular. En otras palabras, nos encontraríamos con que los precedentes judiciales en materia constitucional gozarían de una fortaleza que por paradoja no la tendrían otro tipo de precedentes judiciales estructurados para el resto de las especialidades.

Ahora bien, el hecho de que el ámbito de fortaleza de los precedentes judiciales de carácter constitucional sea mucho mayor que el correspondiente a otras materias tampoco significa ni debe interpretarse, como que haya quedado desvirtuado el estatus de supremo interprete de la Constitución que posee el Tribunal Constitucional. Simplemente implica y en nuestro criterio sugiere, delimitar con propiedad los márgenes de acción tanto de los precedentes del Tribunal como de los precedentes del Poder Judicial.

Ya en una anterior oportunidad habíamos intentado bosquejar este espectro¹⁸. En lo pertinente, y en tanto el legislador ha guardado un llamativo silencio, consideramos necesario reiterarlo, aunque esta vez dentro del marco de opciones que nos proporciona el Nuevo Código Procesal Constitucional.

255

En tal sentido y desde una perspectiva general, que evidentemente podría aceptar excepciones pertinentes a analizar en su debida oportunidad, la generación de precedentes judiciales vinculantes por parte del Poder Judicial, se encontraría sujeta a diversos supuestos:

- a) El precedente judicial solo podría pronunciarse sobre materia constitucional no desarrollada directamente por un precedente constitucional vinculante emanado del Tribunal Constitucional;
- b) El precedente judicial, tampoco podría pronunciarse sobre materia constitucional que haya recibido desarrollo directo por parte de doctrina o jurisprudencia vinculante emanada del Tribunal Constitucional;
- c) El precedente judicial sería vinculante para los jueces y tribunales integrantes de la estructura orgánica del Poder Judicial y para el resto de poderes públicos pero no lo sería en cambio para el propio Tribunal Constitucional;
- d) El precedente judicial podría ser cuestionado vía procesos constitucionales de tutela (hábeas corpus o amparo) siempre que se alegue vulneración de derechos supuesto en el cual sería controlado en su constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional;

¹⁸ Cfr. Sáenz Dávalos, L. (2015). *Artículo VII. Precedente*. En: Salas Vásquez, P. *Código Procesal Constitucional Comentado*. Tomo I. p. 78.

Como puede apreciarse, las limitaciones a las que se encontraría sujeto un eventual precedente judicial en materia constitucional, estarían justificadas en atención tanto a los caracteres del precedente constitucional vinculante, como a la posición privilegiada del Tribunal Constitucional en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución. Queda claro, en todo caso, que criterios como los antes descritos regirían en tanto el orden interno y los precedentes existentes al respecto no se encuentren en entredicho con el sistema supranacional (normativa o jurisprudencialmente), extremo este último que de presentarse, obligaría a ver las cosas desde una óptica diferente¹⁹.

b) El precedente vinculante siempre debe ser objetivo o expreso

El Nuevo Código Procesal Constitucional (al igual como en su día lo hizo el Código del 2004) establece que las sentencias del Tribunal Constitucional resultan constitutivas de precedente cuando así lo precisa la propia sentencia, criterio que en buena cuenta resulta expandible también al Poder Judicial conforme se infiere del último párrafo del dispositivo comentado. En tales circunstancias queda claro, que el precedente vinculante necesariamente debe tener un reconocimiento objetivo o lo que es lo mismo, expreso.

En este contexto es por demás evidente que una eventual incorporación implícita del precedente que fuerce o imponga una búsqueda interpretativa, resultaría a todas luces discutible, pues es la propia fuente normativa la que impone explicitud sin admitir excepción alguna. O el precedente existe como tal, porque el órgano que lo establece así lo señala textualmente o simplemente se da por no creado.

Ahora bien, aun cuando es la regla de la objetividad la que impone la pauta en torno a la existencia del precedente, es bueno contrastar la práctica

¹⁹ En un reciente ensayo nos hemos pronunciado brevemente sobre ello. Cfr. Sáenz Dávalos, L. (2021). *El marco de relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial (Algunas ideas para fortalecer el modelo dual de Justicia Constitucional)*. En: Landa Arroyo, C. & Grández Castro, P. (Directores). (2021). *La construcción de la democracia y la garantía de los derechos*. 25 Años del Tribunal Constitucional. Palestra Editores SAC. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. pp. 223 y ss.

que se le ha dado a dicho criterio, por lo menos en el caso del Tribunal Constitucional que es de quien se tiene hasta la fecha registro jurisprudencial.

A este respecto es interesante verificar que muy a pesar de lo señalado por la citada norma, que cuenta con el antecedente de la previsión contenida en el Código del 2004, no siempre se ha evidenciado una plena observancia de sus alcances. Y es que por sorprendente que parezca nuestra jurisprudencia registra casos de precedentes que no nacieron a la manera como lo señala hoy el Nuevo Código Procesal Constitucional o como lo hizo incluso su predecesor.

Notorio ejemplo de lo descrito lo constituye la regla establecida en el Expediente N° 03179-2004-AA/TC (Caso: Apolonia Ccolcca Ponce) de acuerdo con la cual, la procedencia de procesos de amparo contra resoluciones judiciales no solo se encuentra habilitada para tutelar los derechos fundamentales de naturaleza estrictamente procesal (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva) sino toda clase de derechos fundamentales, opción interpretativa que en buena cuenta, dejó de lado un largo derrotero jurisprudencial de prácticamente veinticinco años²⁰.

257

Para nadie es un secreto que hoy en día esta línea de raciocinio es seguida por el Tribunal Constitucional en todos los supuestos de amparos promovidos contra resoluciones judiciales. Lo que pocos saben, sin embargo, es que la misma no es simplemente un criterio jurisprudencial (constitutivo en el mejor de los casos de doctrina jurisprudencial vinculante), sino que es un auténtico precedente avalado de dicha manera por haber sido recogido por un indiscutible precedente constitucional como el establecido por conducto de la Sentencia recaída en el Expediente N° 04853-2004-PA/TC (Caso: Dirección Regional de Pesquería de la Libertad).

Así las cosas, no deja de sorprender que, a pesar de la previsión establecida, no siempre el Colegiado haya sido tan escrupuloso a la hora de crear sus precedentes. Sin embargo, también es de repararse que en años mucho más recientes el Tribunal ha sido mucho más ortodoxo a la hora de crear o establecer un precedente.

Ahora bien, en relación con las innovaciones que trae consigo el nuevo Código Procesal Constitucional es de advertir que, como complemento del

²⁰ Derrotero en su día impuesto por la antigua Ley N° 23506 y su ampliatoria, la Ley N° 25398.

carácter objetivo aquí referido, la actual previsión busca enfatizar una exigencia que es muy importante y que reposa en la necesidad de que en adelante y en cada oportunidad que se diseñe un precedente, se exprese la regla jurídica que de alguna manera lo materializa o configura.

La idea sobre este particular no deja de ser acertada pues rompe con una práctica que lamentablemente y debido a nuestra inexperiencia en la materia se vino dando en el pasado y que conducía equivocadamente a entender como precedente cualquier criterio o desarrollo abstracto producido en el ámbito doctrinario y no así lo que representa o constituye un verdadero precedente, como en su día y entre otros casos, ocurrió con el pintoresco precedente recaído en el Expediente N° 2877-2005-PHC/TC (Caso: Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez). En lo sucesivo pues y como ya se ha mencionado, necesariamente el precedente debe traducirse en una regla o conjunto de reglas, sean estas de carácter sustantivo, sean estas de contenido procesal.

258

Por último y en tanto una idea semejante a la expuesta se recoge para el precedente judicial vinculante en materia constitucional, ello contribuirá a rediseñar el esquema de este último ayudando a superar las deficiencias que valgas las verdades siempre tuvo el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que conducían a que no se tuviese muy clara la distinción entre lo que era simple doctrina vinculante y auténticos e inobjetables precedentes judiciales²¹.

c) El precedente vinculante siempre debe precisar sus efectos normativos

Máxima de particular relevancia es aquella que impone delimitar los efectos normativos de cada precedente vinculante. Por la misma debe entenderse principalmente (aunque no exclusivamente) la obligatoriedad de precisar el momento desde el cual las reglas constitutivas de precedente van a ser obligatorias.

²¹ No hay que olvidar que la Ley Orgánica del Poder Judicial en el dispositivo en mención utiliza los términos de “principios jurisprudenciales” y “criterios” que en la práctica y más allá de lo que posteriormente señale dicha norma no son muy precisos respecto de lo que debe representar un auténtica regla o conjunto de reglas (precedente).

A este respecto y si observamos la redacción asumida por el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código, tanto para el precedente del Tribunal Constitucional como para el precedente del Poder Judicial, pareciera que cuando se crea un precedente existiera plena discrecionalidad a los efectos de determinar el momento desde el cual este rige.

Discrepamos, sin embargo, de esta manera de interpretar las cosas. La obligación que se tiene, para delimitar el momento en que el precedente resulta operativo, se ha hecho para otorgar certezas o seguridades en torno de la incidencia de las reglas creadas jurisprudencialmente, mas no supone o lleva por implícito libertad absoluta por parte del órgano que lo instituye para establecer precedentes en todas las direcciones temporales que se le ocurra. Se trata en realidad y es necesario advertirlo, de una libertad de acción empero sujeta a ciertos estándares jurídicos.

Quiere esto decir, que, aunque es perfectamente legítimo no solo establecer precedentes que rijan hacia adelante, sino también precedentes que rijan hacia atrás o desde el momento en que el órgano creador así lo determine, las cosas deben manejarse de forma totalmente distinta según la naturaleza temporal de cada regla creada, siendo inevitablemente más restringida la opción de imponer precedentes en forma retroactiva.

259

En efecto, al igual como sucede con las normas ordinarias, que son obligatorias desde su puesta en vigencia y cuya eventual retroactividad puede ser aceptada excepcionalmente a condición expresa de que favorezca (como ocurre en materia penal y tributaria), con igual razón creemos que lo mismo acontece respecto del precedente vinculante. Ambas (tanto la ley como el precedente) son reglas obligatorias con independencia de su origen.

Ocurre sin embargo que en nuestro medio y si nos atenemos sobre todo a la práctica del Tribunal Constitucional (en el caso del Poder Judicial recién veremos en adelante lo que suceda), hemos podido apreciar hasta dos corrientes de opinión totalmente contrapuestas sobre este tema.

Para un cierto sector, el precedente es una regla que puede aplicarse hacia adelante o hacia atrás, sin que opere ningún referente de limitación. De este modo, pueden establecerse precedentes con efecto retroactivo, sea que estos favorezcan, sea que estos perjudiquen.

Otro sector de opinión, entiende que, aunque la aplicación retroactiva del precedente es perfectamente posible, ella solo se hace legítima, en tanto no perjudique. Dicho en otros términos, el precedente retroactivo solo sería para favorecer, nunca para perjudicar.

Desde nuestro punto de vista y como anteriormente lo hemos dejado establecido, el precedente con aplicación hacia atrás no puede ser aceptado como opción ilimitada, pues de serlo, se incurriría en un mecanismo generador de inseguridad, particularmente grave en aquellos supuestos de precedentes con incidencia o contenido procesal. En este contexto, se vería trastocado cuando no desnaturalizado el derecho fundamental al debido proceso en una de sus más importantes manifestaciones como lo es sin duda el procedimiento preestablecido por la ley.

Precisamente porque mencionamos este importante atributo y su eventual desconocimiento bajo hipótesis como las descritas conviene traer a colación una reflexión que, aunque suele hacerse respecto de las normas jurídicas ordinarias, puede ser perfectamente pertinente respecto de lo que acontece con los precedentes constitucionales.

En efecto, durante bastante tiempo algunos distinguidos juristas han venido sosteniendo como tesis presuntamente pacífica que las normas procesales pueden ser modificadas en cualquier momento y que dicha modificación genera efectos inmediatos. No ha sido extraño en este contexto, la existencia de normas como las contenidas en la Disposición Final Segunda del Código Procesal Civil, la Disposición Final Segunda del Código Procesal Constitucional del 2004 o incluso también, la Disposición Final Primera del Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021.

Lo que en pocas palabras nos han querido postular normas como las antes referidas es que el cambio normativo es perfectamente legítimo en el ámbito procesal, traduciéndose este último en el hecho de que lo que venía regulándose de una determinada manera, puede luego, serlo de otra, sin que se aprecie irregularidad alguna en dicho proceder.

A nuestro entender, normas como las señaladas y apreciaciones como las aquí descritas incurrir en un evidente error de concepción, pues consciente o inconscientemente desconocen que, de acuerdo con la Constitución, existe

un derecho fundamental al procedimiento preestablecido por la ley, derecho que se traduce en una exigencia de respeto a las reglas procesales esenciales con las que todo proceso es iniciado y que son garantía para el justiciable que participa en el mismo.

Aunque naturalmente, nadie está diciendo que un cambio procesal no pueda darse y que incluso dicho cambio pueda suponer la sustitución de unas reglas por otras, ello no supone aceptar que, por sustituirse un régimen procesal por otro, se vaya a perjudicar las garantías esenciales con las que cuenta todo justiciable al formar parte de un proceso. Bien puede suceder que muchos de los cambios acaecidos en el orden procesal resulten meramente cosméticos y otros hasta eventualmente beneficiosos, sin embargo, el problema surge cuando los mismos, lejos de beneficiar terminan, por el contrario, perjudicando. Si esto último llegase a suceder, no tenemos la menor duda del resquebrajo que ello supondría sobre uno de los valores más importantes sobre el que cimenta el Derecho y que no es otro que la propia seguridad jurídica.

Para quien está acostumbrado a concebir el proceso como un conjunto de trámites sin otro referente que la simple formalidad objetiva, puede que la variación no sea otra cosa que una simple rutina sin mayor incidencia. Sin embargo, para quien concibe el proceso como un camino de acceso a la Justicia, dotado empero de reglas igual de justas (Justicia no solo como resultado, sino como camino para llegar al resultado), un eventual cambio, puede ser demasiado decisivo (y hasta a veces realmente gravoso) como para pasar por desapercibido.

261

La razón del procedimiento preestablecido por la ley estriba precisamente en eso. En el hecho de garantizar que los elementos procesales de suyo esenciales con los que se inicia un proceso (cualquiera que sea su naturaleza) no se vean trastocados o desnaturalizados durante el decurso del mismo²². De ocurrir esto último, dicho cambio por más ropaje que aparente, no será otra cosa que simple arbitrariedad, por donde quiera que se mire.

²² Existe abundante y reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional tendiente a definir lo que constituye el derecho al procedimiento preestablecido por la ley. Cfr. Entre otras: Expediente N° 2928-2020-PHC/TC (Caso: Víctor Raúl Martínez Candela); Expediente N° 1593-2003-PHC/TC (Caso: Dionicio Llajaruna Sare); Expediente N° 2906-2011-PA/TC (Caso: José Vicente Orellana Camacho y otra); Expediente N° 3317-2012-AA/TC (Caso: Empresa Pesquera José Antonio S.A.C.).

Ahora bien, cierto es que a una argumentación como la descrita se le podría anteponer un contra argumento. Habrá quienes puedan decir que el cambio procesal no tiene por qué ser tan grave si nos atenemos a las clásicas excepciones a la regla de la aplicación inmediata y que, como es bien sabido, se traducen en la no aplicación de la norma nueva cuando afecte: a) las reglas de competencia, b) los medios impugnatorios interpuestos, c) los actos procesales con principio de ejecución y d) los plazos que hubieren empezado. Creemos, sin embargo, que dicha apreciación no pasaría de un simple esfuerzo, a todas luces insuficiente, por evitar la evidente colisión con principios fundamentales. Y es que ninguna de las mencionadas excepciones contempla o involucra la posibilidad de que el cambio normativo, disminuya ostensiblemente los derechos de las partes o imponga cargas no previstas inicialmente. En ambos casos (que no tendrían tampoco porque ser los únicos) es evidente que la transformación del esquema procesal, lejos de beneficiar, tornaría gravosa o perjudicial la situación de las partes según la condición en la que se encuentren.

262

Precisamente porque tales situaciones se han presentado en la práctica no han sido pocas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional, se ha decantado por fórmulas en las que lejos de observarse disposiciones como las descritas, se ha optado por su no aplicación bajo la lógica de la observancia que impone la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso (Cfr. Entre otras la sentencia recaída en el Expediente N° 3771-2004-HC/TC. Caso: Miguel Cornelio Sánchez Calderón). Y razón no ha faltado, pues una de las máximas de todo proceso que se juzgue debido es por donde se le mire, el procedimiento preestablecido por la ley²³.

Si la lógica descrita opera con la ley y su eventual incidencia en el tiempo y en las situaciones jurídicas existentes, conviene replantearse la misma reflexión, por directa referencia a lo que representan los precedentes vinculantes.

²³ Cfr. Sáenz Dávalos, L. (2005). *La aplicación en el tiempo del Código Procesal Constitucional. Algunas notas sobre un problema de interpretación recientemente planteado*. En Castañeda Otsu, S., Espinosa-Saldaña Barrera, E., Carpio Marcos, E. y Sáenz Dávalos L. (2005). *Introducción a los Procesos Constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Jurista Editores. pp. 283 y ss.; Carpio Marcos, E. (2005). *¿Aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional?* En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 136. Gaceta Jurídica. Marzo. pp. 152 y ss.

Al respecto y de conformidad con lo que hemos venido adelantando, no creemos de ninguna manera que pueda ser de recibo la generación de precedentes vinculantes con efecto retroactivo cuando estos supongan la disminución de derechos fundamentales. Una concepción de este tipo convertiría la técnica del precedente, más que en un mecanismo de solución de controversias similares, en un instrumento de perversión del ordenamiento constitucional irónicamente sustentado en la autoridad del propio órgano creador del precedente.

Curiosamente sin embargo y pese a que este raciocinio pareciera no ofrecer complicaciones y más aún si el Tribunal Constitucional lo ha utilizado en innumerables ocasiones por directa referencia a los cambios jurídicos operados por conducto de la ley, sorprende de sobremanera que lo haya ignorado en una buena cantidad de ocasiones cuando de los precedentes vinculantes se trata.

En efecto, precedentes como los recaídos en los Expedientes N° 01417-2005-PA/TC (Caso: Manuel Anicama Hernández), N° 00206-2005-PA/TC (Caso: César Baylón Flores), N° 00168-2005-PC/TC (Caso: Maximiliano Villanueva Valverde) o incluso y mucho más cercanamente N° 5057-2013-PA/TC (Caso: Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco) han sido muestras de evidente aplicación inmediata alterando reglas de juego preestablecidas sin reparar en el inevitable perjuicio que con su efecto han generado.

No estamos diciendo, por cierto, que estos precedentes hayan resultado cuestionables desde la perspectiva de su contenido mismo, respetable desde todo punto de vista y en algunos casos (por lo menos en dos de ellos), hasta necesarios. En lo que estamos reparando es en la forma en que han sido aplicados. Pretender que los procesos que se venían tramitando bajo unos determinados criterios jurisprudenciales de pronto lo sean bajo parámetros distintos, sin tomar en cuenta el perjuicio a generarse sobre sus destinatarios, dista radicalmente de la finalidad de certeza innata a todo precedente. Es lo que en su día y a modo de ejemplo sucedió con los amparos previsionales tramitados bajo criterios de tutela extensiva y que tras la creación del precedente recaído en el Expediente N° 01417-2005-PA/TC (Caso: Manuel Anicama Hernández) y su aplicación inmediata fueron desestimados de plano, sin interesar los años de litigio que tuvieron que padecer los litigantes hasta su llegada al Tribunal Constitucional y por sobre todo, la situación especialmente sensible en la que los mismos, en atención a su edad y condición económica, se encontraban.

Lo contradictorio del caso es que, así como el Colegiado ha tenido este tipo de pronunciamientos, en los que no ha reparado en lo arbitrario que puede resultar la aplicación retroactiva del precedente, en otros supuestos, ha sucedido exactamente lo contrario. Prueba de ello lo ha sido, en su momento, la aplicación del precedente recaído en el Expediente N° 4650-2007-PA/TC (Caso: Cooperativa de Ahorro y Crédito de Sub-Oficiales de la Policía Nacional del Perú “Santa Rosa de Lima LTDA”) que estableció como requisito de procedibilidad en los contra amparos laborales, la regla de reposición previa del trabajador beneficiado con una sentencia constitucional así como la eventual sanción económica en los casos de desestimatoria de la demanda²⁴. Que sepamos, el Tribunal Constitucional no aplicó de inmediato estas reglas a los procesos de contra amparo que se encontraban en trámite al momento en que nació dicho precedente, sino que distinguió con prudencia que su aplicación, en tanto implica nuevas cargas (y por tanto restricciones), se aplica para los amparos contra amparos que recién se iniciaron con su puesta en vigencia (Cfr. por ejemplo, las ejecutorias recaídas en los Expedientes. N° 03940-2010-PA/TC –Caso: Gobierno Regional del Callao– y N° 03941-2010-PA/TC –Caso: Gobierno Regional del Callao–).

264

En suma y aun cuando una sana lógica impone que la aplicación retroactiva del precedente, no debería ser de recibo en los casos que suponga un perjuicio, preocupa que el Tribunal Constitucional, no tenga hasta la fecha una idea muy clara de lo que representa este problema y que, al revés de ello, lo maneje con una discrecionalidad, hartamente discutible.

Convendría esperar, ahora que se han instituido los precedentes judiciales en materia constitucional, si el Poder Judicial, una vez que haga uso de los mismos, proporciona clarinadas sobre esta interesante, aunque hasta ahora poco comprendida, problemática.

Tal vez una buena pauta al respecto lo deba constituir la regla que con acertado criterio estableció en su momento el inciso 2) del Artículo VI del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27,444 que, con relación a los precedentes administrativos, reconoció que

²⁴ Este precedente, por cierto, ha sido retocado algunos años después, de acuerdo con lo establecido en el Expediente N° 1278-2018-PA/TC (Caso: Textiles Camones S.A.).

aunque estos puedan *modificarse* “La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuese más favorable a los administrados”.

d) El precedente vinculante puede ser cambiado o dejado sin efecto por el Tribunal Constitucional o por el Poder Judicial, según el ámbito propio de las competencias de cada órgano y siempre que se motive adecuadamente la decisión

En la medida en que el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial son los generadores indiscutibles del precedente en materia constitucional, resulta evidente que solo pueden ser los mismos los únicos legitimados para decidir por su cambio o su eventual desaparición²⁵.

Conviene al respecto recordar que la concepción de precedente que manejamos en el Perú, es la de una regla invulnerable que no admite que órganos distintos a los que la crearon, puedan discutir sobre sus alcances. Esta, en otras palabras, se ha hecho para ser cumplida sin que sea posible su desacato. En todo caso, la llamada inaplicación del precedente (que es muy distinta al desacato) no significa una inobservancia del precedente, sino más bien su observancia estricta sobre la base de su correcta interpretación, distinguiendo con sensatez dónde se aplica y dónde no.

265

Ahora bien, el hecho de que el precedente en materia constitucional, sea vinculante en los términos en que anteriormente se ha señalado, no supone que dicha característica opere de manera radical para el Tribunal Constitucional o en su caso para el Poder Judicial dentro de cada uno de sus respectivos ámbitos. Aunque cada uno de estos órganos se encuentran vinculados por lo que en su momento establecieron y evidentemente deben observar sus propios precedentes para sí mientras no decidan expresamente lo contrario, es pertinente reparar en la formula por la que ha optado el Nuevo Código Procesal Constitucional y que en buena medida ya había sido auspiciada en el Código Procesal Constitucional del 2004. Según esta última la decisión de un eventual apartamiento, modificación o supresión del precedente, tanto en el caso del Tribunal Constitucional como en el caso del Poder Judicial respecto de lo que ellos mismos establecieron, no significa que pueda ejercerse de la forma en que a cualquiera de ambos órganos se le ocurra,

²⁵ Sobre el cambio o apartamiento del precedente y los contextos que lo justificarían puede verse: Ramírez Sánchez, F (2016). *La técnica del precedente constitucional vinculante y las formas de apartamiento*. En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. N° 97. Enero. pp. 43-46.

sino que se encuentra decididamente condicionada al principio de motivación resolutoria. Quiere esto decir que cualquier cambio de precedente solo será posible en la medida en que el Tribunal Constitucional o en su caso el Poder Judicial justifiquen las razones de su decisión.

En el escenario descrito, capital importancia reviste entonces el conocer a qué tipo de motivación nos estamos refiriendo cuando hablamos de la capacidad de innovación de un precedente.

Al respecto, creemos no equivocarnos en señalar que cuando se establece como requisito de un eventual cambio de precedente, el factor motivación, no es porque simplemente se le esté imponiendo al órgano creador, la idea de una formal argumentación basada en su propia *auctoritas* o en la posición institucional que ocupa en el esquema constitucional (Supremo interprete de la Constitución en el caso del Tribunal, máxima instancia judicial en el caso del Poder Judicial). En realidad, se trata de algo mucho más importante que una simple exigencia formal. Si las razones que llevaron a crear al precedente fueron especialmente relevantes en atención al caso que se conocía, igual de relevantes, según entendemos, tendrían que ser las razones que conduzcan a su eventual retoque o sustitución.

266

Motivación definitivamente sí, pero ciertamente no cualquier motivación. Para que el cambio o apartamiento sea una opción no reprochable en términos jurídicos, tendría que ser una tipo cualificado, en otras palabras, una donde impere una alta dosis de calidad argumental traducida en un elenco bastante selecto de razones poderosas a la par que persuasivas que conduzcan a demostrar el porqué de la inutilidad o desfase del precedente que se pretende sustituir.

Siendo este el mensaje central con el que asumimos los alcances de un eventual cambio en los precedentes, convendría contrastar nuevamente, la experiencia con la que se cuenta en la materia. En este contexto y habida cuenta que aún no se conoce como pueda desenvolverse en su momento el Poder Judicial, es básicamente la experiencia del Tribunal Constitucional la que nuevamente conviene traer a colación.

Sobre este último extremo creemos no equivocarnos en señalar que por lo menos y si nos atenemos a los contadísimos casos en los que se ha

producido cambio de precedente en nuestro medio, no necesariamente hemos podido observar, una escrupulosa e irreprochable técnica al momento de justificar la decisión. Al hecho de que un pleno de Magistrados, le haya querido enmendar la plana a otro grupo de magistrados, se han terminado añadiendo razones de lo más opinables.

Uno de los más comentados casos de cambio de precedente que se dio en nuestro medio operó a raíz de la sentencia recaída en el Expediente N° 03908-2007-PA/TC (Caso: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional. Provías Nacional), la misma que a su turno dejó sin efecto uno de los dos precedentes en su día establecidos mediante la ejecutoria recaída en el Expediente N° 04853-2004-PA/TC (Caso: Dirección Regional de Pesquería de la Libertad). Esta última sentencia, como se recuerda, había incorporado como precedentes, no solo a las reglas que sustentan el modelo procesal conocido como amparo contra amparo, sino que, a su vez, había previsto un recurso de agravio constitucional mediante el cual se permitía la defensa del precedente constitucional vinculante en los supuestos de desconocimiento o transgresión del mismo por conducto de sentencias constitucionales estimatorias expedidas por el Poder Judicial.

267

Para ser consecuentes con la verdad, la ejecutoria recaída en el Expediente N° 04853-2004-PA/TC siempre tuvo defensores y detractores, no tanto por el lado del amparo contra amparo, donde al margen de algunas discrepancias académicas, se observó un cierto mayor consenso alrededor de su necesidad, sino por el lado del recurso de agravio constitucional y la utilización que en su momento se le pretendió otorgar. Sobre este último extremo se detectó desde un inicio una fuerte polémica, pues a juicio de diversos doctrinarios, no parecía una formula tan escrupulosamente consecuente con el texto constitucional, si nos atenemos a lo previsto por el artículo 202, inciso 2) de la norma fundamental cuyo texto habla de resoluciones denegatorias y no de estimatorias tal y cual lo pretendía el citado precedente. Nosotros mismos, en aquella época, abogamos por una técnica de defensa del precedente por conducto del amparo contra amparo antes que por vía del recurso de agravio constitucional²⁶. Pensamos entonces (al igual que ahora) que no nos equivocábamos en este específico aspecto.

²⁶ Cfr. Sáenz Dávalos, L. (2007). *Los nuevos derroteros del amparo contra amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Cambios y perspectivas a la luz de una reciente ejecutoria)*. En Sáenz Dávalos, Luis (Coordinador) (2007). *El Amparo contra Amparo y el Recurso de Agravio a favor del Precedente*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional. (03). Palestra Editores S.A.C. pp. 77 y ss.

El hecho, sin embargo, es que pese a encontrarnos persuadidos en la posición descrita, difícilmente nos atreveríamos a suscribir la sentencia recaída en el Expediente N° 03908-2007-PA/TC, no porque no haya sido legítimo cambiar el precedente, sino básicamente por el tipo de argumentación utilizada y que, como se recuerda, se concretizó en dos razones muy específicas a) el precedente que estableció un recurso de agravio constitucional como fórmula destinada para su defensa procesal fue fruto de una imposición doctrinal asumida por los Magistrados Constitucionales que lo generaron, y b) el precedente constitucional no fue creado de manera acorde con los requisitos que tiene establecidos nuestra jurisprudencia, careciendo por consiguiente de todo valor.

Decir que un precedente ha sido fruto de una imposición doctrinaria, proveniente de un grupo de magistrados, no parece muy elegante que digamos y antes bien, constituye más una descalificación académica o personal que un verdadero e indiscutible alegato en pro de un cambio que se entienda como necesario.

268

Entendemos que si el Tribunal Constitucional integrado por un determinado grupo de magistrados, disiente de la posición asumida por quienes fueron sus predecesores, no tiene nada de extraño ni menos discutible que opte por darle un giro diferente a algunas de sus perspectivas jurisprudenciales. Pero para hacerlo no necesita minimizar académicamente a nadie. Es suficiente con exponer las razones por las que el precedente que se pretende cambiar resulta cuestionable y a su turno, argumentar en pro de las nuevas reglas que se pretenden crear. La descalificación académica, en otras palabras, no es ningún argumento ni mucho menos razón cualificada para este tipo de decisiones, pues nadie tiene la varita mágica como para decidir que tal o cual posición en Derecho, es la única posible. Con la lógica manejada por el Tribunal, vía la sentencia comentada, también podría ser descalificado por magistrados distintos, so pretexto de una nueva composición del Colegiado.

La segunda razón que se nos proporciona en la ejecutoria comentada, es todavía mucho más polémica. Según la misma, el precedente que establece el recurso de agravio contra estimatorias, no se encontraba dentro de ninguno de los supuestos que legitiman la generación de un precedente y que, según afirma, se concretizan en a) la existencia de interpretaciones contradictorias,

b) la comprobación de interpretaciones erróneas (equivocadas) en torno de alguna norma, c) la existencia de vacíos legislativos, d) la presencia de interpretaciones alternas sobre una misma norma, e) la necesidad de cambiar un precedente vinculante²⁷.

Si efectivamente fuese cierto que para generar un precedente como el cuestionado recurso de agravio respecto de estimatorias, hubiese que encontrarse en cualquiera de las hipótesis mencionadas, con la misma lógica tendría que haberse dejado sin efecto el otro precedente creado por la sentencia recaída en el Expediente N° 04853-2004-PA/TC, esto es, el que regulo las reglas del amparo contra amparo. Lo que es más sorprendente aún, se tendría que dejar sin efecto, la casi totalidad de precedentes constitucionales creados por el Tribunal Constitucional que, si somos consecuentes con la verdad, tampoco nacieron precisamente porque se encontraran dentro del repertorio de alternativas a las que se refiere su jurisprudencia²⁸.

La motivación utilizada es pues en este caso, incoherente, y refleja a las claras, la voluntad de un Tribunal que se esfuerza por encontrar pretextos para cambiar la jurisprudencia, sin percatarse demasiado de su propia solidez argumental.

269

No estamos diciendo por cierto y vale la pena aclararlo, que no haya podido el Colegiado cambiar sus precedentes allí donde resulte inevitablemente necesario. Simplemente hacemos hincapié en que, de procederse de dicha forma, debería haberse apelado a una motivación especialmente cualificada. Dicho objetivo, sin embargo, y a la luz de casos como el que aquí se ha descrito, evidentemente no fue alcanzado.

Habrà de esperarse en el futuro que el Tribunal Constitucional corrija esta deficiente práctica y sobre todo habrá de esperarse que el Poder Judicial

²⁷ Es curioso que el Tribunal invoque como supuestos para generar un precedente solo a cinco hipótesis, sin percatarse que conforme a la sentencia en la que pretende respaldarse (Exp. N° 3741-2004-PA/TC, Caso: Ramón Salazar Yarlenque) también se menciona como típico escenario generador de un precedente, a la existencia de conductas inconstitucionales que, a pesar de reclamarse de manera individual, vengán generando efectos sobre un numero amplio o indeterminado de personas.

²⁸ Un detalle curioso es que esta misma argumentación, ya de por si defectuosa, fue utilizada años después, para dejar sin efecto el precedente recaído en Expediente N° 3741-2004-PA/TC (Caso: Ramón Hernando Salazar Yarlenque) a través del Expediente N° 4293-2012-PA/TC (Caso: Consorcio Requena).

no la tome como ejemplo a seguir ahora que cuenta con la facultad de crear precedentes vinculantes en materia constitucional.

Un aspecto adicional que asimismo conviene anotar y que en cierta medida ya lo hemos anticipado anteriormente radica en precisar que aunque en el modelo del Código Procesal Constitucional son dos los órganos con capacidad para crear precedentes con incidencia constitucional y por ende, con facultades para proceder a su eventual apartamiento, ello no significa que el Poder Judicial por lo menos como regla pueda apartarse de los precedentes del Tribunal Constitucional.

Ya hemos señalado y ahora lo volvemos a reiterar que mientras el precedente del Tribunal Constitucional vincula de manera absoluta a todos los poderes públicos, incluido el Poder Judicial, el precedente del Poder Judicial no puede vincular al Tribunal Constitucional debido a la condición que ostenta este último como Supremo Intérprete de la Constitución. En tales circunstancias, el Poder Judicial deberá seguir a través de sus precedentes lo que el Tribunal Constitucional pueda establecer a través de los suyos, salvo y como ya lo hemos mencionado que nos encontremos con supuestos de suyo excepcionadísimos en los que la postura del Tribunal colisione abiertamente con lo establecido por la Constitución, con los tratados internacionales o con la jurisprudencia internacional expedida conforme a ellos²⁹.

e) El procedimiento de aprobación de los precedentes del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial se ajusta a las características de los colegiados que los conforman

En tanto el Nuevo Código Procesal Constitucional ha regulado en paralelo la forma como se aprueban, modifican o suprimen los precedentes que pueda emitir el Tribunal Constitucional y lo propio en relación con los precedentes que corresponden al Poder Judicial, es pertinente hacer una breve o elemental referencia del tema.

En este extremo, lo primero que habría que descartar es la errónea o distorsionada versión sostenida por algunos sectores en el sentido de que el legislador habría privilegiado al Poder Judicial en desmedro del Tribunal

²⁹ Ibidem cit. 18.

Constitucional, por exigir un mínimo de cuatro votos en el primer caso y de cinco en el segundo. Quienes alegan tal aseveración parecen no haber reparado que mientras las salas supremas del Poder Judicial (incluidas las constitucionales) están conformadas por cinco Jueces Supremos, el pleno del Tribunal Constitucional está constituido por un total de siete Magistrados.

El equivalente o porcentaje en cada caso si de conformación colegiada se trata equivale en rigor a una mayoría supercalificada en el caso del Poder Judicial (80 %) y solo calificada en el caso del Tribunal Constitucional (71.42 %). Por otra parte, y tal vez sea lo más importante, mientras que el precedente judicial posee un ámbito vinculatorio bastante extenso, no es absoluto, como en su momento ha sido explicado, mientras que el precedente del Tribunal Constitucional ostenta un ámbito de obligatoriedad que abarca sin disputa a la totalidad de poderes públicos (incluido el Poder Judicial) además de los propios sujetos privados.

No hay pues un tratamiento que pueda juzgarse irrazonable, sino exigencias numéricas legítimamente establecidas en atención a la naturaleza y peculiaridades de la institución que se pretende establecer.

271

V. SUPUESTOS PARA GENERAR UN PRECEDENTE VINCULANTE EN MATERIA CONSTITUCIONAL

Aunque varios de los aspectos vinculados al precedente vinculante en materia constitucional han sido directamente analizados por el Nuevo Código tal y cual ha sido puesto de manifiesto, existen algunos otros en los que, por el contrario, se ha guardado absoluto silencio. Ello ha sido especialmente evidente en el caso de los supuestos que permitirían generar un precedente. El Código vigente, al igual que su predecesor del 2004, simplemente no dice nada.

En este contexto y siendo vital el conocer en función a que razones se podría echar mano de una técnica como la que aquí estudiamos, nuestra jurisprudencia, ante el silencio normativo, ha optado por irlos estableciendo enunciativamente.

Cabe al respecto puntualizar que si bien, no siempre existió uniformidad en atención a cuántos y cuáles serían esos criterios³⁰, la jurisprudencia se ha decantado hasta la fecha por un total de seis. A su explicación, nos dedicamos inmediatamente.

a) Contradicciones jurisprudenciales.

Situación que aconsejaría la creación de un precedente constitucional, se produciría si tras revisar los desarrollos jurisprudenciales establecidos por el Supremo Interprete de la Constitución o en su caso, por las Salas de la Corte Suprema, se constata la existencia de posiciones virtualmente contrapuestas sobre determinados temas.

En efecto, a diferencia del Poder Judicial, donde la eventual existencia de jurisprudencia contradictoria, se explica muchas veces, en la particular estructura descentralizada que asumen sus cortes superiores (organizadas en diversos distritos judiciales), en el caso del Tribunal Constitucional, la situación es todavía mucho más grave, pues se trata de un solo órgano de Justicia, donde se presume, no deberían darse contradicciones en las líneas jurisprudenciales.

Aceptar que un determinado grupo de casos pueden ser resueltos de manera distinta, no obstante la manifiesta identidad en los mismos o en los problemas que aquellos plantean, supondría en puridad la quiebra o desconocimiento de diversos valores jurídicos (la igualdad, la seguridad jurídica o la propia predictibilidad de los fallos). La técnica del precedente intenta precisamente evitar dicho estado de cosas fomentando, vía reglas

³⁰ En efecto, en un inicio y mediante la Sentencia recaída en el Exp. N° 024-2003-AI/TC (Caso: Municipalidad Distrital de Lurín) se establecieron un total de cinco supuestos para establecer un precedente. Posteriormente y mediante la Sentencia emitida en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC (Caso: Ramón Salazar Yarlenque) se optó por mencionar sólo cuatro supuestos (curiosamente se omitió mencionar dos de los supuestos ya reconocidos, mencionándose en cambio uno nuevo). Sin embargo y a través de la ejecutoria recaída en el Exp. N° 3908-2007-PA/TC (Caso: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional) se validó nuevamente a los cinco supuestos mencionados en la sentencia primigenia a los efectos de generar un precedente constitucional vinculante. La conclusión, es que si efectuamos una lectura conjunta de estas tres ejecutorias, como de otras mucho más recientes, ratificaremos que son seis (y no cinco, ni cuatro), los referentes de hecho que permiten establecer un precedente constitucional vinculante.

construidas ex profeso, que las causas en esencia similares respondan o se canalicen en una misma línea o vertiente jurisprudencial.

En la medida en que el Nuevo Código atribuye la generación de precedentes tanto al Tribunal Constitucional como al Poder Judicial, sería este supuesto uno de los más recurrentes a la hora de optar por el uso de tan importante herramienta.

b) Interpretaciones erróneas de una norma.

Otro de los escenarios donde a menudo suele aconsejarse la generación de un precedente constitucional, se presenta en aquellos supuestos en los que una norma constitucional, o integrante del bloque de constitucionalidad, venga siendo objeto de interpretaciones judiciales erróneas, es decir, de interpretaciones equivocadas o que no respondan al espíritu o la letra de la Constitución como norma suprema del Estado.

Evidentemente la hipótesis es aquí muy clara. Si una norma admite más de una opción interpretativa y el Tribunal constata que algunas de tales opciones interpretativas desnaturaliza el mensaje subyacente contenido en la misma, se hace necesario delimitar sus alcances y, por consiguiente, proscribir todas aquellas variantes de interpretación que no se compadezcan con el referido mensaje.

273

En tales circunstancias, la manera como habrá de prevalecer la interpretación adecuada de la norma, frente a otras susceptibles de descartarse será vía precedente. Este último, será quien imponga la única forma en que dicha norma podrá ser interpretada, excluyendo a la par cualquier otra lectura de la misma.

c) Vacíos legislativos.

Definitivamente uno de los contextos más recurrentes donde se hace pertinente la generación de un precedente constitucional, se presenta en todos aquellos escenarios donde la Constitución o algún sector del ordenamiento refleja insuficiencias o inconsistencias producto de vacíos o defectos en su propia configuración.

Como es bien sabido, no todo puede ser previsto por el legislador, sea porque éste no imagino el enfoque frente a una determinada situación, sea

porque consciente o deliberadamente renunció a una determinada forma de regulación. En uno u otro supuesto, la consecuencia resulta inevitable cuando las situaciones se presentan y el derecho positivo no otorga respuestas. El silencio bajo tales circunstancias se transforma en fuente de injusticia o expresión de manifiesta arbitrariedad.

A veces ocurre algo distinto. El legislador sí quiso encarar una determinada situación, pero lo hizo con tal desgano o desinterés, que el resultado final, lejos de coadyuvar a un adecuado enfoque del tema o materia normativizada, termina complicando las cosas, sea por deficiencia de lo regulado, sea por excesos en la regulación. La injusticia, nuevamente aparece como aspiración desprovista de tutela por conducto de la ley.

Precisamente para evitar que las fisuras del propio ordenamiento al igual que las responsabilidades no asumidas por el legislador, continúen generando perjuicios, el precedente aparecerá como herramienta de obligada recurrencia. Lo que este último prevea, cumplirá un rol integrador difícilmente cuestionable, pues si el legislador no asume sus responsabilidades o estas resultan deficitarias en su ejercicio, la jurisprudencia con toda legitimidad resultará un sustituto eficaz.

d) Interpretaciones alternas de una norma.

No muy frecuente esta cuarta hipótesis, resulta, sin embargo, de lo más interesante.

En rigor se presenta cuando una norma jurídica admite varias opciones interpretativas, sin embargo, del cotejo de cada una de las mismas, se comprueba que todas ellas, al margen de sus particularidades y características, terminan siendo compatibles con la Constitución.

A diferencia de los casos vinculados a interpretaciones erróneas donde una misma norma es interpretada de manera inconstitucional, obligando a que a través de un precedente se imponga la interpretación considerada correcta, en el caso de las interpretaciones alternas la figura es diferente. No se trata de asumir como inconstitucionales las interpretaciones existentes para una norma, ya que por principio resultan todas ellas compatibles con la Constitución, se trata de privilegiar aquella interpretación que de mejor

manera consolide los valores constitucionales o haga más operativo el mensaje constitucional.

El precedente bajo tales circunstancias no será pues una regla de invalidación interpretativa, sino de plena optimización en favor de un determinado tipo de interpretación, en este caso, de la más identificada o consecuente con el esquema constitucional.

e) Conductas inconstitucionales con efectos generales.

Otra de las hipótesis que se ha considerado como propicia en la generación de precedentes vinculantes se presenta en aquellos casos en los que se aprecia que una conducta individualmente considerada como inconstitucional, termina afectando a un número bastante amplio de personas.

La situación descrita, suele presentarse cuando tras conocerse de un proceso de tutela de derechos (habeas corpus, amparo, habeas data, cumplimiento) normalmente de interés sólo para quienes lo promueven, se constata sin embargo, que la conducta inconstitucional (sea un acto, una omisión o una amenaza) incide, no sólo sobre la esfera de intereses de quien promovió la respectiva demanda, sino sobre la de un universo bastante amplio de personas, quienes paralelamente y por su parte, vienen formulando reclamos similares ya sea ante el Tribunal Constitucional, ante el Poder Judicial o ante la propia sede administrativa.

275

Naturalmente bien podría suceder que el Supremo Colegiado, consciente de que tiene muchos expedientes sobre el mismo tópico, opte por resolver todos ellos de modo separado, no obstante, la similitud de las respuestas dispensadas. Sin embargo, la experiencia jurisprudencial enseña, que si las cosas resultan del modo descrito, no tienen sentido emitir un número indeterminado de sentencias gemelas o francamente repetitivas. Sería preferible y así lo ha demostrado la práctica, optar por la generación de un precedente constitucional, previa declaración de un estado de cosas inconstitucionales. El precedente de esta forma será la respuesta única para los casos que puedan ser conocidos.

f) Necesidad de cambio de precedente.

Ya hemos indicado en otro momento que es perfectamente legítimo el cambio de precedente constitucional, siempre que dicho cambio se encuentre adecuadamente fundamentado por parte del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la mejor manera de revestir de trascendencia a la decisión de cambio, entendemos que debe ser respaldada por la asunción de un nuevo precedente, el mismo que indicará cuáles serán los derroteros o las reglas diseñadas en adelante. Naturalmente esto no significa que todos los precedentes que quedan sin efecto, terminen con otro precedente, pero sí una buena manera de generar certezas en el giro de la propia jurisprudencia.

No debe olvidarse por lo demás que el cambio puede suponer o que el precedente que existía queda totalmente sin efecto o que el precedente que venía rigiendo de una manera, ahora va a regir de otra. En uno u otro caso, pero sobre todo en el primero, es conveniente que el Tribunal precise como es que en adelante serán las cosas. De lo contrario los problemas jurídicos en torno de aquellas situaciones que el precedente derogado establecía, aparecerán como una constante inevitable.

276

VI. LA POSICIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO.

Uno de los temas sobre los que siempre se ha discutido, pero poco se ha esclarecido, es el relativo a la posición que ocupa el precedente constitucional dentro del sistema de fuentes del Derecho. A esta falta de esclarecimiento también ha contribuido la ausencia de un adecuado enfoque normativo, pues es un hecho que ni el Nuevo Código Procesal Constitucional ni tampoco su predecesor quisieron abordarlo de forma precisa.

Algunos distinguidos colegas le otorgan un carácter cuasiconstitucional en el entendido de que aquellos representarían una concretización de la voluntad constitucional expresada en el parecer del órgano jurisdiccional que opta por crearlo (sea este último el Tribunal Constitucional, sea en cambio el Poder Judicial). Otros, por el contrario, prefieren ubicar la posición del precedente constitucional en el mismo nivel que el de una simple ley, con lo

cual, y de modo implícito estarían aceptando la posibilidad de su modificación o incluso derogación, por conducto de esta última.

Desde nuestro punto de vista, la primera postura nos parece interesante pero no por ello necesariamente correcta pues la lógica de los precedentes constitucionales no es por lo menos en principio la de innovar la Constitución, a menos que evidentemente nos encontremos ante un supuesto de franca e inobjetable mutación por vía interpretativa³¹, lo que si bien tampoco es ilegítimo (hay muchas cortes constitucionales que así lo demuestran), de alguna manera rebasaría el rol de lo que representa un precedente que, como antes se ha señalado, sólo es el de aparecer como regla o conjunto de reglas para resolver cierto tipo de casos o controversias con determinadas características.

Pero tampoco nos persuade en lo absoluto la tesis de que los precedentes estén solo al nivel de la ley pues de ser así, la teoría de que los precedentes constitucionales vinculan a todos los poderes públicos quedaría virtualmente pulverizada. Bastaría un simple mandato del legislador para que la sentencia que lo instituye quede absolutamente desairada cuando no evidentemente ridiculizada.

277

Definitivamente hay algo en el precedente constitucional que lo posiciona muy por encima de la ley y es la de servir de parámetro para resolver diversos casos ante la manifiesta o clamorosa insuficiencia o incluso injusticia evidenciada por el legislador ordinario, siempre que dicho parámetro se encuentre sustentado en el propio mensaje constitucional.

De esta forma, tampoco estamos por quienes deslegitiman al precedente constitucional pues este último en buena medida relativiza lo que pueda hacer el Congreso y en general cualquier poder público por lo menos como regla. Consecuencia de ello, su posición siempre estará por encima de la ley³² aunque al mismo tiempo –y salvo excepciones- por debajo de la Constitución.

³¹ Un supuesto de este tipo lo tendríamos configurado en el marco de lo resuelto en la antigua ejecutoria recaída en el Exp. N° 3361-2004-PA/TC (Caso: Jaime Amado Alvarez Guillen) que, como se recuerda, abogó por la no aplicación de la prohibición contenida en texto original que tenía el artículo 154 inciso 2) de la Constitución Política del Estado y que prohibía el reingreso de los magistrados no ratificados por el antiguo Consejo Nacional de la Magistratura (actualmente Junta Nacional de Justicia).

³² En sentido similar García Belaunde, D. & Eto Cruz, G. (2010). Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Perú. En: Eto Cruz, G. (Coordinador) (2010). *La Sentencia Constitucional en el Perú*. Centro de Estudios Constitucionales. Tribunal Constitucional. pp. 77-78.

En el contexto descrito debe quedar totalmente esclarecido que a pesar de que los precedentes constitucionales tengan un indudable valor eso no significa ni debe entenderse como que los mismos puedan apuntar hacia cualquier cosa en cuanto a lo que por su contenido puedan llegar a establecer. Aquellos necesariamente deben ser respetuosos de la propia Constitución, de los tratados internacionales de Derechos humanos o de la jurisprudencia internacional establecida conforme a estos últimos. De darse un supuesto contrario, no sólo el órgano jurisdiccional que no participo en su creación, sino el propio Congreso, bien podrían optar por una postura distinta, en la lógica de fortalecer la coherencia con la que se maneja el propio sistema constitucional y su elemental esquema de razonamiento.

Entendemos que una hipótesis como la descrita es la que ha ocurrido en fecha relativamente reciente tras la dación del Nuevo Código Procesal Constitucional del 2021, cuyo Artículo 24 representa una clara reacción contra el conocido y tan debatido precedente vinculante recaído en el Exp. N° 0987-2014-PA/TC (Caso: Lilia Vásquez Romero) y que, como todos sabemos, estuvo precedido de una fuerte polémica sobre su presunta inconstitucionalidad al establecer una serie de restricciones en el acceso al Tribunal Constitucional mediante la creación de la llamada “Sentencia Interlocutoria Denegatoria”³³.

En resumen, la fortaleza o posicionamiento del precedente esta pues fuera de todo cuestionamiento e incluso y como luego se verá la necesidad de protegerlo frente a un eventual desconocimiento o desacato, más su legitimidad reposará en utilizarse de manera decididamente compatible con la Constitución, pues es esta en el fondo la norma suprema del Estado y la que por una razón u otra establece los cauces de actuación de cada poder público.

³³ Cfr. Sáenz Dávalos, L. & Roel Alva, L. (2016). *El Tribunal Constitucional Peruano durante los años 2014 y 2015: Balance jurisprudencial*. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. N° 20, pp. 602-605.

VII. LA DEFENSA PROCESAL DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE. DEL RECURSO DE AGRAVIO A FAVOR DEL PRECEDENTE AL AMPARO CONTRA AMPARO.

Que el precedente constitucional vinculante debe ser adecuadamente tutelado en caso de desconocimiento, no cabe la menor duda, la discusión en todo caso se centra en saber cómo es que debe proceder dicha eventual tutela.

Hace algunos años y en el contexto de la sentencia recaída en el Expediente N° 4853-2004-PA/TC (Caso: Dirección General de Pesquería de la Libertad) el Tribunal Constitucional optó por crear, vía precedente, una modalidad de especial de protección consistente en habilitar el recurso de agravio constitucional para dicho propósito con el añadido “especial” de que dicho medio impugnatorio procedía, específicamente, respecto de sentencias constitucionales estimatorias.

Esta toma de posición defendida en su día por algunos juristas, fue sin embargo y como se ha señalado anteriormente, duramente criticada por un grueso sector de la doctrina que la entendió como abiertamente inconstitucional en la lógica de que desnaturalizaba el modelo de acceso al Tribunal Constitucional que, como es bien sabido, sólo permite el uso del consabido medio impugnatorio respecto de sentencias o resoluciones de carácter desestimatorio.

En lo personal y como en algún momento lo sostuvimos, creemos que dicha fórmula resultaba hartamente perniciosa pues colocaba al juez o instancia judicial a la que se acusaba de supuesta vulneración de los precedentes, en la dura tarea de tener que demostrar ante el Tribunal Constitucional que la citada transgresión, no había sucedido en realidad.

Nadie está diciendo por cierto, que el Tribunal no pueda conocer eventualmente o algún momento de casos en los que sus precedentes hayan sido desacatados, pero eso de que lo haga en instancia única y directa, con magistrados directamente acusados de tamaña irregularidad y sin la posibilidad de mayor debate probatorio, si nos parece un exceso, pues la práctica ha demostrado que cuando el Tribunal ha tenido que asumir dicho rol no ha sido muy objetivo (o francamente acertado) que digamos.

Aún está fresca en la memoria la recordada ejecutoria recaída en el Expediente 006-2006-PC/TC (Caso: Poder Ejecutivo Vs. Poder Judicial) y que fue resultado de una controversia en la que precisamente se cuestionaba la existencia de una innumerable cantidad de sentencias constitucionales emitidas por el Poder Judicial fundamentalmente por considerarlas violatorias del precedente constitucional vinculante recaído en el Exp. N° 4227-2005-PA/TC (Caso: Royal Gaming S.A.C.). La demandante por entonces, peticionaba la nulidad de todas estas sentencias y lo hacía ni más ni menos que por vía de proceso competencial³⁴.

El problema no es que no hayan existido sentencias con la citada característica (anti precedente) y respecto de las cuales algo evidentemente tenía que hacerse, el problema es que el Tribunal Constitucional, en este caso, utilizó una vía procesal absolutamente impertinente para dicho propósito. Lo que es más grave aún, dispuso la nulidad de una innumerable cantidad de sentencias constitucionales, sin reparar que muchas de aquellas ejecutorias cuya nulidad decretaba, eran de fecha totalmente anterior al antes citado precedente.

280

Por simple y elemental raciocinio común, parece difícil de aceptar que se acuse a un juez o a una Sala del Poder Judicial de transgresores de un precedente cuando tal precedente no había sido aún establecido o aquel simplemente no existía.

Pero el Tribunal no reparó en este hecho tan elemental. A su juicio, todas las sentencias constitucionales que se cuestionaban eran inconstitucionales, todas resultaban anti precedente y por consiguiente, todas ellas debían desaparecer del mundo jurídico. Y todo esto lo hizo, por cierto, sin tener a la mano ningún expediente constitucional, esto es, sin tener a su disposición ninguno de los autos de donde derivaban dichas sentencias (probablemente porque se trataba de un proceso competencial). Sólo así se explica, el que se haya nulificado sentencias al margen de la fecha en que fueron emitidas.

³⁴ Cfr. García Belaunde, D. (Coordinador). (2008). *¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial*. Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional. N° 4. Palestra Editores. pp. 7 y ss.

Desde nuestra perspectiva y a la luz de casos como el que aquí se describe, es bastante polémico que el Tribunal Constitucional termine siendo instancia única cuando de la defensa de los precedentes se trata. Creemos que es vital garantizar en mínimo debate y sobre todo un adecuado derecho de defensa respecto de las personas (normalmente Magistrados) a los que se acusa de desacato del precedente.

En tales circunstancias y acorde con lo que siempre sostuvimos, nos parece que la mejor manera de cumplir con tales objetivos, sin desmerecer en lo absoluto y antes bien garantizar la tutela del precedente, es por conducto de otro mecanismo, y este último no es otro que la vía del amparo contra amparo.

Ya hemos mencionado que esta opción es la que finalmente asumiría el Tribunal Constitucional tras la Sentencia recaída en el Exp. N° 3908-2007-PA/TC. No coincidimos con los fundamentos consignados en dicha ejecutoria, pero entendemos que esa y no otra era la vía más adecuada.

En las circunstancias descritas, ello significa, que quien actualmente se sienta perjudicado por el desacato o inobservancia de un precedente constitucional durante el curso o tramitación de un proceso constitucional, tendrá expedita la vía del amparo contra amparo³⁵. Aquel será el camino procesal a seguir y también la garantía, de que quienes sean emplazados con tal imputación, puedan defenderse a través de una vía que les permita alegar lo que a su derecho convenga.

281

Si finalmente y en última instancia conoce de dicho reclamo el Tribunal Constitucional, no será bajo la lógica de que no hubo contradictorio, sino bajo las garantías de que frente a una imputación grave, existirá un proceso debido.

VIII. APRECIACIONES CONCLUSIVAS

El reconocimiento que nuestro sistema jurídico ha realizado del precedente vinculante como técnica de fortalecimiento jurisprudencial, ha encontrado en el ámbito constitucional su principal espacio de desarrollo. Y

³⁵ Cabría preguntarse lo que sucede si el eventual desacato a un precedente del Tribunal Constitucional, se produce a instancias de lo decidido no por un juez constitucional durante el curso o tramitación de un proceso constitucional, sino por un juez ordinario durante la secuela o desarrollo de un proceso ordinario (civil, penal, laboral, contencioso administrativo, etc.). Creemos que en tales circunstancias la vía adecuada, sería (siempre y cuando se alegue vulneración correlativa a derechos fundamentales) la del amparo contra resoluciones judiciales.

sin duda ha sido importante su aporte en el enfoque dispensado a determinado tipo de casos.

Lo señalado no significa sin embargo que dicho instituto haya adoptado un modelo que pueda considerarse perfecto en todos sus aspectos. El desconocimiento de algunas de las peculiaridades que le son propias por naturaleza y que corresponden al modelo jurídico de donde proviene, han generado algunos yerros en la manera como se le ha utilizado. En este contexto, no ha sido de sorprender que el voluntarismo y entusiasmo excesivo, principalmente por parte del Tribunal Constitucional, haya hecho del precedente una herramienta necesaria para ciertas controversias, pero también errática para otras. Aun así, han sido muchos más sus beneficios que los eventuales inconvenientes y eso habla bien de su relevancia y de la necesidad de continuar perfeccionándolo.

En cualquier caso, el precedente constitucional sigue imponiendo retos que el legislador debe intentar prever. El Nuevo Código Procesal Constitucional, ha acertado en dotar al Poder Judicial de similar herramienta, en la lógica de fortalecer nuestro modelo de justicia dual o paralelo, pero ello también plantea importantes interrogantes que solo el tiempo y la práctica se encargaran de responder.

El camino a seguir es entonces interesante, pero aún faltan muchos tramos por recorrer. Esperemos que la jurisprudencia ya no solo del Tribunal Constitucional sino ahora también del Poder Judicial, se encuentren a la altura de las circunstancias.

Lima, diciembre del 2022.

REFERENCIAS

- Angeludis Tomassini, C. (2014). *El establecimiento del precedente judicial vinculante como manifestación de la idoneidad en el cargo de juez supremo*. Tesis de Maestría. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Borea Odría, A. (2000). *Evolución de las Garantías Constitucionales*. Editorial Fe de Erratas.

- Cairampoma Arroyo, A. (2014). La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano. En: *Derecho* (73). Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Carpio Marcos, E. (2005). ¿Aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional? En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 136, marzo. Gaceta Jurídica.
- Carpio Marcos, E. y Grández Castro, P. (Coord.). (2007). *El Precedente Constitucional (2005-2006) Sentencias, Sumillas e Índices*. Primera Edición. Palestra Editores;
- Castañeda Otsu, S. (Dir.). (2010). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Grijley.
- Castillo Córdova, L. (2008). La jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional. En: *Repositorio Institucional Pirhua*. Universidad de Piura
- Castillo Alva, J. & Castillo Córdova, L. (2008). *El precedente judicial y el precedente constitucional*. Ara Editores.
- Dyer Cruzado, E. (2015). *El precedente constitucional. Análisis cultural del Derecho*. Ara Editores.
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2006). El precedente constitucional: sus alcances y ventajas, los riesgos de no respetarlo o de usarse en forma inadecuada en la reciente coyuntura peruana. En: *Estudios Constitucionales*. Nro. 01. Año 4. Universidad de Talca
- Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2014). Notas sobre la configuración, uso y alcances de los precedentes por la administración y el INDECOPI en el Perú. En: *Precedentes y Normativa del INDECOPI en propiedad intelectual*. Serie Compendios Normativos (01). Ministerio de Justicia. INDECOPI.
- Gaceta Jurídica (2016). Especial: La fuerza vinculante del precedente constitucional. En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. Tomo 97, enero.

García Belaunde, D. (2001). *Derecho Procesal Constitucional*. Editorial Themis.

García Belaunde, D. (2002). ¿Existe el “leading case” en el derecho peruano? En: *Legal Express*, (13), enero.

García Belaunde, D. & Eto Cruz, G. (2010). Efectos de las Sentencias Constitucionales en el Perú. En: Eto Cruz, G. (Coordinador) (2010). *La Sentencia Constitucional en el Perú*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

García Belaunde, D. (2021). Los orígenes del precedente constitucional en el Perú. En: *Revista Peruana de Derecho Constitucional (Constitución y Naturaleza)*. N° 13. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional.

Guzmán Napurí, C. (2004). *La Administración Pública y el Procedimiento Administrativo General*. 1° Edición. Página Blanca Editores.

Morales Saravia, F. (2017). *Los precedentes vinculantes y su aplicación por el TC*. Gaceta Jurídica.

Morón Urbina, J. C. (2011). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Novena Edición. Gaceta Jurídica.

Peña Gonzales, O. (Coord.). (2012). *Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. APECC.

Quiroga León, A. y Chiabra Valera, M. C. (2009). *El Derecho Procesal Constitucional y los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. APECC.

Ramírez Sánchez, F (2016). La técnica del precedente constitucional vinculante y las formas de apartamiento. En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*. N° 97, enero.

- Reátegui Chávez, J. (2010). *El precedente judicial en materia penal*. Editorial Reforma SAC.
- Ruíz Riquero, J. H. (2021). *La teoría del precedente vinculante y la argumentación interpretativa constitucional de la jurisprudencia*. Grijley.
- Sáenz Dávalos, L. (2005). La aplicación en el tiempo del Código Procesal Constitucional. Algunas notas sobre un problema de interpretación recientemente planteado. En: Castañeda Otsu, S., Espinosa-Saldaña Barrera, E., Carpio Marcos, E. y Sáenz Dávalos L. *Introducción a los Procesos Constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Jurista Editores.
- Sáenz Dávalos, L. (2007). Los nuevos derroteros del amparo contra amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Cambios y perspectivas a la luz de una reciente ejecutoria). En: Sáenz Dávalos, Luis (Coordinador). *El Amparo contra Amparo y el Recurso de Agravio a favor del Precedente*. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional, (03). Palestra Editores.
- Sáenz Dávalos, L. (2014). El camino del precedente constitucional vinculante. En: *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, (83).
- Sáenz Dávalos, L. (2015). Artículo VII. Precedente. En: Salas Vásquez, P. *Código Procesal Constitucional Comentado*. Tomo I. Gaceta Jurídica.
- Sáenz Dávalos, L. & Roel Alva, L. (2016). El Tribunal Constitucional Peruano durante los años 2014 y 2015: Balance jurisprudencial. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 20.
- Sáenz Dávalos, L. (2021). Los cambios del esquema procesal constitucional en lo relativo al Título Preliminar y a las disposiciones generales aplicables a los procesos de tutela de derechos. En: *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (163), Julio.
- Sáenz Dávalos, L. (2021). El marco de relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial (Algunas ideas para fortalecer el modelo dual de Justicia Constitucional). En: Landa Arroyo, C. & Grández Castro, P. (Directores). *La construcción de la democracia y la*

garantía de los derechos. 25 Años del Tribunal Constitucional. Palestra Editores SAC. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Sáenz Dávalos, L (2022). La Doctrina Jurisprudencial Vinculante y su tratamiento por el Tribunal Constitucional. En: Crispín Sánchez, A. *Precedentes y Doctrina Jurisprudencial Vinculante del Tribunal Constitucional.* Gaceta Jurídica.

Tirado Barrera, J. (2010). El precedente administrativo y el cambio de criterio interpretativo en la Ley N° 27444, del Procedimiento Administrativo General. En: AA.VV. *Modernizando el Estado para un país mejor. Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo.* Palestra.

Tupayachi Sotomayor, J. (Comp.). (2014). *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú (Análisis y Doctrina Comparada).* Adrus.

Velezmoro Pinto, F. (2007). *Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional.* Editora Jurídica Grijley.

El precedente y el Derecho Convencional en el nuevo Código Procesal Constitucional

The precedent and Conventional Law in the new Constitutional Procedure Code

✍ LUIS CASTILLO CÓRDOVA¹

Resumen

El presente trabajo se centra en el precedente vinculante regulado por el nuevo Código Procesal Constitucional. Reconoce a la sentencia del Tribunal Constitucional como fuente del Derecho y como una norma constitucional adscripta a una norma constitucional estatuida por el Constituyente. Aborda la función interpretativa del Tribunal Constitucional para concretar normas abiertas estatuidas por el Constituyente que conforman el contenido constitucional de derechos fundamentales. Analiza la figura del precedente regulado en el nuevo Código Procesal Constitucional. Desarrolla, asimismo, la eficacia del Derecho Convencional constitucionalizado, en la que, entre otros aspectos, plantea una solución de la antinomia entre una norma constitucional de origen nacional y una de origen convencional.

287

Palabras clave

Nuevo Código Procesal Constitucional, precedente constitucional, Derecho Constitucional, Derecho Convencional.

Abstract

This paper focuses on the binding precedent regulated by the new Constitutional Procedure Code. It recognizes the judgment of the Constitutional Court as a source of Law and as a constitutional norm attached to a constitutional norm established by the Constituent Assembly. It addresses the interpretative function of the Constitutional Court to specify open norms

¹ Profesor ordinario principal en la Universidad de Piura. Consejero en Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

established by the Constituent Assembly that make up the constitutional content of fundamental rights. It analyzes the figure of the precedent regulated in the new Constitutional Procedure Code. It also develops the effectiveness of constitutionalized Conventional Law, in which, among other aspects, it proposes a solution to the antinomy between a constitutional norm of national origin and one of conventional origin.

Keywords

New Constitutional Procedure Code, constitutional precedent, Constitutional Law, Conventional Law.

Sumilla

I. INTRODUCCIÓN II. EL PRECEDENTE COMO REGLA JURÍDICA CREADA Y FORMULADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. III. LA EFICACIA DEL DERECHO CONVENCIONAL CONSTITUCIONALIZADO. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

Dos modificaciones tuve oportunidad de proponer a la Comisión parlamentaria de reforma del Código Procesal Constitucional, las mismas que finalmente fueron incorporadas al texto del Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPCConst.). Una de ellas tiene que ver con un elemento que singulariza al llamado precedente y que lo diferencia de la conocida como jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional. La otra está referida al derecho convencional constitucionalizado, en particular, a la manera cómo deben resolverse las antinomias entre el derecho constitucional nacional y el derecho constitucional de origen convencional. A presentar y explicar estas modificaciones destinaré la presente colaboración.

II. EL PRECEDENTE COMO REGLA JURÍDICA CREADA Y FORMULADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

A. Las sentencias del Tribunal Constitucional como fuente de derecho

Aunque más en la parte dogmática que en la orgánica, la Constitución está compuesta por mandatos abiertos que reclaman de concreción. Determinar la labor que el Constituyente lleva a cabo en relación a los derechos humanos, reclama necesariamente contar con un concepto de estos. Varios conceptos existen, aquí se sostendrá uno de tipo material, según el cual, los derechos humanos son el conjunto de bienes humanos esenciales debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición le depara grados de realización.²

Con base en esta definición será pacífico sostener que el Constituyente realiza dos labores en relación a los derechos humanos. Primera, reconoce el bien humano debido en la que consiste el derecho humano; para, segunda, regularlo de modo básico. En la primera labor se pone de manifiesto una voluntad constituyente declarativa, mientras que en la segunda se muestra una voluntad constituyente concretadora y, por ello, creadora de derecho.

289

El Constituyente lleva a cabo una labor de reconocimiento del derecho humano cuando se limita a mencionar el nombre del bien humano debido en el enunciado lingüístico en el que consiste la disposición constitucional. Este tipo de disposiciones dan como consecuencia normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa. En la medida que el bien humano debido hace a la esencia del derecho humano, lo que estas disposiciones mandan tiene que ver con el contenido esencial del derecho humano.

Así, por ejemplo, el Legislador constituyente ha reconocido (no creado) un derecho humano cuando ha declarado que “toda persona tiene derecho: (...) a la libertad personal” (artículo 2.24 de la Constitución). Desde este enunciado lingüístico es posible concluir la norma constitucional siguiente:

² Lo tengo justificado en: La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho. En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*; (16), año 2012. pp. 820-852.

N2.24CP: “Está ordenado asegurar/garantizar el contenido esencial del derecho humano a la libertad personal”.

Este tipo de normas estatuidas por el Constituyente, y que son de máximo grado de indeterminación normativa, reclaman ser concretadas para favorecer su plena eficacia. Normalmente, es el propio Constituyente el que inicia la labor de concreción. A él le siguen los intérpretes de la Constitución a través de las leyes y sentencias de desarrollo constitucional. La interpretación desplegada a través de estos canales tiene naturaleza normativa al menos por las dos razones siguientes.

Primera, porque se trata de una interpretación realizada en el ejercicio de la función pública y, por ello, es una interpretación vinculante. Y la vinculatoriedad hace a la normatividad, de hecho, es “el factor que con mayor fuerza determina su carácter de normas”.³ Segunda, porque se trata de una interpretación concretadora, y la concreción comparte la naturaleza del objeto concretado, si ésta tiene naturaleza normativa, aquella irremediamente la compartirá. La relación de concreción⁴ entre la norma estatuida por el Constituyente y la interpretación del Tribunal Constitucional, hace a la normatividad de tal interpretación.

Esta naturaleza normativa que no se discute en relación a las leyes de desarrollo constitucional, debe igualmente ser predicada de las sentencias de desarrollo constitucional. Y en la medida que la interpretación vinculante concreta directamente el contenido constitucional abierto, se les ha de reconocer valor y consecuente rango constitucional, salvo el Constituyente haya decidido algo contrario, como ha ocurrido en relación a las leyes. No obstante, es el valor constitucional de estas normas lo que justifica que conformen el bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico nacional.

Así, y por seguir con el ejemplo del derecho a la libertad personal, ha sido el Constituyente el que ha iniciado la labor de concreción del contenido

³ Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 127.

⁴ O, en palabras de Alexy, “relación de precisión”. Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. p. 69.

esencial constitucionalizado, o contenido constitucional, a través de la mencionada norma N2.24 CP. Ha dispuesto el Constituyente peruano que "f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito". Desde esta disposición se concluye una norma en los siguientes términos deónticos:

N2.24.f CP: "Está permitido ser detenido con mandamiento escrito y motivado del juez, y por las autoridades policiales en caso de flagrante delito".

La norma N2.24.f CP es una norma que tiene en el "mandamiento motivado" un elemento abierto que reclama ser concretado. A una tal labor de concreción acude no solo la Ley (Octava disposición final y transitoria de la Constitución), sino también las sentencias de los tribunales de justicia de cierre, como son la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Se trata de las mencionadas leyes y de sentencias de desarrollo constitucional, a través de las cuales los intérpretes de la Constitución participan en la concreción del contenido esencial o constitucional de los derechos humanos reconocidos.

291

Así, y por hacer referencia solamente al Tribunal Constitucional, en el fundamento 60 de la sentencia de desarrollo constitucional, sentencia al EXP N.º 04780-2017-PHC/TC y al EXP N.º 00502-2018-PHC/TC (acumulado), estableció que "[t]ambién en el espacio del debate sobre la justificación o no del dictado de una prisión preventiva, todos los elementos de juicio, tanto de cargo como de descargo, deben ser valorados en su justa dimensión, es decir, no con el objeto de formarse convicción acerca de la culpabilidad o de la inocencia, sino con la finalidad de determinar si existe verosimilitud o no en relación con la vinculación de los investigados con un hecho delictivo"⁵.

⁵ Antes, en el fundamento 59, el Tribunal Constitucional había dicho que "la Sala [suprema] considera que en el escenario cautelar no se requiere consolidación probatoria para dar por cumplido el primer requisito del artículo 268 del Código Procesal Penal para el dictado de una prisión preventiva, pues, no es necesario que en dicho espacio se valoren pruebas de descargo. ¿Esta argumentación resulta constitucional? A consideración de este Tribunal, la argumentación esbozada por la Sala emplazada para no valorar las pruebas de descargo, resulta patentemente inconstitucional, pues ha terminado afirmando que en el espacio del debate judicial acerca de si corresponde o no el dictado de una prisión provisional —medida cautelar limitativa de la libertad personal—, solo deben tenerse en cuenta los elementos de juicio que se hayan aportado con miras a justificar dictarla, pero no aquellos que se aporten con la pretensión de justificar su rechazo".

En este transcrito fundamento, que bien podría hacer las veces de una disposición, es posible advertir una interpretación de la Constitución que, establecida por el Tribunal Constitucional, se destinada a concretar una abierta norma constitucional estatuida por el Constituyente. En particular, se trata de una interpretación vinculante del artículo 2.24.f en relación al artículo 139.3 ambos de la Constitución, que concreta la norma constitucional N2.24.f CP, en su elemento abierto “mandamiento motivado”. Una tal interpretación vinculante y concretadora tiene carácter normativo y permite la siguiente formulación deóntica:

N60 STC 04780-2017-PHC/TC: “Está ordenado, en el espacio del debate sobre la justificación o no del dictado de una prisión preventiva, valorar todos los elementos de juicio, tanto de cargo como de descargo, para determinar si existe verosimilitud o no en relación con la vinculación de los investigados con un hecho delictivo”.

292

Las resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se establecen interpretaciones vinculantes de la Constitución para concretar abiertas normas constitucionales estatuidas por el Constituyente, producen normas constitucionales, son, verdaderas fuentes de derecho constitucional. Por eso, acierta el Alto Tribunal cuando ha dicho que “[l]as sentencias del Tribunal Constitucional (...), se estatuyen como fuente de derecho”⁶ y, consecuentemente, “las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares”.⁷

B. El Tribunal Constitucional crea normas constitucionales adscriptas a normas estatuidas por el Constituyente

La norma N60 STC 04780-2017-PHC creada por el Tribunal Constitucional, una vez nacida al mundo jurídico es atraída fuertemente por la norma constitucional estatuida por el Constituyente N2.24.f, a la cual (también) concreta, y adscripta a ella existe y despliega su eficacia. Por esta razón puede ser denominada como una norma adscripta. Y en la medida que la concreción es necesaria y directa respecto de la norma concretada, no solo

⁶ EXP. N.º 3741-2004-PA/TC, fundamento 42.

⁷ EXP. N.º 4119-2005-PA/TC, fundamento 49.

comparte su naturaleza normativa, sino también su valor constitucional, y como tal, también su rango normativo. Puede, pues, ser tenida como una norma constitucional adscripta a una norma constitucional estatuida por el Constituyente. Y como tal, tiene alcance general y vincula a todos los vinculados a las normas que conforman la Constitución. Las sentencias del Tribunal Constitucional son, digámoslo una vez más, fuente de derecho constitucional.

Si, como se manifestó atrás, en la norma constitucional estatuida por el Constituyente con el máximo grado de indeterminación normativa se constitucionaliza el contenido esencial del derecho humano, entonces, las concreciones que del mismo formula el Constituyente y sus intérpretes vinculantes como el Tribunal Constitucional, son concreciones de un tal contenido esencial constitucionalizado. Y en la medida que el contenido esencial constitucionalizado puede ser denominado como contenido constitucional del derecho fundamental, entonces, las concreciones establecidas por los intérpretes vinculantes de la Constitución, conforman un tal contenido constitucional.⁸

Así, las normas que el Tribunal Constitucional crea en relación a los derechos fundamentales, conforman el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Asumida la validez constitucional de estas normas, y ese será el caso cuando concreta razonablemente el bien humano debido, es decir, cuando la concreción se ajusta al objeto concretado, las decisiones públicas o privadas que las trasgreden serán inconstitucionales por significar una vulneración del contenido constitucional de los derechos fundamentales.

C. La llamada jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional

Que todas las interpretaciones que de la Constitución establece el Tribunal Constitucional tienen naturaleza normativa, ha sido reconocido por el Nuevo Código Procesal Constitucional al disponer que “[l]os jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación

⁸ Castillo Córdova, L. (2022). *Las fuentes constitucionales sobre derechos fundamentales*, Centro de Investigaciones Judiciales. Fondo editorial del Poder Judicial del Perú, pp. 55-57.

que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional” (artículo VII, tercer párrafo).⁹

La norma que desde esta disposición se concluye, norma constitucional adscripta estatuida en la ley de desarrollo constitucional que significa el Nuevo Código Procesal Constitucional, obliga a los jueces a resolver los distintos problemas jurídicos que enfrenten aplicando las interpretaciones que resulten de las resoluciones del Tribunal Constitucional, hayan o no sido declaradas precedentes. Así, todas las interpretaciones del Tribunal Constitucional que sean derecho relevante para resolver el problema jurídico que enfrentan, hayan o no sido declaradas precedentes, habrá que insistir, deben ser tenidas en cuenta. La justificación de esta orden se encuentra, precisamente, en el atrás justificado carácter normativo de las interpretaciones que de la Constitución establece el Alto Tribunal, carácter normativo que le viene del solo hecho de ser interpretaciones vinculantes y concretadoras de la Constitución.

294

Así cada vez que el Tribunal Constitucional, en ejercicio de la función pública atribuida, interpreta la Constitución para concretar normas abiertas estatuidas por el Constituyente, crea normas constitucionales adscriptas de alcance general que conforman el contenido constitucional de derechos fundamentales y, por tal razón, obligan a los jueces a ser tomadas en cuenta cuando deban resolver problemas jurídicos iusfundamentales. Al conjunto de estas normas constitucionales se les puede denominar como jurisprudencia vinculante.

Sobre este punto las definiciones del Alto Tribunal no se han destacado precisamente por su precisión y corrección. En efecto, tal jurisprudencia ni es (mera) doctrina¹⁰, ni es solo los fallos¹¹ de la sentencia. Por el contrario, según

⁹ Son los mismos términos empleados en la primera disposición final de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301.

¹⁰ Así, ha definido a su jurisprudencia como “la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo”. EXP. N.º 03741-2004-AA/TC, fundamento 42.

¹¹ Según el Tribunal Constitucional, “[l]a noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional,

aquí se ha justificado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está conformada por el conjunto de interpretaciones que de la Constitución establece, interpretaciones que tienen carácter normativo. De modo que la jurisprudencia del mencionado Tribunal puede ser definida como el conjunto de normas jurídicas constitucionales creadas por el Tribunal Constitucional cuando interpreta vinculantemente a la Constitución y resuelve los distintos problemas constitucionales que se le presenta, en ejercicio de su labor de controlador de la constitucionalidad.¹²

El impreciso cuando no incorrecto modo de entender que de la jurisprudencia vinculante tiene el Tribunal Constitucional, le ha llevado al error de no otorgar carácter normativo a todas las interpretaciones que de la Constitución establece, sino solamente a las interpretaciones que expresamente son declaradas como “jurisprudencia vinculante”¹³ o “doctrina jurisprudencial”, en este último caso con indicación de los fundamentos jurídicos en los que se recoge, ya sea en los considerandos y en el fallo¹⁴, ya

expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad”. EXP. N.º 0024-2003-AI/TC, consideraciones previas.

¹² Esta definición destaca el carácter normativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y abarca no solo a las normas constitucionales creadas a través de la interpretación de la Constitución, normas de alcance general que actúan como premisas normativas en la sentencia en las que se estatuyen, sino también a las normas (reglas jurídicas normalmente de alcance inter partes, salvo en la sentencia de inconstitucionalidad) creadas en el fallo que resuelve el problema jurídico planteado en la sentencia.

¹³ Así, por todas, tiene dicho el Tribunal Constitucional que “[a]nteriormente, en el fundamento 14 de la STC 1294-2004-AA, que constituye jurisprudencia vinculante conforme al artículo VI del Código Procesal Constitucional”. EXP. N.º 07002-2006-PA/TC, fundamento 4.

¹⁴ Así, por todas, dijo en el fundamento 21 de la sentencia al EXP. N.º 00252-2009-PA/TC, que “[d]ebido a que se han desarrollado nuevos criterios en materia de prescripción en el caso del amparo contra resoluciones judiciales, este Colegiado en aplicación del Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, considera pertinente reconocerlos como parte de su doctrina jurisprudencial vinculante y por tanto obligatorios para todos los jueces y tribunales del país, debiéndose incorporar como tales a la parte resolutive de la presente sentencia”; para luego en el punto 2 del fallo “[declarar que los fundamentos 8 a 17 de la presente sentencia constituyen doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país”.

sea solo en el fallo¹⁵. Este error se ha extendido al modo de entender los precedentes vinculantes que el Alto Tribunal ha tenido, como a continuación se abordará.

D. Los llamados precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional

Si el total de interpretaciones que de la Constitución establece el Tribunal Constitucional son normas constitucionales adscriptas, plenamente vinculantes a los poderes públicos y a los particulares, ¿cómo deben ser entendidos los precedentes vinculantes a los que se refiere el artículo VI del Nuevo Código Procesal Constitucional?

El Tribunal Constitucional ha definido al precedente como “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general (...). [Es decir] la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”¹⁶. En esta misma línea ha sostenido que “a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto”¹⁷.

Si los precedentes son reglas jurídicas, es decir, normas jurídicas, que el Tribunal Constitucional establece en sus sentencias, ellas solo pueden provenir de la interpretación vinculante de la Constitución destinada a concretar normas abiertas de la Constitución. Es esta interpretación la que, como se justificó atrás, tiene carácter normativo. Son pues, normas constitucionales de alcance general que una vez nacidas al mundo jurídico se adscriben a las normas constitucionales estatuidas por el Constituyente que concretan. En este punto es de especial relevancia advertir que los precedentes no vinculan por haber sido declarados precedentes, sino que vinculan por ser

¹⁵ Así, por todas, cuando ha decidido “4. DECLARAR que, a partir de la fecha, los fundamentos 19 y 20 de la presente sentencia constituyen doctrina jurisprudencial, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”. EXP. N.º 014 13-2017-PA/TC, punto 4 del fallo.

¹⁶ EXP. N.º 0024-2003-AI/TC, consideraciones previas.

¹⁷ EXP. N.º 3741-2004-AA/TC, fundamento 43.

interpretaciones vinculantes y concretadoras que de la Constitución establece el Alto Tribunal.

Así definidos los precedentes, ¿qué les diferencia de las interpretaciones vinculantes y concretadoras de la Constitución que no son declaradas como precedentes? Para responder a esta pregunta conviene ir a la práctica del Tribunal Constitucional. Hacerlo reclama recordar que el (anterior) Código Procesal Constitucional establecía que “[l]as sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo” (artículo VII).

Desde este texto constitucional era posible concluir que el precedente vinculante se configuraba desde sentencias (no cualquier resolución) del Tribunal Constitucional con la calidad de cosa juzgada (no cualquier sentencia), y a partir del cumplimiento de dos requisitos: primero, que la sentencia expresamente manifestase la creación del precedente; y segundo, que se precise el extremo de su efecto normativo. Estos eran requisitos meramente formales inidóneos por sí mismos para convertir en norma una interpretación de la Constitución, de hecho, el segundo requisito así formulado, suponía la existencia de la norma, cuyo efecto normativo sería precisado por el precedente.

297

No hubo inconveniente en entender el primer requisito. Así en la práctica, el Tribunal Constitucional lo cumplía cuando expresamente manifestaba que procedía a establecer un precedente, normalmente con invocación del artículo VII del Código Procesal Constitucional. El problema se presentó en la manera de entender el segundo requisito. En la práctica, normalmente fue entendido como la mención de unos precisos fundamentos jurídicos¹⁸, o un tramo de fundamentos jurídicos de la sentencia.¹⁹

¹⁸ Por todas, se citará el fundamento jurídico 45 de la sentencia al EXP. N° 4635–2004–AA/TC, en el que manifestó que “de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios establecidos en los fundamentos 28, 29, 35, 39 y 41, *supra*, constituyen precedente vinculante”.

¹⁹ Así, en el fundamento 18 de la sentencia al EXP. N.º 2802-2005-PA/TC, en el que sostuvo que “[d]e conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos N.ºs 4 a 17, *supra*, constituyen precedente vinculante”.

Este modo de entender el mencionado segundo requisito tenía un relevante inconveniente: no permitía diferenciar la llamada jurisprudencia vinculante con el precedente. En efecto, en un caso y otro, el Tribunal Constitucional creaba normas constitucionales a través de la interpretación vinculante y concretadora de la Constitución, por eso “tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio”²⁰; y en un caso y otro la norma constitucional era identificada y formulada por el operador jurídico.

En el caso de las normas constitucionales que no eran declaradas precedente, el Tribunal Constitucional se limitaba a interpretar la Constitución para con ella construir la premisa normativa con la que resolvía el problema jurídico que enfrentaba. En el caso de las normas constitucionales que eran declaradas precedente, el Alto Tribunal hacía lo mismo, con un añadido irrelevante: indicaba el o los fundamentos jurídicos en los que (se presume)²¹ se encontraba la norma constitucional creada, pero dejando en manos del operador jurídico la identificación y la formulación de la norma. En definitiva, pues, no había diferenciación entre jurisprudencia vinculante y precedente vinculante. Unas y otras eran normas jurídicas creadas por el Tribunal Constitucional a través de su interpretación vinculante y concretadora, y unas y otras eran formuladas por los operadores jurídicos.

Para superar esta confusión, resultaba necesario atribuir al segundo requisito mencionado, un significado distinto al que le estaba atribuyendo el Tribunal Constitucional. Un tal significado debía consistir en que el mismo órgano que creaba la norma jurídica, fuese quien la formulase. Mejor que él

²⁰ EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, fundamento 43.

²¹ Presunción *iuris tantum* porque no siempre el Tribunal Constitucional declaró como precedente unos fundamentos jurídicos en los que se recogía la regla jurídica que le permitía resolver el caso. Por ejemplo, así aconteció en la sentencia al EXP. N.º 3741-2004-AA/TC, en la que declaró precedente la regla jurídica que otorgaba control difuso a la administración pública, sin que ello fuese necesario para resolver el problema jurídico referido a la vulneración del derecho fundamental a recurrir decisiones que representaba el cobro de una tasa por interponer el respectivo recurso.

nadie para llevar a cabo tal tarea, cuando por la importancia de la regla jurídica, o por otra válida justificación, no convenía dejar su formulación en manos de los operadores jurídicos. Es este significado distinto el que hoy ha sido incorporado en las modificaciones que trae consigo el Nuevo Código Procesal Constitucional. Así reza el texto del artículo VI del Nuevo Código Procesal Constitucional: “[l]as sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, *formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente*” (el énfasis es añadido). La obligación que adquiere el Tribunal Constitucional de formular la regla jurídica en la que consiste el precedente no es un tercer requisito, sino que es el significado de la obligación de precisar el extremo del efecto normativo del precedente creado.²²

E. ¿Inconstitucionalidad de las reglas jurídicas creadas por el Tribunal Constitucional?

299

En todo caso, no debe perderse de vista que las normas creadas por el Tribunal Constitucional, hayan o no sido formuladas luego de ser declaradas precedentes vinculantes, son creaciones jurídicas que, aunque no deben, pueden ser contrarias a la norma constitucional estatuida por el Constituyente que pretenden concretar. Al menos dos razones permiten así sostenerlo. La primera es que se trata de una creación llevada a cabo por un poder constituido, y uno de los elementos que hace a la esencia del poder constituido es tener como límite las decisiones adoptadas por el poder constituyente. La segunda es que se trata de una concreción que concreta la voluntad (declarativa o regulativa) del Constituyente; y la concreción, incluso desde un punto de vista lógico, puede ser contraria al objeto concretado.

Aunque el Tribunal Constitucional haya cumplido las exigencias formales para establecer una norma constitucional adscripta, y por ello haya

²² Hubo un tiempo, muy breve, en el que el Tribunal Constitucional formuló la regla jurídica en la que consistió el declarado precedente. Por todas, la sentencia al EXP. N.º 02513-2007-AA/TC, en cuyo fundamento 46, estableció el Tribunal Constitucional que “la segunda regla procesal que se ha de establecerse como nuevo precedente es que: en los procesos de amparo en que se haya solicitado al demandante como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades y este no haya sido presentado dentro del plazo de 60 días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción del requerimiento, la demanda será declarada improcedente”.

nacido al mundo jurídico la norma y deba ser tenida como formalmente válida, puede (no debe) contravenir la exigencia de justicia material que representa el contenido esencial de un derecho fundamental. Cuando eso acontezca, la norma así creada será formalmente constitucional pero materialmente inconstitucional.²³

III. LA EFICACIA DEL DERECHO CONVENCIONAL CONSTITUCIONALIZADO.

A. El derecho convencional estatuido por el Legislador convencional y el derecho convencional a él adscripto

La diferenciación mostrada entre normas estatuidas por el Legislador constituyente y normas establecidas por sus intérpretes vinculantes (a través de leyes y sentencias de desarrollo constitucional), puede ser aplicada en relación al derecho convencional. El razonamiento que a continuación se mostrará, será efectuado desde la Convención americana sobre derechos humanos (CADH), aunque es posible trasladarlo a todo tratado internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú.

No solo es posible, sino que es muy conveniente diferenciar la norma convencional que proviene de la voluntad del Legislador convencional, de aquella norma convencional que es producida por la interpretación vinculante y concretadora que lleva a cabo el Tribunal internacional. Así, existe la norma convencional estatuida por la CADH, y la norma convencional establecida por la Corte IDH. No existe ningún inconveniente en admitir el carácter normativo de los contenidos de la CADH. Sin embargo, ese mismo carácter debe ser reconocido a las interpretaciones vinculantes que de la CADH establece la Corte IDH para concretar las normas abiertas que la integran.

Las razones son las mismas dos ya apuntadas atrás en relación a las interpretaciones del Tribunal Constitucional. Primera, se trata de

²³ Lo tengo justificado en: Las inconstitucionalidades del Tribunal Constitucional. Hermida, C. & Santos, JA. (2015). *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*. Congreso de los diputados – Universidad Rey Juan Carlos, pp. 1233-1255.

interpretaciones realizadas en ejercicio de la función pública, tanto contenciosa como consultiva, atribuida por la CADH a la Corte IDH; por lo que es una interpretación vinculante. Segunda, se trata de una interpretación concretadora que comparte la naturaleza del objeto concretado; por lo que al ser éste una norma (norma convencional estatuida por el Legislador convencional), la interpretación de la Corte IDH también será una norma.

La norma creada por la Corte IDH a través de su interpretación vinculante y concretadora, es atraída fuertemente por la norma directamente estatuida que concreta, y adscripta a ella existe y despliega su eficacia. Por esta razón, la norma creada por la Corte IDH puede ser tenida como norma convencional adscripta a la norma convencional estatuida por el Legislador convencional. Pongamos un ejemplo en relación al derecho humano a la vida.

Así como el Legislador constituyente, el Legislador convencional no crea al derecho humano, sino que lo reconoce. Lo hace cuando se limita a mencionar el nombre del bien humano. En el caso del Legislador de la CADH, en el artículo 4.1 ha reconocido el derecho humano a la vida en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”. Desde esta disposición es posible concluir la siguiente norma:

301

N4.1 CADH: Está ordenado respetar el contenido esencial del derecho a la vida.

La voluntad declarativa del Legislador convencional ha dado como consecuencia una norma convencional a través de la cual reconoce el derecho humano. Sin embargo, también expresa una voluntad regulativa a través de la cual concreta la norma declarativa. Así, en la segunda parte del mencionado artículo 4.1 CADH, se ha dispuesto lo siguiente: “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Desde esta disposición convencional es posible formular la norma convencional siguiente:

N4.1’ CADH: Está ordenado que la ley proteja a la vida, en general, a partir del momento de la concepción.

A estas normas convencionales estatuidas directamente por el Legislador convencional, se le han de sumar las normas convencionales adscriptas creadas por la Corte IDH. Así, este tribunal internacional tiene dicho en el párrafo 189 de la sentencia al Caso Artavia Murillo y Otros Vs.

Costa Rica²⁴, lo siguiente: “el Tribunal entiende el término ‘concepción’ desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana”.

En este transcrito párrafo, que bien podría hacer las veces de una disposición, se recoge una interpretación vinculante del artículo 4.1 de la CADH, que concreta la norma convencional N4.1’ CADH. Una tal interpretación tiene carácter normativo, y permite una formulación deóntica en estos términos:

N189 Corte IDH. Caso Artavia Murillo: Está ordenado entender el término concepción desde el momento en que ocurre la implantación.

El contenido esencial del derecho humano a la vida está conformado, entre otras, por las normas convencionales estatuidas por el Legislador convencional N4.1 CADH, N4.1’ CADH; y por la norma convencional adscripta N189 Corte IDH. Caso Artavia Murillo. Para que estas normas convencionales lleguen a vincular a los jueces nacionales, deben ingresar al respectivo ordenamiento jurídico nacional. El ingreso solamente acontece en los sistemas jurídicos de los Estados que se han vinculado a la CADH. Este es el caso peruano.

302

B. El ingreso del derecho convencional al sistema jurídico peruano: las normas constitucionales adscriptas de origen convencional

Las mencionadas normas convencionales vinculan a los operadores jurídicos peruanos porque han ingresado al sistema jurídico peruano. El ingreso acontece en el nivel constitucional.²⁵ Este nivel, como se explicó atrás, se encuentra conformado por las normas convencionales estatuidas por el Constituyente, y por las normas constitucionales a ellas adscriptas. En la

²⁴ Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

²⁵ Cfr. Rubio, M. (1998). La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993. En: *Pensamiento Constitucional*, (5), p. 109.

medida que las normas convencionales no son la voluntad del Constituyente, no pueden conformar el derecho constitucional directamente estatuido, sino que tiene que pasar a formar parte del derecho constitucional adscripto. Esto obliga a diferenciar el derecho constitucional adscripto, entre el de origen nacional (leyes y sentencias de desarrollo constitucional), respecto del de origen convencional.

La norma convencional directamente estatuida por el Legislador convencional ingresa al sistema jurídico nacional con la firma de la CADH. Con ellas ingresan también las normas convencionales adscriptas. Una vez ingresado el derecho convencional al sistema jurídico peruano, es atraído fuertemente por la norma constitucional directamente estatuida a través de la cual se reconoce el derecho humano del que da cuenta el derecho convencional. En relación al derecho a la vida tomado ahora de ejemplo, el Constituyente peruano ha establecido lo siguiente: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida” (artículo 2 de la Constitución). Desde esta disposición se concluye esta norma constitucional:

303

N2.1 CP: Está ordenado respetar el contenido esencial del derecho a la vida.

Ingresadas las normas convencionales al sistema jurídico nacional, la norma constitucional estatuida por el Legislador constituyente, atrae fuertemente a las normas convencionales N4.1 CADH, N4.1' CADH, y N189 Corte IDH. Caso Artavia Murillo. La consecuencia necesaria es que estas normas dejan de ser derecho convencional a secas, para pasar a convertirse en derecho convencional constitucionalizado, o si se prefiere, y como aquí se considerará, en derecho constitucional de origen convencional. Como tales pasan a conformar el contenido constitucional del derecho fundamental a la vida en el ordenamiento jurídico peruano.

Este contenido constitucional está conformado también por la interpretación vinculante y concretadora que se haya dispuesto a través de leyes y sentencias de desarrollo constitucional. Así, de las primeras se tiene el artículo 1 del Código Civil, según el cual “[l]a vida humana comienza con la concepción”, desde el que se puede concluir esta norma constitucional adscripta:

N1CC: Está ordenado considerar que la vida humana comienza con la concepción.

De las segundas se tiene la sentencia de desarrollo constitucional al EXP. N.º 02005-2009-PA/TC, en cuyo fundamento 53 estableció el Tribunal Constitucional que, “la concepción se produce durante el proceso de fecundación”. Desde este enunciado lingüístico es posible sostener la siguiente regla jurídica:

N53 STC 02005-2009-PA: Está ordenado considerar que la concepción se produce desde la fecundación.

De esta manera, el contenido constitucional del derecho fundamental a la vida en el sistema jurídico peruano, está conformado, entre otras, por la norma constitucional estatuida por el Constituyente N2.1 CP; por las normas constitucionales adscriptas de origen nacional N1CC y N53 STC 02005-2009-PA; así como por las normas constitucionales adscriptas de origen convencional N4.1 CADH, N4.1' CADH, y N189 Corte IDH. Caso Artavia Murillo.

304

C. Las normas constitucionales adscriptas de origen convencional sirven para realizar control de constitucionalidad, no de convencionalidad

Las normas constitucionales, tanto las estatuidas por el Constituyente, como las adscriptas, tanto de origen nacional como las de origen convencional, son normas de valor constitucional, a las que les corresponde el rango constitucional. Por esta razón conforman el bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico nacional. Todos los operadores jurídicos estamos vinculados a ellas, y debemos cumplirlas de modo efectivo. Asumida la validez constitucional, tanto formal como material, toda decisión, pública (ejecutiva, administrativa, judicial, legislativa) o privada que las contravenga será inconstitucional, con su consiguiente invalidez e ineficacia jurídica.

Pero el bloque de constitucionalidad no solamente genera vinculación a todos los vinculados a la Constitución, sino que además debe ser empleado como parámetro de control por quienes en el sistema jurídico peruano tienen atribuido el control de constitucionalidad. En efecto, solo los jueces (judiciales, militares, arbitrales, el Jurado Nacional de Elecciones y el

Tribunal Constitucional) pueden ejercer control de constitucionalidad, y cuando lo hagan, deberán hacerlo con un parámetro de control del cual forma parte también las normas constitucionales de origen convencional.

Como es sabido, la Corte IDH ha establecido la regla según la cual todos los funcionarios públicos en un sistema jurídico nacional, deben llevar a cabo un control de convencionalidad.²⁶ Sin embargo, es un imposible jurídico. Primero, no es posible el control de convencionalidad en el sistema interno, porque los operadores jurídicos no tienen delante de sí derecho convencional, sino derecho constitucional de origen convencional²⁷. Interpretan y aplican derecho nacional, y el derecho nacional es radicalmente inidóneo para llevar a cabo control de convencionalidad. Al no operar con derecho convencional sino con derecho constitucional, el único control de validez jurídica que jurídicamente es posible llevar a cabo es el control de constitucionalidad.

Segundo, no es posible porque el competente para establecer quienes son controladores de la constitucionalidad en el Estado peruano es el Constituyente y no la Corte IDH. Y el constituyente peruano ha decidido que los controladores de la constitucionalidad son solamente los jueces, y no cualquier funcionario público. Y tercero, porque debe ser diferenciada la posición jurídica de vinculado con la posición jurídica de controlador. Si bien es cierto todos estamos vinculados al derecho constitucional de origen convencional, no todos somos controladores de la constitucionalidad. O, dicho de otro modo: si bien es cierto las normas de origen convencional nos vinculan a todos, no todos somos, y por esa sola razón, controladores de la convencionalidad.

Pero un mal entendimiento del derecho convencional no solo ha traído el grave error de promover un control de convencionalidad en cabeza de todos los funcionarios públicos, sino que acarreó también la aceptación, no solo por

²⁶ En la sentencia al Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, dijo la Corte en el párrafo 497, que “[f]inalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia ‘todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad’”.

²⁷ Por eso, por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional interpreta la CADH, su interpretación no vincula a los jueces de otros estados firmantes de la CADH. Y no los vincula porque está interpretando derecho nacional y no derecho convencional.

la doctrina²⁸, sino también por la Corte IDH²⁹, de la prevalencia abstracta (siempre y en todo caso), de la norma convencional sobre la norma nacional que la contradijera. Sin embargo, este error ha sido corregido por el Nuevo Código Procesal Constitucional como a continuación se pasa a explicar.

D. Solución de la antinomia entre una norma constitucional de origen nacional y una de origen convencional

Como se expuso atrás, el contenido constitucional de los derechos fundamentales está compuesto por normas constitucionales de fuentes jurídicas distintas. Eso permite el riesgo de que lo lleguen a conformar normas constitucionales contrarias entre sí. Es decir, de dos normas que, aplicadas independientemente, llegan a resultados jurídicos opuestos. Este riesgo se ha materializado en el ordenamiento jurídico peruano, en relación al contenido constitucional del derecho fundamental a la vida que ahora nos sirve de ejemplo.

306

Como se mostró atrás, un tal contenido está conformado por la norma constitucional adscripta de origen nacional N53 STC 02005-2009-PA, y por la norma constitucional adscripta de origen convencional N189 Corte IDH. Caso Artavia Murillo. Ambas normas con contrarias entre sí, pues, mientras la primera establece que la vida se inicia con la fecundación (del óvulo a través del espermatozoide); la segunda establece que se inicia con la implantación (del cigoto en el endometrio). Así, por ejemplo, si el problema jurídico que un juez peruano debe resolver tiene que ver con la validez jurídica de la decisión gubernativa de distribuir gratuitamente la píldora del día siguiente, llegará a soluciones contrarias desde la aplicación de una u otra norma constitucional.

²⁸ Sagüés, N., (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. En *Estudios constitucionales*, año 8, (1), pp. 124-125.

²⁹ Ha dicho la Corte IDH que “el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso”. CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párrafo, párrafo 73.

La solución de la antinomia entre dos normas constitucionales debe ser construida en sintonía con las bases dogmáticas propias de un Estado constitucional de derecho. Singulariza a esta modalidad de estado de derecho que la validez jurídica de las normas (y en general, de todas las decisiones de relevancia jurídica), no depende solamente del cumplimiento de elementos formales como acontecía en el Estado legal de derecho³⁰, sino también, y preponderantemente, del ajustamiento a las exigencias de justicia material.³¹ De esta manera, una norma constitucional será jurídicamente válida y eficaz, no solo por haber sido establecida por un órgano competente siguiendo el procedimiento previsto, sino también por haberse ajustado al contenido esencial de los derechos fundamentales.

Si se trata de normas constitucionales que conforman el contenido esencial (o constitucional) de un derecho fundamental, y ambas normas con contrarias entre sí, lógica y jurídicamente significará que una de ellas concreta desajustadamente al contenido esencial referido. Es decir, que una de ellas es contraria a la exigencia de justicia que representa el bien humano debido que hace a la esencia del derecho humano. Identificarla no solo es posible, sino que es necesario; y una vez identificada, el juez que actúa como controlador de la constitucionalidad, la inaplicará para resolver el problema jurídico, el cual deberá ser resuelto con la norma constitucional contraria.

307

En relación al derecho fundamental a la vida, su contenido constitucional ha sido reconocido por la norma N2.1 CP (y la norma N4.1 CADH). Un tal contenido ha sido concretado tanto por la norma N53 STC 02005-2009-PA, como por la norma N189 Corte IDH. Caso Artavia Murillo. Ambas normas, como se acaba de justificar, son contrarias entre sí. Eso significa que una de ellas (formal y/o materialmente) concreta desajustadamente al bien humano vida que hace a la esencia del derecho humano a la vida. Una de ellas, consecuentemente, es contraria a la norma constitucional directamente estatuida N2.1 CP (y a la norma N4.1 CADH). La que lo sea deberá ser tenida como constitucionalmente inválida e inaplicada

³⁰ Así, “[g]racias a este principio [de legalidad] y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido ‘puesta’ por una autoridad dotada de competencia normativa” Ferrajoli, L. (2003). *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. En Carbonell, M. *Neoconstitucionalismo (s)*. Trotta, p. 16.

³¹ Se trata de “principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico”. Zagrebelsky, G. (2007). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 7ª edición. Trotta, p. 93.

en el caso concreto, a la espera que la fuente de derecho que la produjo la derogue.

Una norma constitucional que contraviene a la Constitución por ser contraria al contenido esencial del derecho humano que ha reconocido el Legislador constituyente, es una norma que no favorece a la persona. En efecto, si la persona vale como fin supremo (artículo 1 CP), entonces está ordenado promover su máxima realización posible; una tal realización la obtiene a través de la satisfacción de sus necesidades humanas esenciales, lo que consigue a través del goce o adquisición de bienes humanos esenciales. Si los bienes humanos esenciales son los derechos humanos, entonces, a mayor vigencia de los derechos humanos, mayor realización de las personas. De esta manera, una norma constitucional que contraviene el bien humano esencial, es una norma que no favorece a la persona. O, lo que es lo mismo, una norma que se ajusta al bien humano esencial debido, es una norma que favorece a la persona, porque promueve su máxima realización posible, reclamada por su condición de fin supremo.

308

Por eso acierta plenamente el Legislador cuando ha establecido que “[e]n caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos” (tercer párrafo del artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional, el énfasis es añadido).

A la hora de resolver el problema jurídico, el juez no puede resolver la antinomia simplemente con base en una razón de mera autoridad. Así, no puede hacer prevalecer la norma N53 STC 02005-2009-PA por la sola razón de proceder del supremo intérprete de la Constitución, o haciendo prevalecer N189 Corte IDH. Caso Artavia Murillo por la mera razón de provenir de un tribunal internacional. Prevalecerá alguna de ellas por el hecho de provenir de la autoridad competente y por ajustarse al bien humano debido que concreta. Así como páginas atrás se justificaba que la norma constitucional adscripta establecida por el Tribunal Constitucional podía ser inconstitucional por ser contraria al constitucionalizado contenido esencial de un derecho fundamental, ahora conviene destacar que en esa misma inconstitucionalidad puede incurrir una norma constitucional de origen convencional establecida por la Corte IDH.

En un Estado constitucional de derecho está exigido que los jueces no sean jueces que razonen sus decisiones solamente desde las formas, porque ello les convierte en sirvientes de la autoridad (el Tribunal Constitucional o la Corte IDH), en lugar de sirvientes de la justicia, a la cual la autoridad debe servir. Está exigido que los jueces se conduzcan como jueces principialistas que, como sirvientes de la justicia, toman decisiones sostenidas en razones formales y, especialmente, razones materiales, aunque ello reclame inaplicar una regla jurídica creada por el Tribunal Constitucional o por la Corte IDH. El ejercicio razonable de la función jurisdiccional, impone muchos y relevantes deberes al juez principialista. Uno de ellos, sin duda, es saber derecho, en particular, el derecho constitucional sobre derechos humanos. Y reclama también que, a la hora de operar el derecho constitucional, lo haga empleando una dogmática constitucional material y no solamente formal.

IV. CONCLUSIONES.

A. En relación a las reglas jurídicas creadas por el Tribunal Constitucional

309

Siempre que el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución para concretar normas constitucionales estatuidas por el Constituyente, crea normas constitucionales de alcance general. Nacidas al mundo jurídico, ellas se adscriben a la norma de la Constitución que concretan, y adscriptas a ellas existen y son eficaces. Son normas constitucionales adscriptas, de valor y rango constitucional, y a ellas se refiere el tercer párrafo del actual artículo VII del Nuevo Código Procesal Constitucional. El conjunto de tales normas constitucionales de alcance general conforma la llamada jurisprudencia vinculante.

De entre ellas el Alto Tribunal puede declarar precedente una norma constitucional adscripta por él creada. Para hacerlo debe, primero, declararlo expresamente; y, segundo, debe precisar el extremo de su efecto normativo. Esto último lo cumple a través de la formulación de la regla jurídica en la que consiste el precedente. De esta manera, el precedente no vincula por ser precedente, sino por ser norma constitucional adscripta, al provenir de una interpretación vinculante y concretadora de la Constitución.

Así, la llamada jurisprudencia vinculante viene a conformar el género, y el precedente la especie de las normas constitucionales adscriptas creadas por el Tribunal Constitucional. Se espera que éste declare precedente aquellas

normas que, por su relevancia jurídica, política o social, no conviene dejar su formulación en manos de los operadores jurídicos.

Consecuentemente, debe ser erradicada la idea de que solo vinculan las interpretaciones de la Constitución que son expresamente declaradas precedente o doctrina jurisprudencial, para afianzar la idea de que lo vinculante es toda interpretación que de la Constitución formula el Tribunal Constitucional para concretar una abierta norma constitucional estatuida por el Constituyente. Esto permitirá no solo fiscalizar mejor el ejercicio del poder normativo que titulariza el Tribunal Constitucional, sino también promoverá que éste tome consciencia de tal poder como condición necesaria de su ejercicio razonable.

En particular, se esperará que justifique debidamente la concreción normativa sosteniéndola en razones fuertes; y se esperará también que interprete la Constitución solamente en lo que fuese estrictamente necesario para resolver el problema jurídico presentado, de modo que efectivamente, la concreción normativa creada (sea o no declarada precedente) sea la *ratio decidendi* (premisa normativa) y no *obiter dicta* de la sentencia. Si aumenta la conciencia del poder normativo que el Tribunal ejerce, y mejora la fiscalización de su ejercicio, ganará no solo la producción de normas constitucionales, sino también la justicia constitucional.

B. En relación a la eficacia del derecho constitucional de origen convencional

Por otro lado, tanto el Legislador constituyente como el Legislador convencional, no crean el bien humano esencial en el que consiste el derecho humano, sino que lo reconocen. Lo hacen cuando se limitan a mencionar su nombre, en cuyo caso dan lugar a una norma constitucional de máximo grado de indeterminación normativa. Una tal norma reclama de concreciones para favorecer su eficacia. La labor de concreción la inicia el Constituyente, la continúan sus intérpretes vinculantes a través de leyes y sentencias de desarrollo constitucional, e incluye a las normas convencionales sobre ese mismo derecho que son constitucionalizadas. Todas ellas conforman el contenido constitucional del derecho fundamental.

Son normas constitucionales producidas por fuentes jurídicas distintas, lo que abre el riesgo a que surjan antinomias entre normas constitucionales. Si una norma constitucional de origen nacional, por ejemplo, creada por el Tribunal Constitucional, es contraria a una norma constitucional de origen convencional, por ejemplo, creada por la Corte IDH, ambas conformantes del contenido constitucional de un mismo derecho fundamental, la solución de la antinomia no puede sostenerse en una mera razón de autoridad, sino que reclama ser construida también y prevalentemente, desde razones de justicia material.

Debe advertirse que ambas normas contrapuestas son concreciones de un mismo bien humano. Lo cual significará que necesariamente una de ellas concreta desajustadamente al bien humano. El operador jurídico, señaladamente el juez, debe estar en capacidad no solo de identificar sino también de justificar con base en razones fuertes, cuál de las dos normas en contraposición se desajusta respecto del bien humano debido, es decir, respecto del contenido esencial del derecho fundamental. Una vez identificada y justificado el desajuste, deberá ser tenida como norma materialmente inconstitucional, para inmediatamente después inaplicarla al caso concreto. Los jueces antes que como sirvientes de la autoridad (en particular, del Tribunal Constitucional o de la Corte IDH), deben actuar como sirvientes de la justicia, a la cual sirve también esa autoridad.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Castillo Córdova, L. (2012). La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, (16).
- Castillo Córdova, L. (2015). Las inconstitucionalidades del Tribunal Constitucional. Hermida, C. & Santos, JA. (2015). *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*. Congreso de los diputados – Universidad Rey Juan Carlos.

Castillo Córdova, L. (2022). *Las fuentes constitucionales sobre derechos fundamentales*, Centro de Investigaciones Judiciales. Fondo editorial del Poder Judicial del Perú.

Ferrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de Derecho. En Carbonell, M. *Neoconstitucionalismo (s)*. Trotta.

Rubio, M. (1998). La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993. En: *Pensamiento Constitucional*, (5).

Sagüés, N. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. En *Estudios constitucionales*, año 8, (1).

Zagrebelsky, G. (2007). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta.

El Proceso de Habeas Corpus en el Nuevo Código Procesal Constitucional

The Habeas Corpus Process in the New Constitutional Procedure Code

✉ GUILLERMO MARTÍN SEVILLA GÁLVEZ¹

Resumen

En el presente trabajo se comentan y analizan algunos artículos del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, algunas de sus disposiciones generales y demás normatividad aplicable al proceso de *habeas corpus*. En ese sentido, se comparan la normativa revisada con la normativa del Código Procesal Constitucional derogado, para verificar la posible existencia de los aciertos y desaciertos del nuevo código.

313

Palabras clave

Habeas corpus, Nuevo Código Procesal Constitucional, demanda, proceso constitucional.

Abstract

In the present work some articles of the Preliminary Title of the New Constitutional Procedure Code, some of its general provisions and other regulations applicable to the process of habeas corpus are commented and analyzed. In this sense, the revised regulations are compared with the regulations of the repealed Constitutional Procedure Code, to verify the possible existence of the successes and failures of the new code.

Keywords

¹ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, egresado de la maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la citada casa de estudios y Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú

Habeas corpus, New Constitutional Procedural Code, lawsuit, constitutional process.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. TÍTULO PRELIMINAR DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. III. DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD ENTRE LOS QUE SE ENCUENTRAN EL *HABEAS CORPUS*. IV. NORMATIVIDAD ESPECIFICA RESPECTO AL *HABEAS CORPUS*. V. CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. VII. RESOLUCIONES CONSTITUCIONALES

I. INTRODUCCIÓN.

Mediante la Ley 31307 se aprobó el Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) que reemplazó al anterior y derogado Código Procesal Constitucional aprobado por la Ley 28237 (2004), el cual incluye nuevamente al proceso de *habeas corpus*, proceso que ha sufrido algunas modificaciones y que se han incluido algunas innovaciones que resultan positivas, necesarias, idóneas y conforme la jurisprudencia constitucional y otras que quizás no lo parezcan.

En el presente trabajo comentaré algunos artículos del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021); algunas de sus disposiciones generales, los plazos así como la normatividad que resultan aplicables al proceso de *habeas corpus*; entre otros asuntos que guardan estrecha relación con el referido proceso constitucional, comparándolos en lo que resulte pertinente con el Código Procesal Constitucional (2004) derogado para verificar la posible existencia de los aciertos y desaciertos del nuevo código.

Debo destacar que se analizará solo aspectos a que mi modesto entender resultan relevantes o resaltantes del *habeas corpus* en la nueva normativa procesal constitucional.

Asimismo, señalaré que en la jurisprudencia constitucional y durante la aplicación Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) por parte de la judicatura constitucional del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, así como en las modificaciones que sufra y que ha sufrido, se llenarán los vacíos y se corregirán los desaciertos lo cual hará posible su adaptación a la realidad y del servicio de la judicatura constitucional.

II. TÍTULO PRELIMINAR DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

El artículo I del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional (2021) es similar a lo previsto por el artículo I del Título Preliminar del derogado Código Procesal Constitucional (2004), y hace referencia a los procesos constitucionales previstos en la Constitución, como son los procesos de *habeas corpus* cuyo objeto de protección es el derecho a la libertad personal y de sus derechos conexos; de *amparo* que protege los derechos de dimensión espiritual y derechos económicos, sociales y culturales; de *hábeas data* que tutela los derechos de acceso a la información pública; y, a la autodeterminación informativa; y, de *cumplimiento* que se instaura para que se cumpla una norma legal o se ejecute un acto administrativo firme, los cuales son denominados procesos constitucionales de la libertad.

315

En otras palabras, se puede denominar que lo señalado corresponde a la denominada “jurisdicción constitucional de la Libertad. Está integrada por cuatro procesos constitucionales: el hábeas corpus, el amparo, el hábeas data y el proceso de cumplimiento”. (Eto, 2015, p. 158).

Asimismo, también comprende a los procesos de *inconstitucionalidad* que se incoa para expulsar o derogar del ordenamiento jurídico las leyes o las normas con rango de ley que contravengan la Constitución Política y en su aplicación vulneren derechos fundamentales, de *acción popular* que se utiliza para expulsar o derogar del ordenamiento jurídico reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general cuando contravengan a la Constitución o a las normas que se encuentra por encima de ellos y en su aplicación afecten los derechos fundamentales; y, los *conflictos de competencia* o

proceso competencial que se instaura para se dirima o se resuelva las competencias entre dos entidades estatales.

Según Hakansson (2012), el *habeas corpus* es un proceso constitucional que protege el derecho a la libertad individual y a los derechos conexos a aquel según lo que prevé la Constitución Política del Perú (1993).

El artículo 1 prevé que los procesos constitucionales tienen por objeto tutelar y reponer derechos individuales o colectivos cuyo ejercicio ha sido impedido o se amenace su ejercicio que se invoquen en la demanda de *habeas corpus*.

También prevé que, si luego de la interposición de la demanda cesa la afectación o la amenaza de afectación de algún derecho constitucional o si este se ha convertido en irreparable, el juzgado constitucional declarará fundada la demanda de *habeas corpus* y establecerá sus efectos para que el demandado no vuelva a afectar o amenazar los derechos similares que fueron materia de la demanda constitucional. Esta última también constituye una causal de improcedencia de la demanda de *habeas corpus*, por haberse sustraído la materia; y por tanto carecerá de objeto pronunciarse sobre el fondo de la controversia constitucional o por haberse tornado en irreparable el derecho o los derechos fundamentales alegados como vulnerados o amenazados.

III. DISPOSICIONES GENERALES DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD ENTRE LOS QUE SE ENCUENTRAN EL *HABEAS CORPUS*.

El artículo 2 del referido código en relación al proceso de *habeas corpus* destaca que es el más informal de los procesos constitucionales debido a los derechos fundamentales que protege: El derecho a la libertad personal y derechos conexos, que son muy relevantes; y, por tanto ha previsto que la demanda puede presentarse tanto por escrito (a computadora, a máquina de escribir o a manuscrito) en forma directa ante la mesa de partes del juzgado constitucional correspondiente o por correo;

además, puede incoarse mediante Facebook, WhatsApp, u otros de los medios de las redes sociales que resulten idóneos.

El comentado artículo también señala los requisitos que debe contener la demanda constitucional, que en el caso del *habeas corpus* puede ser menos formal, pues bastará en algunos casos que se proporcione de forma verbal y no escrita la sucinta relación de los hechos y que ni siquiera sea necesario que se invoque o se invoque de forma incorrecta o errónea los derechos que se invoquen como amenazados o violados; además, cuando se interponga ante el juzgado constitucional, el cual registrará en un acta o documento que serán levantados y firmados por el accionante (que puede ser distinto al agraviado quien en este caso resulta ser denominado favorecido o beneficiario), por el juez y por el secretario o servidor judicial correspondiente. Este tipo de demanda difiere a las demandas que se interpongan en los procesos de *amparo*, *habeas data* y *cumplimiento* que contemplan otros requisitos.

Asimismo, pese a que la demanda pueda adolecer de algún defecto de forma o lo que se invoque no tengan relevancia constitucional, ésta debe ser admitida de forma obligatoria, artículo que guarda relación con el artículo 6 que comentaremos luego.

317

Debo decir que, que me parece positivo e inclusivo respecto a una considerable cantidad de peruanos la posibilidad de la interposición de la demanda de *habeas corpus* (y en los demás procesos constitucionales de la libertad también) en otras lenguas distintas al español, lo cual significará que la Junta Nacional de Justicia y el Poder Judicial no sólo deberán incorporar a jueces y juezas sino también a otros operadores de justicia que hablen, escriban y comprendan en las citadas lenguas, sino también la contratación de intérpretes o traductores, lo cual demandará la disposición de recursos correspondientes.

En relación al turno el *habeas corpus* se diferencia de los otros tres procesos constitucionales de la libertad, puesto que en el artículo 3 establece que la demanda puede ser instaurada en el horario de lunes a domingo que incluyen sábados y feriados y durante las veinticuatro horas debido al derecho a la libertad personal y de los derechos conexos a aquella que tutela, pues, por ejemplo, se debe solicitar y disponerse la inmediata libertad de quien haya sido arbitraria e injustamente detenido o arrestado

y que por tal circunstancia no puede permanecer privado de su libertad un minuto más. Situación que no acontece con los procesos de *amparo*, *habeas data* y *cumplimiento* por los derechos constitucionales o fundamentales que tutelan.

El artículo 6 ha establecido por primera vez, la prohibición del rechazo liminar de las demandas constitucionales; entre estas la de *habeas corpus*. Mesía (2021) considera que ésta reforma no ha sido pacífica, pero su finalidad es la de agilizar el proceso, pero el juez constitucional podrá declarar improcedente la demanda, luego de que califique el escrito de contestación y que tenga a la mano todos los elementos para que se convenza de la improcedencia de la pretensión. Las causales de improcedencia son las establecidas en el artículo 7 del referido código y también se deben considerar las otras causales establecidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tales como la revaloración de pruebas y su suficiencia, los alegatos de inocencia e irresponsabilidad, temas de mera legalidad, la aplicación de recursos de nulidad y de acuerdos plenarios al caso concreto; entre otros porque estos son asuntos que le corresponde conocer y resolver a la judicatura penal ordinaria.

La obligatoria admisión a trámite de la demanda de *habeas corpus* es un tema que ha causado controversia, puesto que el juzgado constitucional no podrá declarar la improcedencia liminar de la demanda, sino que está obligado a admitirla a trámite y ordenar que se realice una sumaria investigación, pese a que lo que se invoque esté fuera del contenido materia de protección del derecho a la libertad personal o de los demás derechos objetos de tutela del *habeas corpus*, la controversia carezca de relevancia constitucional o se refiere a un derecho legal y no se trate de alguno o varios derechos constitucionales, o simplemente la pretensión entrañe un despropósito o un tema absurdo que ni siquiera merezca tutela procesal o jurisdiccional; además, se podría vulnerar la autonomía e independencia del juzgado en relación a la facultad que tiene para rechazar liminarmente una demanda en virtud a su criterio de conciencia y a lo valorado; la judicatura constitucional no podrá rechazar de forma ligera, simplista y sin el debido estudio de los actuados ante la

existencia de indicios de amenaza de violación o violación de los derechos fundamentales.

No obstante, lo anterior, si el juez al momento de que califique el escrito de contestación de la demanda presentada por la parte emplazada advierte que ésta resulta manifiestamente improcedente, podrá declararla así sin necesidad de que se continúe con el trámite correspondiente, lo cual parece ser una solución salomónica, que redundará en la mejor tutela de los derechos constitucionales.

Cabe precisar que el derogado Código Procesal Constitucional (2004) permitía que el juez al momento de calificar la demanda constitucional podía declararla improcedente *in limine* sin necesidad de admitirla a trámite y de realizar con ello la sumaria investigación, lo cual esta proscrito por el artículo 6 del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021).

319

Considero pertinente comentar las causales de improcedencia de *habeas corpus*, previstas en el artículo 7.

La primera causal importa a que cuando la pretensión constitucional contenida en la demanda de *habeas corpus* se refiera a un tema que se encuentra fuera del contenido constitucional, carezca de relevancia constitucional o esté referida a un derecho legal y no a un derecho constitucional, deberá ser declarada improcedente.

La segunda causal no resulta aplicable al proceso de *habeas corpus* sino a otros procesos tales como el amparo y otros.

La tercera causal esta referida a que si una pretensión constitucional mereció un pronunciamiento de fondo en otro proceso ordinario o constitucional ya sea que haya declarado fundada o infundada la demanda, en el nuevo proceso constitucional de *habeas corpus* que se instaure no podrá resolverse sobre el fondo porque el citado pronunciamiento tiene la calidad de cosa juzgada, lo cual guarda concordancia con el artículo 15 del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021).

La cuarta causal tampoco es aplicable al proceso de *habeas corpus*.

La quinta causal esta referida a que si por ejemplo una pretensión constitucional se interpuso hoy ante el primer juzgado constitucional, la misma pretensión ante el segundo juzgado constitucional mañana y luego ante el segundo juzgado constitucional pasado mañana, el segundo y tercer juzgado constitucional deberán declarar improcedente la demanda; o en todo caso, ambos juzgados deberán remitir los actuados al primer juzgado constitucional a efectos de que se acumulen al primer proceso y para que no hayan pronunciamientos contradictorios o implicantes.

La sexta causal a nuestro entender tampoco resulta aplicable al *habeas corpus*.

La séptima causal tampoco resulta aplicable al *habeas corpus* porque la demanda en la que se invoque la restitución o el cese de amenaza de afectación de algún derecho materia de tutela del referido proceso, no prescribe el plazo para su interposición como si puede suceder en los procesos de *amparo*, *habeas data* y *cumplimiento*.

Merece también comentario el artículo 8 en relación a la existencia del *habeas corpus* contra resoluciones judiciales y dentro de estos se puede invocar la violación o la amenaza de violación de los derechos fundamentales que son materia de tutela mediante la aplicación de normas infraconstitucionales tales como leyes, códigos como el Código Penal o Código Procesal Penal, por ejemplo. De estimarse la demanda, no se derogará o expulsará la norma cuestionada, sino que se la inaplicará para el caso concreto y tendrá efectos *inter partes* y no *erga omnes*, pues para expulsarse o derogarse una norma infraconstitucional como las señaladas será necesario instaurar la demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Considero también pertinente comentar el artículo 9 respecto a la procedencia del *habeas corpus* contra resoluciones judiciales mayoritariamente contra resoluciones judiciales emitidas en los procesos penales que se encuentran en trámite o que hayan concluido a través de un pronunciamiento, resoluciones que restrinjan sus derechos a la libertad

personal tales como sentencias condenatorias, resoluciones que ordenen su prisión preventiva; entre otras, que tengan la calidad de firme y que vulneren además otros derechos fundamentales como el derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales, a la prueba, a la defensa, a la pluralidad de la instancia y a los principios como el acusatorio y de legalidad penal; entre otros. Y solo resulta procedente cuestionar las referidas resoluciones cuando tengan la condición de firmes; es decir, que en el proceso penal previo se las haya apelado o impugnado y se haya obtenido resoluciones que la confirmen en virtud del principio de autocorrección. También, si se interpuso recurso de casación contra alguna sentencia de vista por delitos cuya pena mínima sea superior a los seis años de pena privativa de la libertad.

De no impugnarse en sede ordinaria las sentencias o resoluciones mediante los recursos de apelación y de casación y de cuestionarlas y atacarlas directamente a través de las demandas del *habeas corpus*, estas serán declaradas improcedentes en aplicación del mencionado artículo 9.

321

Un artículo que resulta relevante en tiempos de emergencia sanitaria que forma parte del estado de excepción previsto en el artículo 137 de la Constitución Política, es el establecido en el artículo 10 del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021).

La referida norma prevé que se puede interponer demanda de *habeas corpus* durante el estado de emergencia que comprenden los estados de sitio y de emergencia según lo previsto en el artículo 137 de la Constitución Política, que dispone que el Poder Ejecutivo con el acuerdo del Consejo de Ministros podrá decretar por un plazo determinado el estado de excepción en parte o en todo el territorio nacional, debiéndose precisar que durante el estado de emergencia (como el estado de emergencia sanitaria en el que nos encontramos) se suspenderá (término del cual no estamos de acuerdo porque implica la desaparición de derechos) o restringirá el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad y seguridad personales, a la inviolabilidad de domicilio y las libertades de reunión y de tránsito para favorecer o dar más peso a otros derechos, bienes o valores de igual valor en el ejercicio de la ponderación de derechos y de principios.

El juez constitucional analizará que derechos han sido o no restringidos; y si estos lo han sido de forma racional y justificada o no, puesto que los derechos básicos humanos y fundamentales se mantienen aún en forma restringida o limitada tales como por ejemplo los derechos a la vida, a la integridad física y psicológica y a los derechos fundamentales de naturaleza procesal como el de defensa, a la pluralidad de la instancia, a la debida motivación; entre otros.

IV. NORMATIVIDAD ESPECIFICA RESPECTO AL *HABEAS CORPUS*.

La competencia del juez para conocer la demanda de *habeas corpus* ha quedado establecida en el artículo 29, lo cual constituye una novedad, puesto que a diferencia del derogado Código Procesal Constitucional (2004) que disponía que era competente para conocer la demanda de *habeas corpus* cualquier juez penal de la República, sin importar donde se produjo la amenaza o la afectación del derecho constitucional materia de protección del citado proceso constitucional, lo cual significaba prorrogas de la competencia, el Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) prevé que es competente para conocer y resolver la referida demanda el juez constitucional del lugar en el que se amenazó o vulneró alguno de los derechos previstos en el artículo 33 del citado código o del lugar en el que se halle físicamente la persona que haya sido detenida de manera arbitraria e injustificada o donde se encuentre desaparecida.

Al respecto, Mesía (2021) señala que: “La práctica ha demostrado la mala instrumentalización de la competencia abierta en materia de *habeas corpus*, donde cualquier juez penal de turno a lo largo y ancho de la República podía conocer el proceso. De ahí, parte la necesidad de una reforma que a todas luces nos parece trascendente” (p. 37).

El referido autor, pues afirma con acierto, que no resultaba idóneo que los jueces especializados en materia penal que no tengan la especialización, conozcan las demandas de *habeas corpus*, pese pues a que en los procesos penales se pueda restringir o limitar el derecho fundamental a la libertad personal.

Asimismo, se debe destacar que como en la mayoría de distritos judiciales del Perú no existen juzgados ni Salas constitucionales, serán competentes el juez penal de la investigación preparatoria y la Sala Penal de Apelaciones de los distritos correspondientes conforme a lo dispuesto por la Segunda Disposición Final complementaria del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) hasta que se implementen en todos los distritos judiciales del Perú los juzgados y las Salas constitucionales integradas por magistrados que sean especializados en la referida materia; sin embargo, de no implementarse ello, se tomará en ilusoria e impráctica la modificación en mención.

Al respecto, debo precisar que con la aplicación del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) no existe la prórroga de la competencia, porque como queda dicho la competencia del juzgado constitucional se extiende solo al del lugar donde se amenazó o afectó el derecho constitucional, lo cual me parece una idónea y adecuada modificación porque no sólo se facilita al juez local para que realice la sumaria investigación sino que se evitará la presunta parcialización del juez amigo del abogado de la parte demandante pues pudiera suceder que estime la demanda constitucional, sin que se configure la amenaza o la afectación de los derechos materia de tutela por el *habeas corpus*.

323

También el artículo 30 ha establecido la competencia del juez de paz que significa será competente cuando la amenaza o la vulneración de un derecho constitucional acontezca en un lugar diferente al juzgado constitucional ante el cual se interpuso la demanda, quien actuará comisionado por el segundo para realizar las indagaciones y ordenar las actuaciones inmediatas para que cese la amenaza de vulneración del derecho constitucional o su restitución. Artículo similar al artículo 29 el derogado Código Procesal Constitucional (2004) que normaba la competencia del juez de paz en lugar distinto y lejano o de difícil acceso de aquel en que tiene su sede el Juzgado donde se interpuso la demanda.

En relación a quien puede interponer la demanda de *habeas corpus* el artículo 31 establece que puede ser presentado por quien considere que se han vulnerado o amenazado los derechos objeto de protección a través del citado proceso o por la persona que la instaure en su favor, sin que ostente algún tipo de poder de representación (por acta, escritura pública u

otro), demanda que puede ser incoada sin que la suscriba abogado, aunque nada obsta que pueda hacerlo; tampoco se exige formalidad alguna conforme a la naturaleza del mencionado proceso porque tutela los derechos muy importantes como el de la libertad personal y sus derechos conexos. Asimismo, la Defensoría del Pueblo está facultada a interponer la referida demanda cuando alguna persona acuda ante ella y requiera su patrocinio o cuando se trate de intereses difusos.

Sobre las características del *habeas corpus*, el artículo 32 ha considerado que la informalidad, pues el citado proceso es el más informal de los procesos constitucionales de la libertad por el derecho a la libertad personal y sus derechos conexos que protege, por lo que no resulta necesario invocar aspectos formales, pero sí la mención de la sucinta relación de los hechos alegados como amenaza o la efectiva afectación de derechos; el de la simultaneidad, en virtud del cual el citado proceso es el único e idóneo para lograrse la restitución de los mencionados derechos; el de la actividad vicaria que importa que la demanda puede ser instaurada por la propia persona afectada o por alguien en su favor, sin que resulte necesario que se le otorgue algún poder de representación debido a la necesidad y urgencia de accionar o ante la imposibilidad material del primero de otorgar poder debido por ejemplo porque se encuentra detenido u otra circunstancia; el de la unilateralidad, que implica que no se necesita escucharse a la parte demandada para resolverse la situación que se alegue en la demanda debido por ejemplo a la necesidad y urgencia de ordenarse la libertad de una persona que haya sido injusta y arbitrariamente detenida, no resulta necesario escuchar al jefe de la delegación policial o del local (porque no sea posible ubicarlos) donde se encuentre el detenido; y el de la imprescriptibilidad, en mérito del cual el plazo para interponerse la demanda de *habeas corpus* no prescribe como si sucede por ejemplo con la demanda de *amparo*, debido a los derechos que protege como por ejemplo para ubicar al detenido-desaparecido no obstante los años (aunque sean varios o muchos) que hayan transcurrido desde que se produjo la desaparición y/o detención, pretensión que implicará además que se ordene a la judicatura penal ordinaria para que investigue y sancione al responsable o responsables y que nunca más se vuelvan a repetir tales

actuaciones, porque la judicatura constitucional tiene también la función pedagógica.

Respecto a los derechos que son materia de protección el artículo 33 ha prescrito los mismos derechos que lo hacía el derogado Código Procesal Constitucional y ha considerado algunos nuevos.

De lo anterior se advierte que el Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) protege la mayoría de los derechos que protegía el derogado Código Procesal Constitucional (Ley 2004), pero también se precisa un derecho y se protege otros. En efecto, ha previsto en el numeral 2 del artículo 33 que ninguna persona puede ser obligada a prestar juramento ni forzado u obligado (se entiende bajo tortura física o psicológica) a declarar o reconocer culpabilidad contra sí mismo o contra sus familiares entre estos el conviviente o la conviviente; en el numeral 8 se ha establecido que la detención policial para la investigación por la presunta comisión de algún delito en armonía o consonancia con lo previsto por el acápite f) del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que fue materia de reforma constitucional; en el numeral 13 se ha incluido el derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre, explotación infantil o trata en cualquiera de sus modalidades, lo cual no sólo configura la comisión de delitos sancionados por el Código Penal, sino que pueda suceder que cuando una persona permanezca retenida, recluida o secuestrada contra su voluntad como consecuencia de la comisión de tales delitos, se puede solicitar ante el juez constitucional su inmediata libertad mediante la demanda de *habeas corpus*, sin perjuicio de la investigación y sanción contra los responsables de los delitos en una vía jurisdiccional distinta a la constitucional, como resulta ser la ordinaria penal; y, en el numeral 18 se ha establecido que nadie puede ser objeto a una ejecución extrajudicial o desaparición forzada, que guarda estrecha relación el artículo 19 que ha previsto el derecho a la verdad según su reconocimiento en la jurisprudencia esencialmente del Tribunal Constitucional y que corresponde al *habeas corpus* instructivo.

Considero resaltante comentar las normas especiales del procedimiento de *habeas corpus* previstas en el artículo 37 del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021). Así, pues el proceso de *habeas corpus* no se puede recusar a los jueces constitucionales a excepción de quien se vulneró su derecho o quien actúe en su favor; que los jueces ni los

secretarios judiciales pueden excusarse de conocer y resolver la demanda, lo cual va en concordancia con el artículo 6 del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021); que el órgano jurisdiccional señalará fecha para las actuaciones procesales dentro del más breve plazo, en virtud de la celeridad que caracteriza a los procesos constitucionales de la libertad; que no participa el Ministerio Público como parte procesal, porque carece de interés en el resultado del proceso; que es posible ofrecer pruebas documentales; entre otras; que a solicitud del accionante el órgano jurisdiccional le podrá nombrar abogado de oficio de preferencia que sea especialista en derecho constitucional y procesal constitucional en consonancia con el artículo 4 del código cuando la parte demandante no cuente con recursos económicos o se encuentre en una situación vulnerable; que las actuaciones procesales deben realizarse sin prórroga alguna en atención a la tutela célere y de urgencia que caracteriza el *habeas corpus*; y, que no habrá vista de la causa, salvo si lo solicita el accionante o el favorecido para que su abogado defensor informe de forme oral cuando lo solicite derecho que también se extiende a la parte demandada, para que ejerza su derecho de defensa.

326

Respecto a los plazos el artículo 22 ha considerado que dada la naturaleza de los derechos que son materia de protección por el *habeas corpus*, como son el de la libertad personal y de sus derechos conexos, el plazo para por ejemplo apelar la sentencia emitida por el juez constitucional es de dos días hábiles que se cuentan a partir del día siguiente hábil en que se notificó la sentencia, que resulta ser más corto respecto a los otros procesos de *amparo*, *habeas data* y *cumplimiento*, en los cuales el plazo para apelar la sentencia es de tres días hábiles. Y es que resulta inaceptable que estando por ejemplo una persona indebida y arbitrariamente deba estar un minuto más privada de su libertad, sin que se resuelva su situación jurídica dentro del más breve plazo que incluye la impugnación de la referida sentencia.

También, respecto a la tramitación del referido recurso, en el artículo 23 se ha considerado un plazo más breve en el *habeas corpus* a diferencia de los otros tres procesos constitucionales de la libertad por los mencionados derechos objeto de su protección.

En relación a la interposición del recurso de agravio constitucional que se interponga contra la sentencia de vista o de segundo grado que declare infundada o improcedente la demanda de *habeas corpus*, el artículo 24 no ha previsto diferencias con los tres procesos constitucionales de la libertad, pese a la naturaleza especial que ostenta.

El artículo 24 recientemente modificado por la Ley 31583, establece que resulta obligatoria la vista de la causa, ante la cual los abogados que así lo soliciten podrá informar de forma oral, derecho que no puede ser limitado bajo sanción de nulidad de los procesos constitucionales; entre estos el *habeas corpus*, con lo cual se garantiza el derecho de defensa de los justiciables.

Otra de las normas que resulta de aplicación al *habeas corpus* es la contenida en el artículo 28 del código también modificado por la Ley 31583, que prevé que si se estima la demanda de *habeas corpus*, la judicatura constitucional condenará a la parte demandada que pague las costas y los costos, pero si se desestima, la parte demandante pagará tales conceptos si actuó con temeridad; además, si pierde el Estado solo pagará los costos.

327

En cuanto al procedimiento, el Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) en su artículo 34 establece que cuando se haya producido la detención arbitraria de una persona y se haya vulnerado su integridad, el juez constitucional deberá restituir sus derechos de forma inmediata para lo cual deberá (necesariamente creo yo) constituirse en el lugar en que se afectaron sus derechos y de advertir que la detención es arbitraria, ordenará inmediatamente sea puesto en libertad, con lo cual se prevé la existencia de un juez no sólo dinámico con decisiones que se efectivicen en la práctica sin necesidad, incluso, de qué declare fundada la demanda por escrito, lo cual podrá hacerlo luego de haber restituido el derecho o los derechos fundamentales vulnerados, sino que de forme célere y urgente protegerá tales derechos antes que se tornen en irreparables e imposibles ser restituidos de forma material. Esta normatividad era similar a la que establecía el anterior Código Procesal Constitucional (2004).

El artículo 35 trae como una innovación de que en los casos que no sean sobre la detención arbitraria ni de afectación el juzgado de ser necesario programará la audiencia única, en la cual las partes expresaran lo conveniente de acuerdo a sus posiciones y pretensiones en aplicación del principio de inmediación, luego el juzgado emitirá sentencia en la misma audiencia o dentro del plazo de tres días calendarios. Esta es la única excepción para la programación de la audiencia única en el *habeas corpus*, pues es facultativa para el juzgador de acuerdo a las circunstancias y a la necesidad del caso, pero si resulta obligatoria su realización en los otros tres procesos de *amparo*, *habeas data* y *cumplimiento*.

El artículo 36 resulta ser similar al artículo 32 del anterior Código Procesal Constitucional (2001) referido a la desaparición forzada de personas que establece que el juzgado constitucional está facultado para agotar las medidas necesarias para ubicar a la persona detenida y/o desaparecida y remitirá copias de los actuados al Ministerio Público para que conforme a sus atribuciones, investigue los referidos actos delictuosos; y, de ser necesario, formalizará denuncia penal contra las autoridades y demás personas que resulten responsables que podrán luego ser sentenciadas y condenadas por el órgano jurisdiccional penal. Esto va acorde con el *habeas corpus* correctivo de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las sentencias emitidas en los Expedientes 02488-2002-PHC/TC y 01804-2015-PHC/TC. Debido a la naturaleza del proceso de *habeas corpus*, de tutela célere y urgente y conforme a los derechos que tutela, la judicatura constitucional no está facultada para investigar y sancionar a los responsables de la detención y/o desaparición de las personas, sino que esa labor le corresponde a la judicatura penal ordinaria.

El artículo 37 prevé que no se puede recusar a los jueces constitucionales a excepción de la persona agraviada; que los jueces ni el personal del juzgado constitucional pueden excusarse de conocer el *habeas corpus*; que se deberá programar las actuaciones judiciales; que no es parte el Ministerio Público en el proceso de *habeas corpus*, aunque si se le puede remitir piezas para que actúe conforme a sus atribuciones; que resulta factible el ofrecimiento de pruebas documentales para que sean meritadas

en su oportunidad al momento de resolverse la causa; que el juzgado podrá asignarle a la parte demandante un defensor de oficio cuando se encuentre en situación de dificultad económica o en estado de vulnerabilidad, lo cual resulta aplicable conforme el artículo 4; que los actos procesales no deben ser postergados; y, que si solo lo solicita el recurrente o el favorecido se convocará a la audiencia de vista de la causa.

El artículo 38 del Código ha establecido las consecuencias de la sentencia estimatoria en el proceso de *habeas corpus*. Así, en el caso de la persona arbitrariamente detenida se debe ordenar su inmediata libertad; que en el caso de las personas que cumplan algún mandato de detención se ordenará el cambio de las condiciones de su detención; en el caso de los detenidos por ejemplo en flagrancia, se dispondrá se le ponga a disposición de la autoridad competente, como pueden ser la fiscalía o el juez de la investigación preparatoria para que se determine su situación jurídica, dentro del plazo de las cuarenta y ocho horas desde su detención y a su vencimiento; y, que pese a producirse el cese la afectación del derecho o de los derechos o su amenaza, se ordenará que tales agresiones no vuelvan a repetirse.

329

El artículo 26 del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) establece que la sentencia que se declare fundada en el *habeas corpus* debe ser ejecutada de forma inmediata. Y dada la urgencia de reponerse el ejercicio del derecho fundamental a la libertad personal mediante la instauración del citado proceso constitucional, la Sala Constitucional está facultada para ejecutar la sentencia que declare fundada sin que sea necesaria que regresen los actuados al juzgado constitucional de origen (Mesía, 2021), lo cual a mi criterio se enmarca dentro de la celeridad y efectividad que caracterizan a los procesos constitucionales de la libertad.

Estimo que la citada incorporación normativa resulta positiva porque de esperarse que baje el expediente a primera instancia, se podría producir la irreparabilidad del derecho y de los derechos constitucionales afectados y para que no se torne e ilusoria o ficticia la tutela ordenada.

Finalmente, considero que de existir algún vacío o presunta afectación de derechos fundamentales, esto podrá ser llenado, corregido o subsanado por la jurisprudencia durante la aplicación Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) por parte de la judicatura constitucional del

Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, y en virtud de las modificaciones que tuvo y que tendrá.

V. CONCLUSIONES.

El proceso de *habeas corpus*, ha sufrido algunas modificaciones y que se han incluido algunas innovaciones que resultan positivas, necesarias, idóneas y conforme la jurisprudencia constitucional y otras que quizás no lo parezcan.

El artículo 1 del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) prevé que, si luego de la interposición de la demanda cesa la afectación o la amenaza de afectación de algún derecho o si este se ha convertido en irreparable, el juzgado constitucional declarará fundada la demanda de *habeas corpus* y establecerá sus efectos para que el demandado no vuelva a afectar o amenazar los derechos similares que fueron materia de la demanda constitucional. Esta última también constituye una causal de improcedencia de la demanda, por haberse sustraído la materia y por tanto carece de objeto pronunciarse sobre el fondo de la controversia constitucional o por haberse tornado en irreparable el derecho o los derechos alegados como vulnerados.

Debido a los derechos fundamentales que protege el *habeas corpus*, como son el derecho a la libertad personal y derechos conexos, que son muy relevantes, se ha previsto que la demanda puede presentarse tanto por escrito (a computadora, a máquina de escribir o a manuscrito) en forma directa ante la mesa de partes del juzgado constitucional correspondiente o por correo; además, puede incoarse mediante Facebook, WhatsApp u otros de los medios de las redes sociales que resulten idóneos.

En algunos casos bastará en algunos casos que se proporcione de forma verbal y no escrita la sucinta relación de los hechos y que ni siquiera se invoque o se invoque de forma incorrecta o errónea los derechos cuando se interponga ante el juzgado constitucional, el cual registrará en un acta o documento que serán levantadas y firmados por el accionante.

Resulta positivo e incluso la posibilidad de la interposición de la demanda de *habeas corpus* en otras lenguas distintas al español, lo cual significará que la Junta Nacional de Justicia y el Poder Judicial no sólo deberán incorporar a jueces y a otros operadores de justicia que hablen, escriban y comprendan en las citadas lenguas sino también la contratación de intérpretes o traductores lo cual demandará la disposición de recursos.

La demanda de *habeas corpus* puede ser instaurada en el horario de lunes a domingo que incluyen sábados y feriados y durante las veinticuatro horas debido a los derechos que tutela.

También se ha establecido la obligatoriedad de la admisión a trámite de la demanda de *habeas corpus* que es un tema que ha causado controversia puesto que el Juzgado Constitucional no podrá declarar la improcedencia liminar de la demanda sino que está obligado a admitirla a trámite y ordenar que se realice una sumaria investigación, pese a que lo que se invoque este fuera del contenido materia de protección de los derechos objeto de tutela del *habeas corpus*, la controversia carezca de relevancia constitucional o se refiere a un derecho legal y no se trate de alguno o varios derechos constitucionales, o que la pretensión entrañe un despropósito o un tema absurdo que ni siquiera merezca tutela procesal o jurisdiccional; además, se podría vulnerar la autonomía e independencia del juzgado en relación a la facultad que tiene de rechazar liminarmente una demanda en virtud a su criterio de conciencia; sin embargo, la judicatura constitucional no podrá rechazarse de forma ligera, simplista y sin el debido estudio de los actuados ante la existencia de indicios de amenaza de violación de o la violación de los derechos fundamentales.

Si el al momento de calificarse el escrito de contestación de la demanda presentada por la parte emplazada se advierte que resulta manifiestamente improcedente, se podrá declararla así sin necesidad de que se continúe con el trámite correspondiente, lo cual redundará en la mejor tutela de los derechos constitucionales.

Resultará improcedente la demanda de *habeas corpus* cuando se refiera a un tema que se encuentra fuera del contenido constitucional, carezca de relevancia constitucional o esté referida a un derecho legal y no a un derecho constitucional deberá ser declarada improcedente; cuando una pretensión constitucional mereció un pronunciamiento de fondo, ya

sea que haya declarado fundada o infundada la demanda, en el nuevo proceso constitucional de *habeas corpus* no podrá resolverse sobre el fondo porque el citado pronunciamiento tiene la calidad de cosa juzgada; y, también si por ejemplo una pretensión constitucional se interpuso hoy ante el primer juzgado constitucional, la misma pretensión ante el segundo juzgado constitucional mañana y luego ante el segundo juzgado constitucional pasado mañana, el segundo y tercer juzgado constitucional deberán declarar improcedente la demanda; o en todo caso, ambos juzgados deberán remitir los actuados al primer juzgado constitucional a efectos de que se acumulen al primero y para que no hayan pronunciamientos contradictorios.

En relación al *habeas corpus* contra resoluciones judiciales en el que se invoque la violación o la amenaza de violación de los derechos fundamentales que son materia de tutela mediante la aplicación de normas infraconstitucionales tales como leyes, códigos como el Código Penal o Código Procesal Penal, por ejemplo. De estimarse la demanda, no se deroga o expulsará la norma cuestionada, sino que se la inaplicará para el caso concreto y tendrá efectos *inter partes* y no *erga omnes*, pues para expulsarse o derogarse una norma infraconstitucional como las señaladas será necesario instaurar la demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

332

Resulta procedente cuestionar las resoluciones judiciales cuando tengan la condición de firmes; es decir, que en el proceso penal previo se las haya apelado o impugnado y se haya obtenido resoluciones que la confirmen en virtud del principio de autocorrección. También si se interpuso recurso de casación contra alguna sentencia de vista por delitos cuya pena mínima sea superior a los seis años de pena privativa de la libertad.

El nuevo código prevé la posibilidad de interponerse la demanda de *habeas corpus* durante el estado de emergencia que comprenden los estados de sitio y de emergencia, para lo cual la judicatura constitucional analizará que derechos han sido o no restringidos; y si estos lo han sido de forma racional y justificada.

El Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) prevé que es competente para conocer y resolver la referida demanda el juez constitucional del lugar en el que se amenazó o vulneró alguno de los derechos previstos en el artículo 33 del citado código o del lugar en el que se halle físicamente la persona que haya sido detenida de manera arbitraria e injustificada y/o donde se encuentre desaparecida.

También se establece que puede ser presentado por quien considere que se han vulnerado o amenazado los derechos objeto de protección a través del citado proceso o por la persona que la instaure en su favor, sin que ostente algún tipo de poder de representación (por acta o escritura pública), demanda que puede ser incoada sin que la suscriba abogado.

El *habeas corpus* se caracteriza por su informalidad debido a los derechos que protege; el de la simultaneidad, en virtud del cual el *habeas corpus* es el único e idóneo proceso para lograrse la restitución de los mencionados derechos; el de la actividad vicaria que importa la demanda puede ser instaurada por la propia persona afectada o por alguien en su favor sin que resulte necesario que se le otorgue algún poder de representación; el de la unilateralidad que implica que no se necesita escucharse a la parte demandada para resolverse la situación que se alegue; y, el de la imprescriptibilidad, en mérito del cual el plazo para interponer la demanda de *habeas corpus* no prescribe.

333

Respecto a los derechos que son materia de protección el artículo 33 ha prescrito los mismos derechos que lo hacía el derogado Código Procesal Constitucional y ha considerado algunos nuevos.

No se puede recusar a los jueces constitucionales a excepción de quien se vulneró su derecho o quien actúe en su favor; los jueces ni los secretarios judiciales pueden excusarse de conocer y resolver la demanda; entre otras características.

El plazo para por ejemplo apelar la sentencia emitida por el juez constitucional es de dos días hábiles que se cuentan a partir del día siguiente hábil en que se notificó la sentencia, que resulta ser más corto respecto a los otros procesos constitucionales de la libertad.

El artículo 24 recientemente modificado por la Ley 31583 establece que resulta obligatoria la vista de la causa, ante la cual los abogados que así lo soliciten podrá informar de forma oral.

El artículo 28 del código también modificado por la Ley 31583, prevé que si se estima la demanda de *habeas corpus*, la judicatura constitucional condenará a la parte demandada que pague las costas y los costos, pero si se desestima, la parte demandante pagará tales conceptos si actuó con temeridad; además, si pierde el Estado solo pagará los costos.

El juez constitucional deberá restituir sus derechos de forma inmediata, para lo cual deberá constituirse en el lugar en que se afectaron sus derechos y de advertir que la detención es arbitraria ordenará inmediatamente sea puesto en libertad.

En los casos que no sean sobre la detención arbitraria ni de afectación, el juzgado de ser necesario programará la audiencia única, la cual se caracteriza en que las partes expresaran lo conveniente de acuerdo a sus posiciones y pretensiones, luego de lo cual el juzgado emitirá sentencia en la misma audiencia o dentro del plazo de tres días calendarios.

En los casos de desaparición forzada de personas, el juzgado está facultado para agotar las medidas necesarias para ubicar a la persona detenida y/o desaparecida y remitir copias de los actuados al Ministerio Público, para, que conforme a sus atribuciones investigue los referidos actos y de ser necesaria formalizará denuncia penal contra las autoridades y demás personas que resulten responsables que podrán luego ser sentencias y condenadas.

El artículo 38 del Código ha establecido las diferentes consecuencias de la sentencia estimatoria en el proceso de *habeas corpus*.

También se ha previsto que la sentencia que se declare fundada en el *habeas corpus* deberá ser ejecutada de forma inmediata.

Finalmente, de existir algún vacío o presunta afectación de derechos fundamentales, esto podrá ser llenado, corregido o subsanado por la jurisprudencia durante la aplicación del Nuevo Código Procesal Constitucional (2021) por parte de la judicatura constitucional del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, y en virtud de las modificaciones que tuvo y que tendrá.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Eto, G. y García Belaunde, D. (2015). *Constitución Peruana, Historia y Dogmática*. Adrus.

Hakansson, C. (2012). *Curso de Derecho Constitucional*. Palestra.

Mesía, C. & Roel, L. (2021). *Comentarios de las Reformas al Código Procesal Constitucional*. Jurista Editores EIRL.

VII. RESOLUCIONES CONSTITUCIONALES

Tribunal Constitucional del Perú (2004), Sentencia emitida en el Expediente 02488-2002-PHC/TC. Genaro Villegas Namuche contra el Fuero Militar y otro. 18 de marzo. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú (2018), Sentencia emitida en el Expediente 01804-2015-PHC/TC. Bruno Carlos Schell contra el comisario de la Comisaría de Miraflores y capitán PNP Enrique Morón Sánchez; contra el alcalde de la Municipalidad Distrital de Miraflores y el personal de serenazgo de dicha comuna. 15 de febrero. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/01804-2015-HC.pdf>

Algunos aspectos del hábeas corpus en el Nuevo Código Procesal Constitucional

A few aspects about the habeas corpus in the New Constitutional Process Code

✉ MIGUEL P. VILCAPOMA IGNACIO*

Resumen

En el presente trabajo se realiza un análisis de las disposiciones del Nuevo Código Procesal Constitucional con relación al proceso constitucional de habeas corpus. En este sentido, se comenta la introducción de la figura del *amicus curiae* a este tipo de proceso, la competencia del juez para recibir la demandad, las características procesales, así como la defensa legal y la tramitación del habeas corpus. Asimismo, se realiza una comparación de la regulación de la figura del rechazo liminar entre el Nuevo Código Procesal Constitucional y el anterior. Después, se enuncia los derechos tutelados por el proceso constitucional del habeas corpus. Finalmente, se comenta si los cambios que se hicieron al anterior Código Procesal Constitucional constituyen una modificación, una reforma o la creación de un Nuevo Código Procesal Constitucional.

Palabras clave

Habeas corpus, Nuevo Código Procesal Constitucional, demanda, proceso constitucional.

* Docente Principal de la Universidad Peruana Los Andes, miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC), presidente del Instituto de Ciencia Política y Derecho Constitucional (ICPDC) – Huancayo.

Abstract

This paper analyzes the laws of the New Constitutional Procedural Code with regard to the constitutional process of habeas corpus. In that sense, this work comments on the introduction of the figure of the *amicus curiae* to this type of process, the competence of the judge to receive the plaintiff, the procedural characteristics, as well as the legal defense, and the procedure of the habeas corpus. Furthermore, a comparison is made of the regulation of the figure of the liminal rejection between the New Constitutional Procedural Code and the previous one. Then, it enunciates the rights protected by the constitutional process of habeas corpus. Finally, it is commented whether the changes made to the former Code of Constitutional Procedure constitute a modification, a reform, or the creation of a new Code of Constitutional Procedure.

Keywords

Habeas corpus, New Constitutional Procedural Code, lawsuit, constitutional process.

Sumario

337

I. INTRODUCCIÓN. II. APRECIACIONES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL. III. AMICUS CURIAE. IV. JUEZ COMPETENTE. V. INTERVENCIÓN DE UN JUEZ COMISIONADO. VI. CARACTERÍSTICAS PROCESALES. VII. DEFENSA LEGAL EN EL HÁBEAS CORPUS. VIII. RECHAZO LIMINAR ANTES Y HOY. IX. TRAMITACIÓN DEL HÁBEAS CORPUS. X. AUSENCIA DE LA VISTA DE LA CAUSA EN EL HÁBEAS CORPUS. XI. RESPECTO DE LOS DERECHOS TUTELADOS. XII. MODIFICACIÓN, REFORMA O NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. XIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN. XIV. REFERENCIAS.

I. INTRODUCCIÓN.

Esta institución procesal de protección de la libertad física o de tránsito, tiene en la historia tres fuentes de su origen, el romano, el aragonés y el británico o inglés.

Según Sagüés (1988), el antecedente más remoto y concreto de la actual acción de hábeas corpus parece ser el interdicto romano de *homine libero exhibendo*, contenido en el *Digesto*, título XXIX, libro XLIII. El citado estudioso argentino, señala que, había también otros interdictos que podrían ser utilizado por el *pater familiae*, para lograr la devolución al hogar de alguno de sus descendientes (*Interdictum de liberis exhibendis et ducentis*); había otro interdicto dado al marido para hacer retornar a su esposa (*Interdictum de uxore ducenda vel exhibenda*); luego, había otro interdicto concedido al patrono para lograr la exposición del liberto para que debía realizarle ciertos trabajos (*interdictum de liberto exhibendo*).

Precisa, el citado docente que el *interdictum de homine libero exhibendo*, estaba destinado para reclamar la liberación de un hombre libre dolosamente detenido.

Con respecto al origen aragonés, para este autor, el *juicio de manifestación*, puede ser conceptuado, con certeza, como otro trámite similar al actual hábeas corpus, que fue un procedimiento singular en el Derecho aragonés, que se sustanciaba ante el Justicia Mayor de Aragón. Se observa que en el siglo XIII existe esta justicia, declina en el siglo XVI y desaparece en los comienzos del siglo XVIII. El juicio de manifestación podía ser de bienes, escrituras o provisiones y de personas.

338

Con respecto al origen anglosajón del Hábeas Corpus, nos refiere que el amparo a la libertad se ha instrumentado a través de diversos trámites procesales en salvaguarda del derecho de locomoción y de libertad física. Luego señala que, de todos esos procedimientos, el más significativo es el *writ of habeas corpus ad subiciendum*: el hábeas corpus por antonomasia. Este hábeas corpus fue institucionalizado en la Carta Magna de 15 de junio de 1215, cuyo apartado 39 enunció el siguiente principio fundamental. “Ningún hombre será prendido o encarcelado o desposeído de sus bienes o proscrito o desterrado o de cualquier otro modo castigado, ni iremos sobre él ni mandaremos contra él, sino previo juicio legal de sus pares o en virtud de la ley del país”.

Por su parte, García Belaunde (2001, pág. 89) señala que, el *hábeas corpus*, nace en Inglaterra en el siglo XIII, desde entonces emprende un rápido desarrollo que perfila sus principales características. Refiere que, en este

carácter es trasladado a sus colonias en especial a Estados Unidos, que lo adopta con rango local y luego como federal cuando se consuma la independencia, en donde también tiene un desarrollo peculiar hasta nuestros días. Además, señala que el paso de esta institución a los nuevos países latinoamericanos, se dio en el siglo XIX, y era quizá inevitable, y en tal sentido fue importante la influencia inglesa, primero, y la norteamericana después. Luego agrega que, lo cierto es que la incorporación del *hábeas corpus* a la legislación de las jóvenes naciones latinoamericanas no fue mecánica ni tampoco constituyó una copia servil, sino por el contrario, la adoptaron y la refundieron con su problemática y la hicieron encajar dentro de sus instituciones que estaban basadas en esquemas de inspiración romántica.

Por tanto, el *hábeas corpus* que ha subsistido en el tiempo y que ha llegado a nuestro medio es el inglés o británico, permaneciendo entre nosotros.

Es así que el proceso en referencia, ingresó vía legislativa a nuestro sistema el 21 de octubre del año de 1789; posteriormente se constitucionalizó en todas las Cartas que han regido en el Perú, como instrumento procesal de tutela de la libertad personal o ambulatoria a partir de la Constitución de 1920 en adelante.

339

La Constitución de 1979, institucionalizó el *hábeas corpus* y el amparo como medios de protección de derechos fundamentales; por tanto, siendo necesario contar con normas que regulen el procedimiento, se aprobó la Ley N° 23506, la que fue promulgada con fecha 7 de diciembre de 1982, publicado con fecha 8 del mismo mes y año. La ley citada fue el primer instrumento procesal adoptado en el país dentro del marco constitucional de la Carta de 1979.

Por los avatares del destino, que no es el espacio para comentar, en el Perú, se aprobó la Constitución de 1993 que se encuentra vigente hasta la actualidad, en el que se establece cuatro mecanismos de protección de derechos constitucionales; es decir, *hábeas corpus*, amparo, *hábeas data* y proceso de cumplimiento. En esta Carta con relación a la Constitución de 1979, se incrementaba dos procesos más, que sumaban en total cuatro.

La Ley 23506, había cumplido su cometido, con modificaciones puntuales; hallándose en vigencia la Constitución de 1993 se introduce ciertas

modificaciones para que siga regulando los procesos para lo que había sido creado. Para el hábeas data y la acción de cumplimiento, se había creado una ley específica².

En otros términos, los abogados y magistrados no disponíamos de un único cuerpo normativo que regule los procesos constitucionales que se habían incrementado para la defensa de los derechos positivizados en la Constitución.

Dentro de este contexto, existiendo disposiciones dispersas que regulaban el procedimiento de los cuatro procesos de carácter constitucional, consideramos necesario hacer referencia que el Código Procesal Constitucional derogado (Ley 28237), según Abad (1918, págs. 130) y nos consta, que nació por iniciativa de un grupo seis profesores que se encontraba integrado por Domingo García Belaunde, Francisco Eguiguren Praeli, Juan Monroy Gálvez, Arsenio Oré Guardia, Jorge Danós Ordoñez y Samuel Abad Yupanqui, que se reunieron en junio de 1995, con la finalidad de elaborar un Anteproyecto del Código Procesal Constitucional, el texto elaborado fue publicado en octubre de 2003. Con fecha 15 de diciembre del 2003, un grupo de congresistas multipartidarios lo hizo suyo, transitando el proyecto en el procedimiento parlamentario respectivo, hasta su aprobación por el órgano parlamentario y su posterior promulgación y publicación por el presidente de la República.

340

Este Código nacido por el esfuerzo de los docentes nombrados, ha cumplido satisfactoriamente como instrumento procesal no solamente en la protección de los derechos fundamentales, sino también en los procesos de carácter orgánico en salvaguarda de la supremacía constitucional.

II. APRECIACIONES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL.

Queremos partir de que el Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado mediante Ley N° 31307, publicado con fecha 23 de julio de 2021, no estableció un período de *vacatio legis* a diferencia del Código primigenio aprobado por ley 28237, en la segunda disposición final transitoria y derogatoria, señalaba que las disposiciones del *presente Código entra en*

² La Ley 26301 fue publicada el 3 de mayo de 1994.

vigencia a los seis meses de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, conforme efectivamente sucedió con el indicado cuerpo normativo. El espacio concedido por el legislador de aquella época, ha permitido a magistrados, abogados y justiciables, informarse sobre sus particularidades, alcances y beneficios.

El actual Código Procesal estableció su aplicación al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, conforme lo dispone en la quinta disposición complementaria final; por tanto, el indicado cuerpo normativo se viene aplicando desde el 24 de julio del año pasado (2021).

III. AMICUS CURIAE.

La figura del *amicus o amici curiae*, ha sido introducido en el nuevo Código Procesal Constitucional conforme podemos apreciar en el artículo V del Título Preliminar del indicado cuerpo normativo, obviamente no estaba consignado en el Código derogado; sin embargo, el Tribunal Constitucional como algunas Salas de Corte y jueces recurrían a este mecanismo.

341

La institución es de origen romano, por lo que Borda (s.f. pág. 171) con respecto al tema expresa que la institución de raigambre romana, adquirió divulgación en los países del *Common Law*, del cual fue tomado por el derecho internacional de los derechos humanos y trasvasado, luego, a nuestros tribunales, en los que viene siendo objeto de una activa praxis, en particular en aquellas causas en que se hallan comprometidos derechos de incidencia colectiva, que proponen desafíos ético-jurídicos para los magistrados.

En la publicación de la Defensoría del Pueblo (2009, pág. 18) explica que la institución del *amicus curiae* permite la participación de terceros ajenos a un proceso, ofreciendo opiniones de trascendencia para la solución de un caso sometido a conocimiento judicial, justificando su interés en su resolución final.

Siendo la presente institución adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de igual forma por muchos países latinoamericanos y algunos países del mundo, ha establecido que los jueces, la sala o el Tribunal Constitucional, pueden recurrir a esta institución y recibir las opiniones de especialistas en conocimientos jurídicos especializados como también especialistas en otras ramas del conocimiento, al margen del Derecho.

En los numerales del artículo indicado se precisa los requisitos o condiciones que deben reunir para ser considerado amigo de la corte.

En el numeral uno del artículo mencionado, se señala que no es parte en el proceso, tampoco puede tener interés en el resultado del proceso. En el numeral dos, se precisa que debe tener una reconocida competencia e idoneidad sobre la materia que se le consulta. En el numeral tres del indicado precepto se precisa que la opinión del *amicus curiae* no es vinculante; es decir, el magistrado, los miembros de la sala y del Tribunal Constitucional no están obligados a tomar en cuenta en la solución de los casos que tienen en sus manos. Por último, en el numeral cuatro, señala que su admisión al proceso le corresponde al órgano jurisdiccional.

Finalmente, el artículo señala que el *amicus curiae* carece de competencia para presentar recursos o interponer medios impugnatorios.

El legislador ha acogido lo que venía acostumbrando la Corte IDH, Tribunales Constitucionales, Cortes Constitucionales como juzgados; por tanto, será positivo la participación del *amicus curiae*,

342

IV. JUEZ COMPETENTE.

El Nuevo Código Procesal Constitucional vigente en su artículo 29, prescribe que la demanda de *habeas corpus* se interpone ante el juez constitucional donde se produjo la amenaza o afectación del derecho o donde se encuentre físicamente el agraviado, si se trata de procesos de detenciones arbitrarias o de desapariciones forzadas. En otros términos, el juez competente para conocer la demanda es el juez constitucional donde se produjo los hechos violatorios contra la libertad personal, a diferencia de lo que establecía el Código procesal derogado, que en el artículo 12, después de establecer que el inicio de los procesos constitucionales se sujetará a lo establecido para el turno de cada distrito judicial, con respecto al proceso de *habeas corpus*, establecía la excepción, señalando que era competente cualquier juez penal de la localidad. El juez competente para conocer era cualquier juez penal esté o no de turno, así había decidido el legislador por la naturaleza de la tutela del derecho de libertad. Además, el artículo 28 del Código derogado, lo precisaba en ese sentido, cuando establecía que la demanda de *habeas corpus* se interpone ante cualquier Juez Penal, sin observar turnos.

Durante la vigencia de la Ley 23506, más conocida como la *Ley del Hábeas Corpus y Amparo*, en el artículo 15, originario, establecía que conoce de la acción de *hábeas corpus* cualquier Juez de Instrucción del lugar donde se encuentra detenido o del lugar donde se haya ejecutado la medida o el del lugar donde se haya dictado la medida. Agregaba el dispositivo citado en el sentido de que, si se tratase de detención arbitraria atribuida a una orden de un juez, la acción se interpondrá ante el Tribunal Correccional, el que designará a otro Juez Instructor, quien decidirá en 24 horas.

Hacemos referencia a lo establecido en la prima norma que reguló el *hábeas corpus* durante la vigencia de la Constitución de 1979, con la finalidad de precisar que el actual Código Procesal Constitucional, en lo que respecta al juez competente que debe recibir y sustanciar la demanda, conforme indicamos se retorna a lo establecido en aquella fecha; es decir, norma promulgada el 7 de diciembre de 1982. Posteriormente, como ya señalamos el Código Procesal derogado establecía la competencia de cualquier juez penal, sin observancia de turno.

343

Sin error a equivocarnos podemos afirmar que hemos retornado a lo que había sido establecido para regular procesalmente el *hábeas corpus* y el amparo que habían sido institucionalizados en la Constitución de 1979.

El Código Procesal actual en la Segunda Disposición Complementaria Final, establece que en los lugares donde no existe jueces y salas constitucionales, en el proceso de *hábeas corpus*, la competencia recae en los jueces de investigación preparatoria y, en segunda instancia, en las salas de apelaciones respectiva.

En el Distrito Judicial de Junín no existe ningún juez constitucional, menos Sala Constitucional, por tanto, viene aplicándose la mencionada Disposición Complementaria Final, hasta la fecha, octubre 2022, en otros lugares del país debe ir ocurriendo lo mismo.

V. INTERVENCIÓN DE UN JUEZ DE PAZ COMISIONADO.

La Ley del Hábeas Corpus y Amparo, es decir, la 23506 establecía en su artículo 17, lo siguiente: Cuando la detención sea en un lugar distinto y lejano o de difícil acceso de aquel en que tiene su sede, el juzgado dictará orden perentoria e inmediata para que el juez de paz del distrito en que está

detenido cumpla en el día, bajo responsabilidad, con hacer las investigaciones y excarcelar al detenido.

Obviamente el dispositivo estaba pensado en la estructura social bastante compleja con serios problemas de vías de comunicación de acceso a lugares distintos para que el juez de la causa se constituya a lugar de los hechos; por tanto, había la necesidad de comisionar al juez del distrito para practicar las diligencias.

El artículo 29 del Código Procesal derogado en forma similar establecía la intervención del Juez 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.

El Código Procesal Constitucional vigente en su artículo 30, reproduce lo establecido en las legislaciones indicadas, sobre todo lo establecido en texto del Código Procesal derogado.

344

Es posible que el problema de carencia de vías de comunicación para acceder a los distritos donde despacha el Juez de Paz, no haya cambiado en varias décadas, posiblemente por el problema del centralismo; por tal motivo, el legislador reproduce dicho dispositivo.

Consideramos que no hay otro medio para la celeridad del proceso por tratarse de la tutela de la libertad.

VI. CARACTERÍSTICAS PROCESALES.

Las características procesales habían sido desarrolladas por la jurisprudencia y la doctrina; sin embargo, el Código Procesal actual o vigente ha establecido un artículo especial para consignar las características a nivel de principios procesales del *hábeas corpus* que se encuentran en el artículo 32.

Los principios registrados son los siguientes: 1) Informalidad, 2) No simultaneidad, 3) Actividad vicaria, 4) Unilateralidad y 5) Imprescriptibilidad.

Cuando se analizaba o explicaba justamente el hecho de que el hábeas corpus no exigía el cumplimiento ciertos requisitos al momento de la interposición de la demanda, dentro del marco de la Ley 23506, los especialistas de la materia tenían cuidado en no utilizar el término informal, aclaraban que el proceso no era formalizado, cosa muy distinta a ser informal.

Actualmente nos llama la atención que el término haya sido elevado a nivel de principio de carácter procesal para el hábeas Corpus. Pero es un proceso constitucional que no reviste formalidad en la interposición de la demanda; sin embargo, existen reglas establecidas en el mismo Código Procesal. De todas maneras, el proceso tiene reglas que hay que observarlas. Informalidad significa conducirse fuera de los marcos normativos o contra ellas.

VII. DEFENSA LEGAL EN HÁBEAS CORPUS.

Si el hábeas corpus, siendo un proceso que no requiere firma de abogado, luego, no siempre debe ser formulado por escrito, por el contrario, puede ser presentado en forma oral o verbal; sin embargo, el legislador ha establecido el beneficio de la defensa pública conforme lo establece el artículo 4 del Código Procesal vigente.

345

Al respecto, consideramos que hay una relativa incongruencia en el proceso de *hábeas corpus*. Si el juez constitucional o el juez de investigación preparatoria tienen el deber de impulsar los procesos constitucionales, como más razón los procesos de hábeas corpus, conforme lo establece el artículo III del Título Preliminar el Código Procesal Constitucional, cuál será el papel de la defensa legal.

Parece que en el nuevo Código se ha obviado lo que disponía el artículo 13 del Código derogado, que venía a ser la tramitación preferente de los procesos constitucionales, que a la letra establecía que los jueces tramitarán con preferencia los procesos constitucionales. El dispositivo mencionado agregaba, la responsabilidad por la defectuosa o tardía tramitación de estos, será exigida y sancionada por los órganos competentes. Obviamente la responsabilidad es del juez.

Hay que tener presente que el Juez constitucional no ha sido implementado en todos los lugares donde se producen conflictos con relevancia jurídica donde se encuentran en juego los derechos fundamentales,

sobre todo la libertad personal; por tanto, jueces de investigación preparatoria vienen conociendo procesos de hábeas corpus conjuntamente con casos penales; al mismo tiempo, los jueces civiles también vienen tramitando los procesos constitucionales con los procesos civiles de distinta naturaleza, por tanto, consideramos que fue necesario instituir una disposición de tramitación preferente en materia de tratamiento de los procesos constitucionales, de preferencia en el *hábeas corpus*, como lo establecía el código anterior.

VIII. RECHAZO LIMINAR ANTES Y HOY.

El Código Procesal vigente, a través del artículo 6, prohíbe expresamente el rechazo liminar de la demanda en los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, bajo el argumento que los fines de los procesos señalados es la defensa de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional, en aplicación del Código Procesal Constitucional derogado, había pronunciado la sentencia N° 06218-2007-PHC/TC, en el fundamento 9 indicaba que el proceso de hábeas corpus a diferencia de los procesos de amparo y de cumplimiento no tiene regulado en el Código Procesal Constitucional. causales específicas de improcedencia; sin embargo, ello no significa que el hábeas corpus como proceso no las tenga y que tales causales faculden al juez constitucional a declarar la improcedencia liminar de la demanda. Así, al proceso de hábeas corpus le resultan aplicables las causales de improcedencia previstas en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, en tanto no contradigan su finalidad de tutela del derecho a la libertad y derechos conexos a ellas y su naturaleza de proceso sencillo y rápido.

Por otro lado, en el fundamento jurídico 10, sostiene el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta la finalidad y naturaleza del proceso de hábeas corpus el Código Procesal Constitucional ha regulado que el juez constitucional en determinados supuestos no debe invocar algunas de las causales previstas en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional para declarar la improcedencia liminar de la demanda. Luego el numeral indicado agrega que, los jueces constitucionales se encuentran impedidos de declarar liminarmente improcedente una demanda de hábeas corpus bajo la consideración de que:

a. Existe una vía procedimental específica igualmente satisfactoria para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (artículo 5.2). Ello debido a que el proceso de hábeas corpus a diferencia del proceso de amparo no es un proceso de carácter residual y excepcional.

b. No se ha cumplido con agotar las vías previas (artículo 5.4). Ello por la naturaleza de los derechos tutelados por el proceso de hábeas corpus.

c. Ha vencido el plazo para interponer la demanda (artículo 5.10).

El Tribunal Constitucional, en el fundamento número 11, precisa que tampoco pueden declarar liminarmente improcedente la demanda bajo el argumento de que el demandante recurrió previamente a otro proceso judicial para pedir tutela respecto de su derecho constitucional (artículo 5.3)

Efectuado los razonamientos previos descritos, a través del fundamento jurídico 12, señala que delimitados los supuestos en los cuales no resulta válido que los jueces constitucionales declaren liminarmente improcedente una demanda de hábeas corpus, procede a establecer los supuestos en el que sí es válido rechazar liminarmente una demanda de hábeas corpus. Luego precisa que, los jueces constitucionales, podrán rechazar liminarmente una demanda de hábeas corpus en los siguientes casos que señalamos:

347

a. Se cuestione una resolución judicial que no sea firme (artículo 4).

b. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado (artículo 5.1).

c. A la presentación de la demanda haya cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o ésta se haya convertido en irreparable (artículo 5.5).

d. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia (artículo 5.6).

e. Se cuestionen las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales, siempre que dichas resoluciones hayan sido motivadas y dictadas con previa audiencia al interesado (artículo 5.7). En este supuesto la improcedencia de la

demanda se justifica en la medida que las resoluciones cuestionadas no inciden directamente en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad individual ni en los contenidos de los derechos conexos a ella.

f. Se trate de conflictos entre entidades de derecho público interno (artículo 5.9).

Por otro lado, la STC N° 00391-2020-PHC/TC, pronunciada en audiencia del 12 de agosto de 2021, cuando ya se hallaba vigente el Nuevo Código Procesal Constitucional, en el punto correspondiente a las consideraciones preliminares de la resolución, indica en el fundamento 4, que el Tribunal Constitucional ha establecido que el rechazo liminar es una opción procesal a la que solo cabe acudir cuando no existe algún margen de duda o discusión en torno a la presencia o configuración de una determinada causal de improcedencia.

348

En el caso en referencia, es de conocimiento del Tribunal Constitucional, en mérito a un recurso de agravio constitucional interpuesto por Rubén Trillo Sánchez, contra la resolución dictada por la Tercera Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Lima que confirmó la resolución dictada por la juez del Decimoquinto Juzgado Penal para Procesos con Reos Libres de Lima, de fecha 16 de abril de 2019, resolvió rechazar liminarmente la demanda de hábeas corpus, por considerar que lo que se pretende es que en vía constitucional se vuelvan a evaluar los argumentos de defensa y medios probatorios que se actuaron en sede preliminar y en el proceso penal.

El Tribunal fue de la opinión que, en un extremo de la demanda, los hechos denunciados tendrían relación con la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones y citando lo resuelto el Expediente 040096-2016-PHC/TC con respecto a la motivación de las resoluciones judiciales, el derecho a la libertad, o la interdicción de la *reformatio in peius* (“una garantía del debido proceso” conforme a la STC 553-2005-HC/TC, fundamento 3), indica que constituyen por sí mismos indiscutibles asuntos de relevancia constitucional. Además, haciendo la referencia respectiva el Exp. N° 00391-2020-PHC/TC LIMA CLAUDIA SÁNCHEZ TRILLO en el que se encuentra típicas hipótesis controversiales respecto de las cuales deviene imperativo un

pronunciamiento de fondo. Efectivamente el Tribunal Constitucional resolvió improcedente el hábeas corpus, fundamentando tal decisión en los numerales del 8 al 10; es decir, resulta de autos que el abogado de la favorecida, se reservó el derecho de impugnar la Resolución 2 de fecha 14 de junio de 2018 que impuso prisión preventiva a la favorecida, por tanto, de autos se aprecia que dicha resolución no fue impugnada; por otro lado, mediante resolución 12 de fecha 6 de marzo de 2019, de oficio se declaró procedente la libertad por exceso de carcelería de la favorecida que se encontraba implicada en una investigación, imponiéndole mandado de comparecencia restringida. Por último, mediante vía web la Dirección de Registro Penitenciario del Instituto Nacional Penitenciario, indica que la favorecida egresó del establecimiento el 21 de setiembre de 2019.

En el otro extremo la sentencia declaró fundada, en cuanto a la falta de motivación.

En la casuística se presentarán situaciones en el que, no obstante, lo preceptuado por el artículo 6 del Código Procesal, y estando a lo establecido el artículo 7 del mismo cuerpo de leyes, los jueces podrán tener criterios diferentes al respecto.

349

IX. TRAMITACIÓN DEL HÁBEAS CORPUS.

Por la particularidad y la complejidad del este proceso, el Código Procesal Constitucional, ha establecido tres procedimientos conforme podemos apreciar en los artículos 30, es decir, en casos de detención arbitraria; mientras que en el artículo 31, se establece un trámite en casos distintos, cuando no se trate de detención arbitraria ni de una vulneración de la integridad personal y, por último, el artículo 31, para casos de desaparición forzada.

El actual Código Procesal vigente, mantiene las tres tramitaciones señaladas en similares situaciones a lo que ya había sido establecido en el Código Procesal derogado.

Con respecto al trámite en casos distintos, el artículo 35 del Código Procesal vigente, después de reproducir el texto del Código anterior, añade la disposición de que, si las circunstancias lo requieren, el juez dentro de las 72 horas de admitida la demanda fija fecha para la realización de audiencia única,

dentro del cual debe escuchar las alegaciones de las partes y si se ha formado juicio, pronuncia sentencia en el acto o, en caso contrario, lo hará en el plazo indefectible de tres días. De este trámite no está exceptuado el *hábeas corpus*.

Esta audiencia única no estaba establecida en Código anterior. Podemos afirmar que es la novedad. Incluso la disposición de que las partes pueden solicitar copia de los audios y videos de la audiencia pública.

Por otro lado, después de estas novedades se reproduce todo el texto del artículo del Código derogado.

Por último, con respecto a trámite en caso de desaparición forzada, se mantiene en el artículo 36 del Código el texto íntegro de lo que el Código anterior consignaba en el artículo 32; sin embargo, el legislador le agregó al final del texto, la frase, “..., bajo expresa responsabilidad en la declaración que pueda formularse”.

X. AUSENCIA DE VISTA DE LA CAUSA EN EL HÁBEAS CORPUS.

El artículo 23 del Código Procesal vigente, en su literal a) con respecto al trámite de apelación en *hábeas corpus*, establece que, concedido el recurso de apelación, el juez de la causa eleva los autos al superior en el plazo de un día hábil. Señala el literal indicado que el superior jerárquico resuelve en el plazo de cinco días hábiles. El literal en referencia, establece que no hay vista de la causa, salvo que el demandante o el favorecido lo solicite.

En sí hay una prohibición del acto procesal de vista de la causa, a excepción de que lo solicite el demandante y el favorecido. Lo que no ocurre con los demás procesos de carácter constitucional que tutelan derechos fundamentales.

Con respecto al punto referido, consideramos necesario indicar que, a través del artículo 37 del Código Procesal Constitucional vigente, se reproduce las características que procesalmente reviste el *hábeas corpus* que,

el Código Procesal derogado, lo señalaba el artículo 33 en sus respectivos numerales³.

Sin embargo, el legislador que aprobó el Código Procesal en ejercicio ha introducido el numeral 8, en el artículo 37, consistente en que, en el proceso de hábeas corpus, no hay vista de la causa, salvo que el demandante o el favorecido lo solicite.

Sin embargo, el legislador ha establecido la obligatoriedad de la vista de la causa en los procesos que llegan al Tribunal Constitucional, en mérito al recurso de agravio constitucional, conforme lo establece, el segundo párrafo del artículo 24 del Código vigente. Luego el dispositivo, lo señala que la falta de convocatoria de la vista y del ejercicio de la defensa invalida el trámite del recurso de agravio constitucional.

Siendo el Tribunal Constitucional, conforme a lo establece por el artículo 202 de la Constitución, el facultado en conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de los cuatro procesos que tutelan los derechos constitucionales, si hay una omisión por su puesto hipotética, cuál es la instancia que lo declara inválida la resolución dictada o, en otros, términos a qué instancia se reclama la invalidez establecida. En todo caso, será ante la misma instancia.

353

Con respecto al tema abordado el Tribunal Constitucional ha dictado la Resolución Administrativa N° 154-2021-P/TC, de fecha 19 de agosto de 2021, por mayoría, acordó aprobar las reglas de aplicación del segundo párrafo del artículo 24 del Código Procesal Constitucional. En el artículo primero, se establecen siete numerales, en los que se establece las diversas reglas de aplicación de las vistas de causa de acuerdo a las circunstancias procesales, determinado su inmediata aplicación. Por el artículo segundo de la directiva se pone en conocimiento de las diferentes dependencias y autoridades del Tribunal. La oficina de Imagen Institucional, publicó un comunicado difundiendo el contenido de la Directiva mencionada.

³ Samuel Abad Yupanqui, con respecto al artículo 33, del Código Procesal Constitucional (Ley 28237), hace anotación al pie de página, indicando que hubo error de enumeración en los incisos, que fueron siete.

XI. RESPECTO A LOS DERECHOS TUTELADOS.

El Código Procesal vigente, con respecto al catálogo de derechos protegidos que enunciativamente conforman la libertad personal, el Código Procesal Constitucional, en su artículo 33 reproduce los derechos que estaban establecidos en el Código derogado en un buen porcentaje; sin embargo, se introduce la protección de otros derecho que la jurisprudencia, la doctrina y los tratados los había establecido como el numeral 4, del artículo 33, donde se precisa el derecho de no ser desterrado, expatriado o confinado por autoridad administrativa por razones políticas, raciales, culturales, étnicas o por cualquier índole. La disposición es más amplia y precisa.

Otra disposición es el numeral 13 del artículo citado, establece el derecho no ser sometido a esclavitud, servidumbre, explotación infantil o trata de cualquiera de sus modalidades. Al respecto es necesario señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha denunciado nuevas formas de esclavitud, caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, sentencia de fecha 20 abril de 2016⁴.

352

El derecho a la verdad, ha sido establecido como derecho a ser tutelado a través del hábeas corpus, en el numeral 19, sin desconocer su creación jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

Se ha establecido en el numeral 21, el derecho a la protección de la familia frente a los actos de violencia doméstica. No se indica el procedimiento para este caso singular.

XII. MODIFICACIÓN, REFORMA O NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL.

El presidente del Congreso de la República, ha dictado la Ley 31307, por insistencia y se trata de un Nuevo Código Procesal Constitucional, disposición que deroga la Ley 28237, así se comprende de la Disposición Complementaria Derogatoria; es decir deja de regir el Código Procesal derogado, en todos sus extremos, salvo disposición en contrario. Teniendo en

⁴ www.corteidh.org.cr

cuenta lo indicado, no comprendo el texto de la quinta disposición complementaria final, considero que no se ha reformado o modificado el Código Procesal Constitucional, sino que se aprobó uno nuevo. A mi parecer en un nuevo texto normativo no es correcto utilizar la frase: “Las reformas del Código Procesal Constitucional entrar en vigor...”. Lo que entra en vigor es el nuevo texto.

XIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

El Nuevo Código Procesal ha reproducido en buen porcentaje el Código Procesal Constitucional anterior, introduciendo algunos aspectos no sustanciales, pero importantes. El legislador mejor hubiera optado por modificar o reformar el Código Procesal Constitucional vigente en esos momentos. Las condiciones estaban dadas para una reforma, pero no para la elaboración de un nuevo Código Procesal Constitucional.

Según mi humilde parecer en cuanto respecta al proceso de hábeas corpus no encuentro mayor aportación después del *amicus curiae*, de la precisión de ciertos derechos tutelados e incorporados, luego de las características procesales establecidas.

353

XIV. REFERENCIAS

Abad Yupanqui, S. (2018) *Constitución y procesos constitucionales*. (7ª ed.) Palestra Editores.

Defensoría Del Pueblo (2009) *El amicus curiae ¿qué es y para qué sirve? Jurisprudencia y labor de la Defensoría del Pueblo*. Serie documentos defensoriales. Documentos N° 8.

Borda, G. (s.f.) *Amicus Curiae*. Core. <https://core.ac.uk/download/pdf>

García Belaunde, D. (2001) *Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Temis S.A.

Sagüés, N. (1988) *Hábeas Corpus* (2ª ed.) Editorial Astrea.

Huancayo, octubre de 2022.

Modificaciones al proceso de amparo en el Nuevo Código Procesal Constitucional

Modifications to the protection procedure in the New Procedural Constitutional Code

✍ ÓSCAR URVIOLA HANI¹

Resumen

354

El presente artículo tiene como finalidad realizar, en primer lugar, un análisis histórico y una reflexión general sobre la codificación procesal constitucional en el Perú y, en segundo lugar, abordar brevemente los cambios producidos en el proceso constitucional de amparo.

Palabras clave

Código Procesal Constitucional, proceso de amparo, Nuevo Código Procesal Constitucional, rechazo liminar, Tribunal Constitucional

Abstract

The purpose of this article is to provide, first, a historical analysis and a general reflection on the codification of constitutional procedure in Peru and, second, to briefly address the changes that have occurred in the constitutional writ of protection.

¹ Ex presidente del TC

Keywords

Constitutional Procedural Code, writ of protection, new Constitutional Procedural Code, liminal rejection, Constitutional Court

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LA CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ III. ALGUNOS CAMBIOS EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO. IV. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN.

Cuando se instituyó el Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1979 no se pensó en que las “Garantías Constitucionales” allí previstas debían estar reguladas en un Código específico, sino más bien se optó por su regulación básicamente plasmada en la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (Ley N° 23385). Para el propio Tribunal Constitucional actual, creado como sabemos bajo la Constitución de 1993, tampoco se pensó originalmente en una codificación de las “Garantías Constitucionales”.

355

Es recién el año 2004 que se aprueba mediante la Ley N° 28237, el Código Procesal Constitucional. La existencia de un código de regulación de los procesos constitucionales no es una condición necesaria de la jurisdicción constitucional. De hecho, muchos tribunales constitucionales en el mundo solo tienen leyes de sus procesos constitucionales, sin ningún ánimo de que se parezcan o se acerquen a ser propiamente un código. Tales son los casos, por ejemplo, de la Corte Constitucional de Italia, del Consejo Constitucional francés, del Tribunal Constitucional español, del Tribunal Constitucional Federal alemán, así como de los tribunales y cortes constitucionales de nuestra región.

Dieciocho años después, dicho código ha sido reemplazado por el denominado “Nuevo Código Procesal Constitucional” (Ley N° 31307).² No es objeto de esta contribución realizar un análisis detallado de cada una de las disposiciones del nuevo Código, tampoco realizar una comparación entre este y el Código anterior. Más bien el objeto de este artículo es realizar, primero,

² Este código fue publicado el 23 de julio de 2021 en el diario oficial El Peruano.

una reflexión general sobre la codificación procesal constitucional en nuestro país y, segundo, abordar brevemente los cambios producidos en el proceso constitucional de amparo.

II. LA CODIFICACIÓN PROCESAL CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ.

Históricamente la idea de establecer Códigos en el Derecho ha respondido fundamentalmente al afán de sistematización de las normas jurídicas y, de esta manera, ofrecer a los jueces y demás operadores jurídicos un cuerpo normativo estable y lo suficientemente coherente para aminorar, en lo posible, contradicciones dentro del sistema jurídico. En el Perú, desde un inicio, la regulación de los procesos constitucionales nunca fue pensada como una unidad, sino más bien como leyes aisladas que se fueron dando a lo largo de nuestra historia constitucional.

356

Esto se puede apreciar desde la primera ley del “Recurso Extraordinario de Hábeas Corpus” de 1897, pasando por las leyes de 1916 (Ley N° 2223 y Ley N° 2253), también relacionadas con el hábeas corpus, hasta su incorporación en la Constitución de 1920 que le otorgó rango constitucional, por primera vez, en nuestra historia constitucional. Bajo la Constitución de 1933 se mantuvo el hábeas corpus a nivel constitucional. Sin embargo, el hábeas corpus fue regulado en los códigos procesales en las décadas de 1920, 1940 y 1968. La acción popular se reglamentó en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963 (Blume, 2004, pp. 119 y ss).

En el marco de la vigencia de la Constitución de 1979 se dictó, ya en 1982, la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo, complementada en el año 1992 por la Ley N° 25398; en 1982 se aprobó la Ley N° 23385, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, modificada varias veces hasta su posterior derogación. En 1988 se dio la Ley N° 24968, Ley Procesal de Acción Popular. En 1994 se aprobó transitoriamente la Ley del Hábeas Data y Acción de Cumplimiento (Ley N° 2630), y en el año 1995 se dictó la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Normas modificatorias se dieron también posteriormente como, por ejemplo, la Ley N° 26545, el Decreto Legislativo N° 824, la Ley N° 27053, la Ley N° 27235 y la Ley N° 27959 (Blume, 2004, pp. 119 y ss).

Sin embargo, la idea de dar un Código que regule los procesos constitucionales parece haber inspirado a los autores del Código Procesal Constitucional del año 2004. Si bien este Código no tuvo propiamente una exposición de motivos, los profesores que participaron de la elaboración del anteproyecto publicaron un “Estudio Introdutorio” en el que reconocen que la idea inicial no era elaborar un código propiamente, “sino que apareció en el camino” (Abad et al., 2008, p. 23).

Los objetivos, según se afirma ahí mismo, fueron dos: primero, “sistematizar una legislación que ya para esa época estaba dispersa, y lo siguió estando durante varios años” y, segundo, “actualizar la terminología, los conceptos y el enfoque, no solo teniendo en cuenta los avances de la moderna doctrina, sino, sobre todo, la experiencia jurisprudencial de los últimos veinte años” (Abad et al., 2008, p. 23).

La dispersión legislativa a la que se hace referencia se explica por la existencia de catorce leyes (muchas de ellas solo introducían modificaciones puntuales) al momento de la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional de 2004, tal como se puede apreciar en la Primera Disposición Transitoria y Derogatoria de dicho Código.

357

En el estado de la situación de ese momento, el Código Procesal Constitucional se consideró “una obra de relevancia no ya para conocer el Derecho procesal constitucional peruano, sino también por lo que supone de avance al intentar codificar todo ese sector del ordenamiento procesal-constitucional mediante una regulación sistemática de conjunto, algo que en pocos casos se ha hecho hasta ahora en América Latina” (Brage, J. 2005, p. 683). Bolivia, desde el año 2012, tiene también un Código Procesal Constitucional.

En cuanto al segundo objetivo, el mencionado Código introduce una serie de normas e instituciones no previstas en la legislación asistemática anterior. Solo para poner un ejemplo podemos mencionar a la institución del precedente vinculante, que tanto debate y controversia generó en su momento.

Ahora bien, es oportuno preguntarnos, a la luz del tiempo transcurrido, cuál ha sido el impacto real del Código Procesal Constitucional de 2004 para el derecho procesal constitucional peruano. Pero antes de ello es importante dar una mirada al panorama comparado, pues parece ser claro que los grandes tribunales constitucionales y cortes supremas del mundo que desempeñan la

misma función no han necesitado de un Código para conseguir legitimidad y su consolidación institucional.

Por ejemplo, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, la Corte Constitucional italiana, el Consejo Constitucional francés, el Tribunal Constitucional de España, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, la Corte Constitucional colombiana, el Supremo Tribunal Federal de Brasil, entre otros, ejercen sus competencias sin que haya sido necesario que el legislador elabore un Código Procesal Constitucional.

Sin embargo, la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional de 2004 en nuestro país tuvo un impacto positivo que me gustaría resumir en tres ámbitos concretos.

En primer lugar, hay que referirnos al impacto de dicho Código en el ámbito jurisdiccional. Una mirada en retrospectiva a la actuación del Tribunal Constitucional y a los tribunales ordinarios permite afirmar que, bajo el Código Procesal Constitucional de 2004, el desarrollo de la jurisprudencia constitucional se hizo no solo más visible, sino que aportó a la consolidación de los derechos fundamentales, pero también de los principios constitucionales esenciales de la parte orgánica de la Constitución.

Esto no quiere decir, naturalmente, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desarrollada antes de la vigencia de este Código sea irrelevante, sino solamente que el Código, al ser una nueva norma, exigía que el Tribunal asuma un rol muy activo en la interpretación y aplicación de las normas procesales constitucionales. El Tribunal Constitucional debía ir concretizando las normas del Código en función de los casos que se le planteaban para su decisión.

Incluso, aunque no exento de críticas, puede decirse que el Código de 2004 permitió al Tribunal Constitucional “auto empoderarse” a partir de la interpretación de ciertas disposiciones procesales constitucionales como se puede ver, por ejemplo, en el denominado “principio de autonomía procesal”, de las “sentencias interpretativas”, del “control de las leyes de reforma constitucional”, entre otros.

En segundo lugar, es evidente que las normas sustantivas de la Constitución por sí mismas no tendrían la misma eficacia sin normas procesales constitucionales adecuadas. Ámbitos considerados antaño inmunes al control como el de la jurisdicción electoral, las decisiones del desaparecido Consejo Nacional de la Magistratura fueron interpretados precisamente para permitir su control constitucional. También para el legislador, la administración y la justicia ordinaria se hizo necesario entender que muchas de sus actuaciones podían ser controladas bajo nuevos parámetros y con un alcance mayor del que se conocía hasta ese momento.

Esto abrió, sin embargo, flancos de conflicto en no pocas ocasiones con el legislador con motivo de las sentencias exhortativas y con los tribunales ordinarios con ocasión del control de las resoluciones judiciales, pero también en relación con los precedentes vinculantes y la doctrina jurisprudencial vinculante. La intervención en ámbitos como el del arbitraje privado y el control de los actos de las asociaciones privadas forman parte también del impacto del Código de 2004 bajo el impulso de lo que se conoce como el fenómeno de la “constitucionalización del derecho privado”.

359

En tercer lugar, el Código Procesal Constitucional de 2004, impulsado principalmente por las sentencias del Tribunal Constitucional, significó un buen motivo para el estudio y desarrollo académico del derecho procesal constitucional en el Perú. Basta comparar las escasas publicaciones realizadas bajo la legislación procesal constitucional dispersa con las publicaciones llevadas a cabo bajo la impronta del Código de 2004 para darnos cuenta de que muchas publicaciones en la actualidad prácticamente están elaboradas sobre la base del desarrollo del Código por parte del Tribunal Constitucional.

La motivación y el fomento del derecho procesal constitucional, en ese sentido, ha experimentado pues un desarrollo inusitado, aunque es necesario también decir que una excesiva concentración de la doctrina sobre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede ser contraproducente si ello implica, por ejemplo, que la academia no vaya más allá de lo que el Tribunal afirma en sus sentencias.

Incluso en el ámbito de la formación de los estudiantes de derecho y en la especialización profesional muchas facultades consideraron necesario ofrecer el curso de derecho procesal constitucional como un reflejo de que el propio Código en su Sexta Disposición Final establecía: “en todos los centros

de enseñanza, de cualquier nivel, civiles, o militares, se impartirán cursos obligatorios sobre derechos fundamentales y procesos constitucionales”.

Pero quizás la interrogante más importante que ahora solo puedo intentar responder parcialmente es la siguiente: ¿qué significó para los ciudadanos el Código Procesal Constitucional de 2004? Esta es una cuestión fundamental, debido a que muy pocas veces se toma en cuenta el impacto de una norma jurídica en la vida de las personas. Del propio estudio introductorio que hemos mencionado más atrás no aparece, por lo menos de manera inmediata, que la primera intención del Código haya sido pensar en que los ciudadanos tengan a disposición una norma que les permita acceder a sus derechos de una manera real y efectiva.

Esto pareciera haberse confirmado en el contenido del artículo 5 del Código, ya que en la práctica implica ponerle al ciudadano una valla demasiado elevada para conseguir la protección de sus derechos. Como el decurso del tiempo ayuda casi siempre a ver las cosas de una manera distinta podría pensarse ahora incluso que dicho artículo tendría una contradicción interna no solo con los principios “de flexibilidad”, “favor processum” y “pro actione”, los que son resaltados por los propios autores del anteproyecto del Código de 2004, sino con los fines de los procesos constitucionales, uno de los cuales es precisamente la protección de los derechos fundamentales de las personas (artículo II del Título Preliminar).

El nuevo Código Procesal Constitucional de julio de 2021 “inaugura”, por lo menos formalmente, una nueva etapa de la codificación procesal constitucional en el Perú. A diferencia de lo que sucedió con el Código de 2004, el nuevo Código, sin embargo, ha recibido críticas desde su entrada en vigor. Las críticas son parte del debate democrático y, contrariamente a lo que pudiera pensarse, ayuda a una mayor visibilidad de la nueva norma y aviva las discusiones en el ámbito académico. Las críticas al nuevo Código, en ese sentido, constituyen factores que contribuyen al desarrollo del derecho procesal constitucional en particular. Como es obvio, a más de un año de vigencia del nuevo Código, aparecen ya algunos problemas que deben ser analizados considerando su impacto en el ámbito jurídico social.

Sin embargo, es legítimo preguntarse si era necesario la dación de un nuevo Código. Como sucede con toda norma jurídica el transcurso del tiempo

puede evidenciar falencias y vacíos, lo que es natural si tomamos en consideración que para el legislador es imposible prever todos los supuestos de la realidad. Esto por sí mismo, no obstante, no justifica un cambio legislativo total. Un cambio normativo total solo se puede justificar cuando la norma vigente ya no es evidentemente apta para regular los nuevos desafíos y cambios sociales. Este no ha sido el caso, desde mi punto de vista, del Código de 2004. Hubiera sido suficiente emprender reformas puntuales que hubieran permitido su actualización oportuna y razonable.

Para una nueva norma es importante no solo su validez, sino también su legitimidad. La demanda de inconstitucionalidad presentada tempranamente contra la Ley N° 31307, Ley que aprueba el nuevo Código Procesal Constitucional, es un cuestionamiento evidentemente jurídico, pero, al mismo tiempo, la expresión de un cuestionamiento en cuanto a su legitimidad. Un nuevo Código que inicia su vigencia ya no solo con críticas, sino también con probables vicios de inconstitucionalidad formal y material, difícilmente puede lograr los objetivos que sus autores se han propuesto conseguir.

361

El nuevo Código Procesal Constitucional tendrá que desarrollarse sobre la base del análisis y resolución de los casos concretos referidos a las diversas disposiciones procesales constitucionales, lo que lógicamente impactará en distintos aspectos de la Constitución, pero también sobre otras áreas del derecho, propiciando una comprensión integral y transversal de la interpretación y aplicación de la Constitución.

Una declaración de inconstitucional del nuevo Código, por el contrario, no solo confirmaría la inexistencia de la necesidad de un cambio (aparentemente) total, sino también quedaría claro que se trataría de un Código que no ha sido producto de una larga reflexión ni el resultado de un debate realmente abierto y plural.

Un cambio legislativo no solo debe emprenderse por criterios estrictamente políticos, se requiere siempre, además, un mínimo consenso tanto con los que “viven” la norma y, especialmente, con los que lo aplican. El Tribunal Constitucional tuvo en sus manos el futuro del Nuevo Código Procesal Constitucional. Sin embargo, en la sentencia del Pleno 954/2021 (Exp. 00025-2021-PI/TC y 00028-2021-PI/TC, acumulados) no se alcanzó los votos necesarios para que se declare su inconstitucionalidad.

III. ALGUNOS CAMBIOS EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO.

Uno de los primeros cambios que observan para el proceso de amparo (pero también para el hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento) es la introducción de la prohibición del rechazo liminar. De acuerdo con el artículo 6 del Nuevo Código Procesal Constitucional, “de conformidad con los fines de los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales, en los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data y de cumplimiento no procede el rechazo liminar de la demanda”.

Como institución procesal el rechazo liminar es una técnica de decisión procesal y se refiere a la decisión mayoritaria o unánime sobre una demanda al principio de un procedimiento y sin más trámites procesales. A menudo, pero no necesariamente, se asocia con la posibilidad de no dar más razones para esta decisión.

362

En ese sentido, las solicitudes inadmisibles o manifiestamente infundadas pueden ser desestimadas por decisión unánime del tribunal. La decisión puede no requerir ninguna otra justificación adicional si el demandante ha sido informado previamente de las dudas sobre la admisibilidad o el fundamento de su demanda. Sin embargo, la desestimación por falta de los requisitos procesales previstos legalmente también se denomina decisión a limine.

El rechazo liminar en el derecho procesal constitucional cumple una función importante de doble efecto: primero, ofrece la posibilidad de que el juez de amparo y el Tribunal Constitucional no se vea atestado de demandas de amparo absurdas o manifiestamente improcedentes; y, segundo, que los ciudadanos vean en el proceso de amparo verdaderamente un instrumento auténtico de garantía de sus derechos fundamentales.

Por el contrario, la imposibilidad de rechazar liminarmente una demanda de amparo no solo ofrece de manera aparente una mayor garantía de los derechos fundamentales protegidos por él, sino que también genera una innecesaria banalización e irrelevancia del proceso de amparo. Precisamente, el efecto puede ser el opuesto al buscado por este cambio, ya que puede inducir al juez de amparo a admitir la demanda solo con el ánimo de cumplir

de manera formal con lo dispuesto en el artículo 6 del Nuevo Código Procesal Constitucional, pero no porque considere realmente la demanda como auténticamente relevante.

Uno de los constantes problemas de la justicia constitucional en el Perú es la sobrecarga procesal. La anterior posibilidad de que se pudiera aplicar el rechazo liminar de las demandas de amparo suponía una herramienta muy valiosa tanto para distinguir las demandas constitucionales relevantes de las manifiestamente improcedentes, como también para racionalizar y concentrar sus recursos y esfuerzos en aquellos procesos de amparo que ameritaban una atención urgente y célere, propia de los procesos constitucionales de protección de los derechos fundamentales.

Para el Tribunal Constitucional el uso excepcional del rechazo *in limine* de la demanda es constitucional, en la medida que “esta facultad constituye una alternativa a la que sólo cabe acudir cuando no exista ningún margen de duda respecto de la carencia de elementos que generen verosimilitud respecto de la amenaza o vulneración de un derecho fundamental, lo que supone, por el contrario, que cuando existan elementos de juicio que admitan un razonable margen de debate o discusión, la aplicación del dispositivo que establece tal rechazo liminar resulta impertinente”³.

363

No está claro, por tanto, cuál ha sido el criterio determinante para pasar del rechazo liminar a su absoluta prohibición. Lo que sí está claro es que se trata de un cambio que supone una carga adicional para el Tribunal Constitucional y ningún beneficio real para el justiciable, ya que, en aquellos casos de manifiesta improcedencia, esta no cambiará solo por hecho de que el Juez Constitucional se vea obligado ahora a admitirla en todos los casos.

Otro aspecto importante que debe ser considerado es la introducción de la oralidad, entre otros, también en el proceso de amparo. En efecto, con la reciente modificación del artículo 12 del nuevo Código Procesal Constitucional ⁴ se dispone que, “en los procesos de amparo, habeas data y de cumplimiento, interpuesta la demanda por el agraviado el juez en el término de quince días hábiles, bajo responsabilidad, señala fecha y hora para la

³ RTC 03321-2011-PA/TC, FJ 3.

⁴ Véase la modificación a diversos artículos del Nuevo Código Procesal Constitucional publicado en el diario oficial El Peruano el 5 de octubre de 2022.

audiencia única que tendrá lugar en un plazo máximo de treinta días hábiles. Al mismo tiempo emplaza al demandado para que conteste la demanda en el plazo de diez días hábiles. [...]”.

La esencia de la audiencia oral lo constituye el debate jurídico entre el juez o tribunal y las partes del proceso. En este contexto, el juez o tribunal presenta la situación de hecho y de derecho y da a las partes la oportunidad de presentar sus propios puntos de vista y de defenderlos en el debate.

Ahora bien, el contenido de esta disposición procesal constitucional no se condice con la realidad de los procesos constitucionales. La previsión de plazos tan estrechos tanto para que se fije la fecha de la audiencia única (quince días) y para la realización de la audiencia (treinta días) no toma en cuenta, por ejemplo, la difícil situación en la que se encuentran los jueces constitucionales a causa de la acumulación de la carga procesal como consecuencia de la pandemia. El legislador debe ser consciente que en el ejercicio de su facultad legislativa no solo está presente la intención abstracta de establecer plazos breves propios de los procesos constitucionales, sino también de tener una mirada de política legislativa apegada a la realidad constitucional.

Con la previsión de este tipo de plazos solo se logra una regulación “ideal” de los procesos constitucionales, cuando la realidad puede indicar más bien una situación muy distinta. La celeridad que se deriva del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 139 inciso 3 de la Constitución) no es tanto una “celeridad formal” (existente solo en el texto de las normas), por el contrario, se trata también de establecer una “celeridad material” que es la que finalmente puede considerarse acorde con la disposición constitucional citada.

Por otro lado, también se ha reformado recientemente el artículo 45 del Nuevo Código Procesal Constitucional. En efecto, ahora se ha previsto que “[...] Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial o laudo arbitral, el plazo para interponer la demanda es de 30 días hábiles y se inicia con la notificación de la resolución o laudo arbitral que tiene la condición de firme. [...]”. La novedad de esta modificación radica en la inclusión del laudo arbitral en lo que concierne al plazo (30 días) para la interposición de la demanda con aquél.

La modificación de este artículo refleja con claridad la ligereza y poca reflexión que hubo en el momento de la elaboración del nuevo Código. Esto es así no solo porque estos cambios no se deben a cambios radicales producidos entre la entrada en vigor del Nuevo Código Procesal Constitucional y la fecha de su modificación, sino a cuestiones que bien pudieron tomarse en consideración en su momento. En efecto, la procedencia del amparo contra laudos arbitrales no es ninguna novedad en nuestro sistema jurídico, tampoco lo es que para ello debe existir un plazo para que se pueda presentar una demanda de amparo contra un laudo arbitral en particular. De modo que no existen razones válidas que justifiquen esta omisión recientemente reparada.

IV. REFLEXIÓN FINAL.

Un Nuevo Código Procesal Constitucional hubiera merecido tal nombre si él hubiera surgido de un auténtico debate jurídico-político abierto y extenso, pero también realizando un análisis de la situación actual de la justicia constitucional, a partir de una mirada realista de las cosas. En ese sentido, antes de emprender cualquier reforma de esta envergadura deben plantearse las siguientes preguntas: primero, ¿qué reformar?; segundo, ¿por qué reformar?; y, tercero, ¿para qué reformar? La primera pregunta supone tener claridad sobre los tópicos problemáticos de la anterior legislación; la segunda, cuáles son las razones por las que es necesario emprender una reforma; la tercera, tener claro los objetivos de una realidad constitucional que se pretende alcanzar.

365

A los ojos de cualquiera que tenga la intención de entender la entrada en vigor de un Nuevo Código Procesal Constitucional en el Perú le será muy difícil encontrar respuestas a las preguntas planteadas, sencillamente porque no existen. El afán excesivo de protagonismo político y el poco profesionalismo con que se ha llevado a cabo la “elaboración” de este Nuevo Código se refleja en las rápidas modificaciones que han tenido que hacerse sobre asuntos que eran fáciles de considerar en el momento oportuno. Quizás la única enseñanza que nos deja esta sustitución del anterior Código Procesal Constitucional es el cómo no deben hacerse las reformas y cambios legislativos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Blume, E. (2004). El Código Procesal Constitucional. En: *Derecho y Sociedad*, (23).

Abad Yupanqui, S. et al. (2008) *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, 3.^a edición, CEC.

Brage Camazano, J. (2005). Comentario bibliográfico. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (9).

Procedencia del amparo respecto de resoluciones judiciales

Proceeding of the protection action regarding court decisions

✍ BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLOREZ¹

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo el estudio del “*amparo contra resolución judicial*” así como el análisis de su importancia, toda vez que constituye el último remedio contra la arbitrariedad judicial al que pueden acceder las partes procesales para revertir lo resuelto en una resolución judicial (autos, decretos o sentencias) que ha vulnerado derechos constitucionales.

367

Palabras clave

Amparo, resolución judicial, proceso constitucional, actos lesivos

Abstract

The purpose of this article is the study of the "protection against judicial resolution" as well as the analysis of its importance, since it constitutes the last remedy against judicial arbitrariness to which the litigants can have access in order to revert what has been resolved in a judicial resolution (orders, decrees or sentences) that has violated constitutional rights.

Keywords

¹ Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Piura (Campus Lima). Abogado de la Universidad de Piura. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional por la PUCP. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Correo electrónico: blopez911@icloud.com.

Protection writ, judicial resolution, constitutional process, injurious acts, injurious acts

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. ¿DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES Y SUSTANTIVOS? III. LOS ACTOS LESIVOS EN EL “*AMPARO CONTRA RESOLUCIÓN JUDICIAL*”: AUTOS, DECRETOS Y SENTENCIAS. IV. OTROS ACTOS LESIVOS A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

I. INTRODUCCIÓN.

El proceso de amparo se ha convertido progresivamente en la *vedette* de los justiciables debido a que a través de este mecanismo procesal de tutela de urgencia, el vulnerado o amenazado en sus derechos constitucionales puede accionar no solo contra actos de particulares y autoridades (amparo contra particulares y/o autoridades), sino también contra actos procesales de jueces ordinarios (“amparo contra resoluciones judiciales”) y, vaya la excepcionalidad, contra actos procesales de jueces constitucionales (“amparo contra amparo” y demás variantes).

368

Respecto a estos últimos mecanismos, esto es, el “*amparo contra resolución judicial*” y el “*amparo contra amparo*”, tanto el legislador como la doctrina nacional no han sido pacíficos en admitir y habilitar su existencia y procedencia. Tenemos así que la antigua y hoy derogada Ley N° 23506 (Ley de Habeas Corpus y Amparo) no reconoció cláusula textual y explícita que abordara de manera directa ambos mecanismos, fue por el contrario la jurisprudencia la que se encargó de delinear determinados aspectos procesales que permitieron encarar el modo de cómo resolver controversias suscitadas por la interposición de procesos constitucionales contra procesos judiciales ordinarios y contra procesos de la misma naturaleza constitucional.

La necesidad de definir tal o cual esquema procesal a seguir, esto es, la de procedencia o la de improcedencia, se imponía desde que la figura del “*amparo contra resolución judicial*”, y su sub especie, la del “*amparo contra*

amparo”, representaban ambas excepciones dentro de lo que ya de por sí resultaba una verdadera excepción (el cuestionamiento de decisiones judiciales vulneratorias de los derechos constitucionales).

De manera frecuente, y cada vez en forma más creciente, se cuestionaban los resultados de un proceso judicial ordinario o de un proceso constitucional por ser tramitados con vulneración de los derechos constitucionales.

La respuesta dispensada por la jurisprudencia peruana durante la vigencia de la Ley N° 23506, que vetaba la procedencia del amparo contra resolución judicial emanada de procedimiento regular, permitió enfatizar y afianzar el certero juicio referido a que la aparente voluntad del constituyente y del legislador no eran precisamente los únicos referentes cuando se trataba de precisar el camino que en su aplicación práctica ha de seguir una determinada norma constitucional o legal.

369

Queda claro, por tanto, que los fundamentos que justifican la procedencia del *“amparo contra resoluciones judiciales”*, y de la sub especie *“amparo contra amparo”* es tanto el principio de normatividad de la Constitución, la cual como norma vincula también a las autoridades judiciales; así como la constatación real de que los jueces del Poder Judicial puedan tramitar una causa y resolverla -consciente o inconscientemente por dolo, error o corrupción- con manifiesta vulneración de un derecho constitucional, por lo que sería un despropósito no admitir que el juez que resuelve una demanda judicial ordinaria o una constitucional también se encuentra vinculado a la Constitución, originándose de este modo la necesidad de mecanismos de control judicial que den cuenta de esa vinculación.

En efecto, de lo que se trata a través de estos procesos de amparo, es de controlar la regularidad constitucional de los actos procesales expedidos por las autoridades judiciales, es decir, de verificar si existe o no una clara, manifiesta, patente, visible o perceptible vulneración a un derecho constitucional o más precisamente a su contenido constitucionalmente protegido, para lo cual se necesitará una participación activa del demandante sobre quien recae la carga de probar o acreditar esa vulneración, o una participación activa del juez constitucional a quien le corresponde ordenar pruebas de oficio para probar o acreditar la vulneración.

Conforme suelo decirlo a mis alumnos de pre-grado en la Universidad de Piura, y en cuanta charla o taller que me invitana disertar sobre “*amparo contra resolución judicial*”, hoy en día lo que resuelva el Poder Judicial en un proceso ordinario, sea este penal, civil, laboral, comercial, contencioso administrativo, etc. ya no es lo definitivo, inapelable o inmutable, características que otrora le eran asignadas a los autos o sentencias que expedía el Poder Judicial. Lo que, ciertamente, equivale a decir que los asuntos judiciales ordinarios ya no acaban necesariamente en sede del Poder Judicial.

Hoy en día, en el sistema de justicia del Estado Constitucional de Derecho, los grandes asuntos judiciales ordinarios acaban, por el contrario, en sede constitucional del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, con decisiones constitucionales que penetran o influyen decisivamente en la resolución final del caso ordinario. Lo que, ciertamente, equivale a afirmar que quien resulta vencedor en el “*amparo contra resolución judicial*”, ergo resultará también vencedor en el proceso judicial ordinario que ha sido corregido o enmendado por una decisión constitucional. Ello, por el *principio de prevalencia de las sentencias constitucionales por sobre las sentencias ordinarias*.

370

Resaltadas las bondades de la temática descrita, la presente investigación va dirigida a todos aquellas partes procesales que han sido vencidas -*en mala lid procesal*- en un proceso judicial ordinario y/o afectadas con una resolución judicial arbitraria, a quienes les queda aún la vía excepcional del “*amparo contra resolución judicial*” como último remedio para corregir la arbitrariedad producida al interior de ese proceso judicial ordinario.

También, y esencialmente, la presente investigación va dirigida a todos los jueces de la república que tienen la competencia de tramitar procesos judiciales ordinarios en cualesquiera de sus instancias, a quienes se les dará pautas sobre qué actuaciones procesales en el quehacer judicial diario podrían constituir actos lesivos (agravio manifiesto) a los derechos constitucionales de las partes procesales, y darían lugar a la promoción de un “*amparo contra resolución judicial*”.

Conforme advertirá el lector (estudiantes de derecho, abogados, jueces, especialistas judiciales y letrados de tribunales constitucionales, etc.) el estudio del “*amparo contra resolución judicial*” resulta de vital importancia, toda vez que constituye el último remedio contra la arbitrariedad judicial al que pueden acceder las partes procesales para revertir lo resuelto en una resolución judicial (autos, decretos o sentencias) que ha vulnerado derechos constitucionales por haber dispuesto indebidamente: el pago de una obligación de dar suma de dinero, la entrega en propiedad de un inmueble, el pago de beneficios sociales, la nulidad de un acto administrativo, la denegatoria de una pensión, la nulidad de un acto jurídico, la nulidad de un laudo arbitral, la reposición laboral de un trabajador, la absolución de un procesado, etc., etc.

En otras palabras, el “*amparo contra resolución judicial*” constituye la última esperanza procesal para revertir o nulificar una resolución judicial arbitraria, y es por ello que merece ser estudiado y aprendido a cabalidad por la comunidad jurídica.

*El artículo 9° del Nuevo Código Procesal Constitucional, señala que el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la **tutela procesal efectiva**, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso.*

371

Ya en lo referente a la tutela procesal efectiva, el Código Procesal Constitucional señala que ésta comprende 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.

De este modo, por vía legislativa, la concreción sobre el ámbito de protección del “*amparo contra resoluciones judiciales*” se ha circunscrito sólo a la protección de los derechos constitucionales de orden procesal, quedando fuera de su órbita todos los restantes derechos igualmente fundamentales (o constitucionales).

II. ¿DERECHOS FUNDAMENTALES PROCESALES Y SUSTANTIVOS?

Empero ¿Habría razones jurídico *ius fundamentales* para que el ámbito de derechos protegidos mediante este amparo tenga que ser replanteado y/o extendido?

El Tribunal Constitucional consideró que el elenco de derechos fundamentales susceptibles de ser protegidos por este amparo debía ser ampliado. Ello lo hizo, sustentándose en el diseño constitucional del ámbito de protección de este proceso, y también a partir de la doctrina de la eficacia vertical de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho.

*De este modo, los supuestos en los cuales resulta procedente el “amparo contra resoluciones judiciales”, no se circunscriben únicamente al agravio a la tutela procesal efectiva, sino que ésta tiene un carácter de *númerus apertus* o solo enunciativo.*

Así las cosas, en la sentencia recaída en el Exp. N° 03179-2004-PA/TC, caso Apolonia Ccolleca, el Tribunal constitucional interpretó extensivamente el artículo 4° del Código Procesal Constitucional vigente en aquél entonces, señalando que, a través del proceso de amparo, puede cuestionarse una resolución judicial firme no solo por la afectación de derecho de orden procesal, sino de derechos fundamentales de orden material, como el derecho de propiedad, al trabajo, a la pensión, a la educación, al honor, entre otros.

A esta interpretación llegó el Tribunal Constitucional tomando en consideración que la eficacia vertical de los derechos fundamentales vincula a todos los jueces su observancia y respeto absoluto. Esta premisa permitió concluir al Tribunal que el juez constitucional podía incluso analizar el fondo del asunto bajo determinados criterios restrictivos y excepcionales.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional en sentencia recaída en el Exp. N° 01209-2006-PA/TC, caso Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C., pese a seguir el mismo criterio vertido en el caso Apolonia Ccolleca, decide ampliar su argumentación, reafirmando que el juez constitucional puede y

debe tutelar derechos fundamentales de orden material en función a su eficacia vertical. Pero, en esta ocasión, el análisis de la resolución judicial exige esta vez que el juez constitucional verifique si es que la resolución cuestionada vulnera de modo manifiesto los derechos fundamentales sustantivos alegados.

Vale decir que, a partir de ahora, no solo se controla el debido proceso formal, sino también el sustantivo, y en relación al control del derecho al debido proceso sustantivo se deberá aplicar el principio de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de la decisión cuando se alegue la vulneración de un derecho fundamental, que no sea de orden procesal. Asimismo, se aplicará el principio de razonabilidad para descubrir la arbitrariedad de una resolución judicial, y por último el principio de decisión justa.

Esto, como es evidente, no debiera implicar la evaluación de fondo del proceso, pues ésta es competencia exclusiva del órgano jurisdiccional ordinario. Y ello, porque el objeto del proceso de amparo, no es evaluar si el juez ordinario aplicó o no correctamente la norma pertinente al caso, o valoró de manera errónea ciertos medios probatorios; sino que por el contrario el objeto del amparo solo es verificar que las resoluciones judiciales hayan respetado los principios de proporcionalidad, razonabilidad y de decisión justa.

373

Todo lo expuesto cobra vigor, si tomamos en cuenta el ámbito de derechos protegidos en el proceso de amparo, recogido en el inciso 2) del artículo 200° de la Constitución Política del Perú, el cual precisa la competencia material del amparo al establecer que “*son garantías constitucionales 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*”.

Conforme a ello, en el “*amparo contra resoluciones judiciales*” se han de proteger todos aquellos atributos subjetivos o derechos reconocidos en la Constitución, con excepción de los que, a su vez, son protegidos por el proceso de hábeas data; es decir, el derecho de acceso a la información pública, reconocido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución; y el derecho a la autodeterminación informativa, reconocido a su vez en el inciso 6) del mismo artículo 2° de la Constitución.

No obstante ello, la determinación del ámbito de protección del “*amparo contra resolución judicial*” no sólo puede realizarse a partir de la interpretación literal de la disposición y de la remisión que ésta pueda hacer hacia otros dispositivos constitucionales.

En este sentido, una interpretación sistemática con el inciso 1) del artículo 200° de la Constitución, en aplicación del Principio de Unidad de la Constitución, necesariamente tiene que terminar con excluir también, del “*amparo contra resolución judicial*”, a los derechos protegidos por el proceso de hábeas corpus; es decir, a la libertad individual y a los derechos conexos a él.

Conforme es fácil advertir, el ámbito de los derechos protegidos por el proceso de amparo, resulta ser de amplio espectro, y comprende residualmente la protección de todos los derechos constitucionales no protegidos por los otros procesos de tutela de los derechos fundamentales (como el hábeas corpus y el hábeas data).

Planteadas así las cosas, resulta lógico rechazar las razones jurídico-constitucionales que limiten el ámbito de los derechos protegidos por el “*amparo contra resoluciones judiciales*” sólo a la protección de los derechos que integran la tutela procesal efectiva, pues los únicos derechos exceptuados del control mediante este proceso son los protegidos, a su vez, por el hábeas corpus y el hábeas data.

Y es que resulta inadmisibles desde un punto de vista constitucional sostener que una resolución judicial deviene de un proceso “irregular” sólo cuando ella vulnera el derecho a la tutela procesal, y resulta más inadmisibles aún que esa presunta “irregularidad” no llegue a vulnerar a la larga otros derechos fundamentales sustantivos.

III. LOS ACTOS LESIVOS EN EL “*AMPARO CONTRA RESOLUCIÓN JUDICIAL*”: AUTOS, DECRETOS Y SENTENCIAS²

a. La interpretación arbitraria de una Ley

Reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, establece que la interpretación del derecho legal ordinario (Código Civil, Código Penal, Código Tributario, etc.) es una competencia propia de la jurisdicción ordinaria; sin embargo existen casos en que la jurisdicción constitucional sí se encuentra habilitada para emitir un pronunciamiento respecto de los alcances interpretativos de una Ley, precisamente cuando tal interpretación, por ser arbitraria, incida de modo arbitrario en determinados derechos fundamentales, bienes o valores constitucionales.

Y es que cuando un juez ordinario, al momento de resolver una controversia jurídica, interpreta las disposiciones legales, serán los significados y normas extraídas de tales dispositivos los que constituirán el basamento de la decisión judicial, y precisamente esos significados o normas pueden y deben de ser controladas de cara con el marco de derechos y valores establecidos en la Constitución Política del Perú.

375

De esta manera, es posible el control constitucional sobre las interpretaciones de las disposiciones de una Ley que realice el juez ordinario, en tanto y en cuanto la interpretación de una norma, es susceptible de vulnerar el contenido constitucionalmente protegido de algún derecho fundamental.

Lo contrario, la ausencia de control sobre la interpretación de un dispositivo legal, crearía zonas exentas del control constitucional, resultando ello vedado en el actual Estado Constitucional de Derecho.

Ejemplo de este acto lesivo, es el consignado en la sentencia recaída en el Exp. N° 05923-2009-PA/TC, caso Pablo Torres Arana, a través del cual el Tribunal estableció que:

“(...) la interpretación de la legalidad es función de la justicia ordinaria [“la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes” prevista en

² Cfr. López Flores, Berly Javier F. *Amparo contra Resoluciones Judiciales. Cómo llevar un caso ordinario a un proceso de amparo*. Editora Gaceta Jurídica. Lima. 2013.

el inciso 6) del artículo 78° de la Ley N.º 26572]. Empero, en este caso existe una excepción, pues obligar a la Corte a que interprete la frase afectaría el plazo razonable (8 años). Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que el órgano competente para conocer la pretensión arbitral cuyo laudo fue declarado nulo es la Sala que declaró la nulidad, quien debe fallar de modo inmediato”.

Asimismo, la sentencia recaída en el Exp. N° 02132-2008-PA/TC, caso Rosa Martínez, en la que el Tribunal señaló que:

“(…) la pretensión de la recurrente sí es una susceptible de protección mediante el presente proceso constitucional, pues si bien, conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la interpretación de la ley (Código Civil, Código Procesal Civil, etc.), en general, viene a ser una competencia propia de la justicia ordinaria, existen casos en que la justicia constitucional sí se encuentra habilitada para emitir pronunciamiento respecto de la interpretación de la ley, precisamente cuando tal interpretación incida de modo arbitrario en determinados derechos fundamentales, entre otros bienes constitucionales”.

376

b. La aplicación arbitraria de una Ley

Alude a un supuesto en el que el proceso judicial ordinario, sea del tipo que fuere, ha sido sentenciado o resuelto en su decisión final sustentándose en una norma que no se encuentra vigente, ya sea porque ésta ha sido derogada, modificada o aún no ha sido promulgada, o se encuentra en periodo de *vacatio legis*.

c. La indebida motivación de las sentencias y autos dictados por el juez

La motivación debida de las decisiones judiciales comporta que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión; implica también que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, que por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea breve o

concisa.

Esas razones, por lo demás, deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino y sobre todo de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso del que se deriva la resolución cuestionada. Así pues, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, inconstitucional.

No obstante lo anterior, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la afectación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, sino sólo en aquellos casos en los que dicha facultad se ejerce de manera arbitraria; es decir, en los casos en los que la decisión es más bien fruto del decisionismo que de la aplicación razonable del derecho en su conjunto.

d. La notificación defectuosa de sentencias o autos dictados por el juez

Este acto lesivo, se materializa al interior del proceso judicial ordinario, cuando el órgano judicial procede a la notificación de los actos procesales dirigidos al emplazado o demandado en un domicilio procesal que no era el suyo, siguiéndose el proceso judicial a espaldas de éste, y con vulneración de su derecho fundamental de defensa.

377

A estos efectos, cabe recordar que se vulnera *el derecho de defensa* cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa. Evidentemente no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión reprochada por el contenido constitucionalmente protegido del derecho. Esta es constitucionalmente relevante cuando la indefensión se genera en una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Y se produce sólo en aquellos supuestos en que el justiciable se ve impedido, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos (STC N° 00582-2006-PA/TC).

e. La no actuación de medios probatorios ofrecidos por las partes o las decretadas de oficio por el juez

El acto lesivo radica en que la decisión judicial es emitida por los jueces ordinarios sin apoyarse en elemento de prueba alguno que haya sido aportado por las partes procesales o decretada de oficio por el juez ordinario.

Esta situación, evidentemente vulnera *el derecho fundamental a la prueba*, el cual está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean *admitidos*, adecuadamente *actuados*, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que éstos sean *valorados* de manera adecuada y con la *motivación debida*, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (STC N° 6712-2005-HC/TC)

378

f. Las denegatorias de los recursos de apelación y casación.

Este acto lesivo encuentra materialización cuando los jueces de paz letrados, especializados o jueces superiores, encargados de tramitar los recursos de apelación o casación respectivamente, por el contrario, los deniegan o rechazan, argumentando la extemporaneidad en la presentación de los mismos o el incumplimiento de requisitos legales para su procedencia.

De este modo, se vulneraría el *derecho a la pluralidad de instancia*, al no habersele permitido a la parte procesal que la decisión de primera o segunda instancia que le causaba agravio sea revisada por un órgano jerárquicamente superior (STC N° 0023-2003-AI/TC)

g. La revisión o inicio de procesos judiciales ya fenecidos

Puede darse el caso que, habiendo fenecido un determinado proceso judicial ordinario, teniendo éste la calidad de cosa juzgada, inmodificable e inmutable, se pretenda luego iniciar un nuevo proceso judicial ordinario que pretenda restarle validez al anterior.

En este supuesto, queda claro que el control constitucional se centrará en determinar o evaluar si el acto lesivo consistente en el inicio de este nuevo proceso judicial tendría por vocación u objetivo modificar, alterar o suspender los alcances de lo resuelto en el anterior proceso judicial, lo cual vulneraría el *derecho fundamental a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada*.

Y es 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. (STC N° 4587-2004-AA/TC)

379

h. La declaratoria de nulidad de sentencias o autos ya emitidos

Los órganos judiciales ordinarios, al momento de conocer en grado de apelación asuntos principales o incidentales, tienen la facultad de *nulificar o anular* la sentencia o auto de primera instancia en el supuesto de que se haya incurrido en un *vicio* del procedimiento (*errores in procedendo*), ordenando, en este último supuesto, que el juez de inferior grado expida nueva sentencia o auto.

En este supuesto, el acto lesivo consistiría en el incorrecto ejercicio de la potestad nulificadora del órgano judicial.

i. La omisión judicial

Las vulneraciones a los derechos constitucionales, producidos al interior de procesos judiciales ordinarios, pueden tener su origen tanto en acciones como en omisiones, pues el proceso de amparo, según el artículo 200.2 de la Constitución Política del Perú, procede frente a un hecho (acto) u omisión.

Dentro de los primeros no sólo se incluyen los autos, decretos y sentencias, sino a todas las actuaciones judiciales susceptibles de vulnerar los derechos constitucionales de las partes procesales.

En cuanto a las *omisiones*, las demandas de “*amparo contra resoluciones judiciales*” tendrían como objeto denunciar dilaciones indebidas en la tramitación o en la resolución de los procesos judiciales ordinarios, así como dilaciones en el concesorio de ciertos medios impugnatorios (apelación, queja o casación), ello a consecuencia de la burocracia judicial o la excesiva carga procesal que habita en los despachos de los jueces ordinarios.

j. La inejecución o ejecución defectuosa de sentencias o autos emitidos en procesos constitucionales y ordinarios ³

Como bien sabemos, el cumplimiento efectivo de las sentencias constitucionales constituye un asunto de vital importancia porque da virtualidad y razón de ser al inicio de un proceso judicial –constitucional u ordinario–, pues nadie inicia un proceso para que, una vez obtenida una decisión a su favor, ésta posteriormente sea desnaturalizada de forma sistemática por la parte obligada a cumplirla o, peor aún, por el juez encargado de velar por el cumplimiento de la decisión.

Para hacer frente a esta problemática constitucional existe el instituto de la represión de actos homogéneos, el recurso de agravio constitucional a favor del cumplimiento de sentencias, el “amparo contra amparo” dirigido a cuestionar lo resuelto en fase de ejecución de sentencia, las medidas cautelares, y, lo que es materia del presente artículo, el amparo contra

³ Cfr. López Flores, B. (2011) *Ejecución de Sentencias Constitucionales en el Perú. A propósito de la represión de actos homogéneos, del recurso de agravio constitucional y del “amparo contra amparo”*. En Revista Gaceta Constitucional (Editora Gaceta Jurídica), Sección: Análisis Constitucional y Procesal Constitucional, Tomo 43, Julio 2011, páginas 95-116. Lima. También en Revista de Derecho “La Jurídica en Red”, Sección Artículos de Autores Internacionales, Octubre 2011, páginas 103-121, La Paz - Bolivia.

resolución judicial, los cuales se constituyen en mecanismos procesales cuya función es asegurar el cumplimiento de las sentencias constitucionales.

Así, estos mecanismos procesales constituyen una “vacuna” constitucional que ataca el virus de la defraudación soterrada de una sentencia constitucional propagada por la parte vencida en el proceso constitucional o por el juez de ejecución de la sentencia.

Como remedios que son, tienden a advertir y a revelar las conductas negligentes, dolosas y/o fraudulentas en que incurre la parte procesal o el juez de ejecución con el fin de soslayar el cumplimiento de una sentencia constitucional u ordinaria. Por lo tanto, la eficacia de estos mecanismos consistirá en reconducir, reponer o restituir el proceso judicial por el camino de hacer efectivo el cumplimiento de la sentencia, dejando sin efecto los actos procesales –del juez o de las partes– que se consideran nocivos a la ejecución de la sentencia.

En tal perspectiva, los mecanismos procesales descritos tienden a lograr la protección y vigencia efectiva del derecho fundamental a la efectividad de las resoluciones judiciales como concretización de un orden objetivo de valores constitucionales.

381

Vemos así que, siendo la sentencia constitucional el acto procesal que por excelencia resuelve en forma definitiva el conflicto jurídico planteado por las partes, resulta de sumo interés para el Estado velar por su cabal cumplimiento, en razón que con ello se concretiza en los ciudadanos –convertidos en partes procesales– la prestación social de justicia; y simultáneamente se excluye del mundo jurídico el caso justiciable posibilitando que otros ciudadanos postulen o accedan al servicio estatal de justicia, ensanchándose así la base prestacional del Estado.

Debido a que la ejecución de una sentencia es un asunto que atañe al interés de la sociedad en su conjunto, porque “una sentencia constitucional sin ser ejecutada promueve o agudiza aún más el conflicto jurídico materializado en la demanda”, resulta indispensable asegurar la ejecución de una sentencia, que puede ser perturbada o impedida por el transcurso del tiempo en que dura un proceso constitucional u ordinario.

Queda claro que toda sentencia expedida en un proceso tiene que ser ejecutada en sus aspectos o sentidos declarados, “solo cabe ser ejecutada sin dudas ni murmuraciones”, en los propios términos en que fue dictada.

IV. OTROS ACTOS LESIVOS A LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

- La falta de emplazamiento con la demanda a algún demandado o tercero.
- El desconocimiento de una doctrina jurisprudencial o precedente vinculante del Tribunal Constitucional.
- El desconocimiento de un precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- El incorrecto ejercicio del control difuso de constitucionalidad sobre las leyes o de la declaratoria de ilegalidad de los reglamentos.
- La valoración de pruebas en sede casatoria.
- La indebida valoración de pruebas en otras instancias o grados del proceso.
- El inicio de procesos judiciales sobre controversias en las que existe un convenio arbitral.
- La declaratoria de inejecutabilidad de una sentencia constitucional u ordinaria.

382

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

López Flores, B. (2013) *Amparo contra Resoluciones Judiciales. Cómo llevar un caso ordinario a un proceso de amparo*. Editora Gaceta Jurídica.

López Flores, B. (2011) *Ejecución de Sentencias Constitucionales en el Perú. A propósito de la represión de actos homogéneos, del recurso de*

agravio constitucional y del “amparo contra amparo”. En Revista Gaceta Constitucional.

Tribunal Constitucional (2006) Sentencia recaída en el expediente N° 03179-2004-PA/TC. Recuperado de:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03179-2004-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2006) Sentencia recaída en el expediente N° 01209-2006-PA/TC. Recuperado de:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01209-2006-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2010) Sentencia recaída en el expediente N° 05923-2009-PA/TC. Recuperado de:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05923-2009-AA.pdf>

Tribunal Constitucional (2011) Sentencia recaída en el expediente N° 02132-2008-PA/TC. Recuperado de:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.pdf>

383

Tribunal Constitucional (2006) Resolución recaída en el expediente N° 00582-2006-PA/TC). Recuperado de:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00582-2006-AA%20Resolucion.pdf>

Tribunal Constitucional (2005) Sentencia recaída en el expediente N° 6712-2005-HC/TC. Recuperado de:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.pdf>

Tribunal Constitucional (2003) Sentencia recaída en el expediente N° 0023-2003-AI/TC. Recuperado de:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00023-2003-AI.pdf>

Tribunal Constitucional (2004) Sentencia recaída en el expediente N° 4587-2004-AA/TC. Recuperado de:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04587-2004-AA.pdf>

El proceso de hábeas data en el Nuevo Código Procesal Constitucional. Las modificatorias incorporadas por la Ley N° 31583

The habeas data process in the New Constitutional Procedural Code. The amendments incorporated by Law N° 31583

✉ MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE¹

Resumen

384

El objetivo central de este artículo es dar cuenta de los cambios que el legislador realiza mediante la Ley N° 31583 a los artículos relacionados al habeas data del Nuevo Código Procesal Constitucional. Para cumplir con ese objetivo el artículo se divide en dos partes. La primera, destinada al análisis de los cambios incorporados por la Ley N.º 31583. En concreto, nos centraremos en los dos cambios que tienen incidencia en el proceso de hábeas data: la obligatoriedad de la vista de la causa (artículo 24) y los costos del proceso (artículo 28). La segunda parte aborda la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional a la luz del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Palabras clave

Habeas data, Nuevo Código Procesal Constitucional, datos personales, Tribunal Constitucional, vista de la causa.

¹ Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) de la Presidencia del Gobierno de España. Docente principal de la Academia de la Magistratura. Docente de pre y posgrado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Abstract

The main purpose of this article is to give an account of the changes made by the legislator through Law N° 31583 to the articles related to the habeas data of the New Constitutional Procedural Code. To achieve this goal, the article is divided into two parts. The first part is devoted to the analysis of the changes incorporated by Law No. 31583. Specifically, it will focus on the two changes that have an impact on the habeas data process: the mandatory nature of the hearing of the case (Article 24) and the costs of the process (Article 28). On the other hand, the second part deals with the recent jurisprudence of the Constitutional Court in light of the New Code of Constitutional Procedure.

Keywords

Habeas data, New Constitutional Procedural Code, personal data, Constitutional Court, hearing of the case, Constitutional Court, hearing of the case.

Sumario

385

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS MODIFICATORIAS INCORPORADAS POR LA LEY N.º 31583 AL PROCESO DE HÁBEAS DATA. III. EL HÁBEAS DATA EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. IV. A MODO DE CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

El proceso constitucional de hábeas data –conforme preceptúa el artículo 200, inciso 3 de la Constitución– tutela dos derechos fundamentales: (i) el derecho al acceso a la información pública y (ii) el derecho a la autodeterminación informativa, reconocidos respectivamente, en los incisos 5 y 6 del artículo 2 de la Carta Fundamental.

Este instituto jurídico, incorporado por la Constitución de 1993, ha sido regulado hasta la actualidad por tres cuerpos normativos. En primer lugar, la Ley N.º 26301, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 3 de mayo de 1994. Norma que reguló el trámite del proceso constitucional de hábeas data por una década, pese a que la propia Ley destacara su carácter transitorio.

En segundo lugar, el Código Procesal Constitucional, Ley N.º 28237, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo de 2004. Cuerpo normativo que regula, por primera vez, de manera integral, todos los procesos constitucionales previstos en los artículos 200º y 202º inciso 3 de la Constitución. Al hábeas data le destina el capítulo IV compuesto de 5 artículos.

En tercer lugar, el Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley N.º 31307, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de julio de 2021. Este nuevo código –que materialmente sería una modificatoria–, al igual que su predecesor, destina el Título IV a la regulación del hábeas data. No obstante, amplía sustancialmente el número de artículos, de 5 pasa ahora a 12 artículos divididos en tres capítulos.

Luego 15 meses de vigencia del Nuevo Código Procesal Constitucional, el legislador/a introdujo cambios significativos en este cuerpo normativo procesal. La Ley N.º 31583, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de octubre de 2022, modifica diversos artículos del Nuevo Código Procesal Constitucional, con la finalidad –de acuerdo con el tenor literal de la Ley– de asegurar el correcto ejercicio de los procesos constitucionales. De las diez modificatorias introducidas, aunque se enuncia once², dos inciden en el proceso de hábeas data. Desde esta óptica, el objetivo central de este artículo es dar cuenta de los cambios que el legislador realiza. No obstante, es preciso señalar que, con estos cambios, el legislador no hace sino, poner en la letra de la ley aquello que el Tribunal Constitucional ya había establecido en su jurisprudencia.

Para cumplir con ese objetivo el artículo se divide en dos partes. La primera, destinada al análisis de los cambios incorporados por la Ley N.º 31583. En concreto, nos centraremos en los dos cambios que tienen incidencia en el proceso de hábeas data: la obligatoriedad de la vista de la causa (artículo 24) y los costos del proceso (artículo 28). La segunda parte aborda la

² De acuerdo con lo preceptuado por el artículo único de la Ley N.º 31583, se modifica el artículo III del Título Preliminar y los artículos 12, 18, 19, 24, 28, 42, 45, 60 y 70; así como de la cuarta disposición complementaria final de la Ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional. No obstante, el artículo 60 es copia literal del NCPC.

jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional a la luz del Nuevo Código Procesal Constitucional.

II. LAS MODIFICATORIAS INCORPORADA POR LA LEY N° 31583 AL PROCESO DE HÁBEAS DATA.

El proceso de hábeas data, reconocido en sede constitucional, tiene un ámbito de protección bastante amplio en el Perú. Como es conocido, además del clásico derecho a la protección de datos personales, la Constitución le encomienda la tutela del derecho de acceso a la información pública. Un derecho de trascendental importancia para la consolidación de la democracia. De hecho, uno de los indicadores objetivos de la calidad democrática de un Estado es la transparencia de sus instituciones públicas. Es, asimismo, una herramienta contra la corrupción, y un instrumento clave para el ejercicio de otros derechos (OEA, 2009; Gutiérrez, 2014; Abad, 2019; Moretón, 2022).

No obstante, en esencia, el proceso de hábeas data fue ideado –así parece confirmarlo el *nomen iuris*– para tutelar el derecho a la protección de datos personales. En efecto, la expresión hábeas data significa «que tengas los datos» «que vengan los datos» o «que tengas los registros»; en suma, tomar conocimiento de datos propios en poder de otro. Sobre el concepto, el profesor César Pérez-Luño –en su obra en su obra “El procedimiento de hábeas data. El derecho procesal ante las nuevas tecnologías” (2017)– precisa que el instituto jurídico del hábeas data puede asumir un doble sentido:

«(i) En su significación estricta, hace referencia al derecho de acceso de los ciudadanos/as a los datos que les conciernen registrados en ficheros o archivos. (ii) En su acepción amplia, hace referencia al conjunto de los denominados derechos o facultades ARCO, es decir a los derechos de Acceso, Rectificación, Cancelación y Oposición». (2017: 298)

Las Cartas constitucionales de países como Brasil o Paraguay recogen este doble sentido conceptualizado por Pérez-Luño, de modo que, su ámbito de protección –siguiendo el *nomen iuris*– se circunscribe, exclusivamente, a la tutela del derecho a la protección de datos personales (Quispe Ponce, 2022). No sucede lo mismo en el caso peruano, en el que la Constitución –como ya habíamos señalado– amplía el ámbito de protección de este instituto jurídico al derecho de acceso a la información pública. De ahí que, en una suerte de función pedagógica, el Tribunal Constitucional –en una resolución

recurrentemente citada, recaída en el expediente 06164-2007-HD/TC– haya precisado que, en estricto, se trata de un hábeas data impuro.

El Nuevo Código Procesal Constitucional recogiendo lo dispuesto en la Constitución –como es natural en el marco de un Estado Constitucional–, preceptúa en su artículo 59, titulado «derechos protegidos», que el proceso de hábeas data procede en defensa del derecho de acceso a la información pública reconocido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución, y en defensa del derecho a la autodeterminación informativa, reconocido en el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución.

En relación con el ***derecho de acceso a la información pública***, tutelado en sede judicial por el proceso de hábeas data, el artículo 2, inciso 5 de la Constitución, establece que toda persona tiene derecho:

388

«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 (...)».

Este derecho fundamental ha sido desarrollado por la Ley N.º 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 021-2019-JUS y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 072-2003-PCM. Los aspectos esenciales que regula este marco normativo son, entre otros, los sujetos titulares del derecho de acceso a la información pública, los sujetos obligados a satisfacerlo, el procedimiento administrativo diseñado para su ejercicio, las excepciones al acceso y el régimen de infracciones y sanciones por vulnerarlo (MINJUS, 2021).

La garantía del derecho fundamental de acceso a la información pública, en la etapa pre contenciosa, está a cargo del Tribunal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, órgano resolutorio –creado por Decreto Legislativo 1353– que es la última instancia administrativa sobre la materia a nivel nacional. Este tribunal es competente para resolver las controversias que se susciten en materia de transparencia y acceso a la información pública y aplica las sanciones correspondientes a los

funcionarios/as y servidores públicos por el incumplimiento de las normas sobre la materia.

Sobre el **derecho a la autodeterminación informativa**, tutelado, en sede judicial por el proceso de hábeas data, el artículo 2, inciso 6 de la Constitución, preceptúa que toda persona tiene derecho:

«A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar».

A nivel legislativo, este derecho fundamental ha sido desarrollado por la Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.º 003-2013-JUS. Los aspectos centrales que regulan estas disposiciones normativas, son entre otros, los principios aplicables al tratamiento de datos personales, los derechos del titular de datos personales, las obligaciones del titular y encargado del tratamiento de datos personales, así como el régimen de infracciones y sanciones en esta materia (MINUS, 2021).

389

Asimismo, con la finalidad de garantizar la efectividad del derecho fundamental de acceso a la información pública y del derecho a la protección de datos personales, en sede administrativa, se ha creado la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que ejerce funciones administrativas, orientadoras, normativas, resolutivas, fiscalizadoras y sancionadoras. La Dirección General, ejerce, asimismo, la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información Pública (ANTAIP) y la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales (ANPD).

Las modificatorias al Nuevo Código Procesal Constitucional (Ley N.º 31307), recientemente incorporadas por la Ley N.º 31583, inciden en los procesos constitucionales de tutela de derechos, en consecuencia, inciden en el proceso constitucional de hábeas data. Concretamente, la modificatoria del segundo párrafo del artículo 24 del Nuevo Código Procesal Constitucional repercute en la tramitación del proceso constitucional de hábeas data que protege el derecho de acceso a la información pública, y el derecho a la autodeterminación informativa. Mientras que, los cambios efectuados al artículo 28 afectan exclusivamente al hábeas data impuro –en la terminología

de la doctrina, seguida también por el Tribunal Constitucional para designar al proceso constitucional de hábeas data que protege el derecho de acceso a la información pública—. Al análisis de estas modificatorias están destinados los siguientes epígrafes.

2.1. Sobre la obligatoriedad de la vista de la causa (en audiencia pública) en el Tribunal Constitucional

En el siguiente cuadro se presentan las modificatorias incorporadas por la Ley N.º 31583 al segundo párrafo del artículo 24 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Artículo 24. Recurso de Agravio Constitucional	
Nuevo Código Procesal Constitucional Ley N.º 31307	Ley que modifica diversos artículos del Nuevo Código Procesal Constitucional Ley N.º 31583
[...] En el Tribunal Constitucional es obligatoria la vista de la causa, ~~la falta de convocatoria de la vista y del ejercicio de la defensa invalidan el trámite del Recurso de Agravio Constitucional.~~ [...]	[...] En el Tribunal Constitucional es obligatoria la vista de la causa en audiencia pública. Los abogados tienen derecho a informar oralmente si así lo solicitan. No se puede prohibir ni restringir este derecho en ninguna circunstancia, bajo sanción de nulidad. [...]

Como se advierte, en esta disposición normativa modificatoria, el legislador/a añade —a la precisión que, sobre la obligatoriedad de la vista de la causa, ya había efectuado la letra de la Ley N.º 31307 (Nuevo Código Procesal Constitucional) en clara contestación al criterio establecido por el

procedente Vásquez Romero que este acto procesal, es decir, la vista de la causa, **debe** realizarse en **audiencia oral**. En esencia, esta modificatoria no hace sino recoger el sentido interpretativo que, sobre el artículo en cuestión –segundo párrafo del artículo 24–, realizara el actual Colegiado del Tribunal Constitucional, a través de la Resolución Administrativa N.º 075-2022-P/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de junio de 2022. Disposición normativa, a través de la cual, se dejó sin efecto artículo 11-C del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional y el Artículo Quinto de la Resolución Administrativa N.º 168-2021-P/TC.

Recordemos que el artículo 11-C del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional –incorporado por el artículo quinto de la Resolución Administrativa N.º 168-2021-P/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 18 de septiembre de 2021– recogía, a su vez, el sentido interpretativo que, sobre el segundo párrafo del artículo 24, adoptara el colegiado anterior del Tribunal Constitucional. Sentido interpretativo de acuerdo con el cual, si bien todas las causas de tutela de derechos ingresadas al Tribunal Constitucional vía Recurso de Agravio Constitucional (RAC) debían tener vista, no todas debían tener vista de la causa en audiencia oral.

391

En efecto, de acuerdo con las reglas de aplicación del segundo párrafo del artículo 24 establecidas mediante Resolución Administrativa N.º 168-2021-P/TC, se instituyeron dos modalidades de vista de la causa. El artículo 11-C del Reglamento Normativo preceptuaba que, en los procesos de habeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, la vista de la causa era obligatoria³. Ahora bien, esta podía realizarse bajo dos modalidades:

³ “Artículo 11-C.- Vista de la causa

En los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, la vista de la causa es obligatoria.

Si en la vista de la causa la Sala considera que la demanda es improcedente, se resuelve en ese sentido mediante auto, sin convocatoria a audiencia pública. También se resuelven sin convocatoria a audiencia pública los recursos de agravio constitucional a favor de la debida ejecución de la sentencia, las apelaciones por salto y las quejas.

Si en la vista de la causa la Sala considera que la demanda requiere un pronunciamiento de fondo por parte suya, se notifica a las partes, convocando a audiencia pública.

Si en la vista de la causa la Sala considera que la demanda requiere un pronunciamiento de fondo por parte del Pleno, se notifica a las partes, convocando a audiencia pública.

- ❖ Primera modalidad: vista de la causa con audiencia pública
- ❖ Segunda modalidad: vista de la causa sin audiencia pública

La vista de la causa con audiencia pública, se realizaba cuando la Sala del Tribunal Constitucional consideraba que era necesario un pronunciamiento de fondo.

La vista de la causa sin convocatoria a audiencia pública se realizaba en los siguientes supuestos: (i) si la Sala del Tribunal Constitucional consideraba que la demanda era improcedente (por alguna causal del artículo 7 del Nuevo Código Procesal Constitucional), (ii) los recursos de agravio constitucional a favor de la debida ejecución de la sentencia, (iii) las apelaciones por salto, y (iv) las quejas.

De este modo, con este sentido interpretativo adscrito al segundo párrafo del artículo 24, el Colegiado anterior del Tribunal Constitucional, volvía a instaurar –vía Resolución Administrativa– la posibilidad de emitir sentencia –en determinados supuestos, fundamentalmente, en aquellos recursos que contengan pretensiones manifiestamente improcedentes– sin audiencia y sin informes orales de los abogados/as, establecida a través del precedente Vásquez Romero (Sentencia recaída en el expediente 0987-2014-PA/TC).

Como es ampliamente conocido, el precedente Vásquez Romero –instauró cuatro supuestos en que, sin más trámite el Tribunal emitiría sentencia interlocutoria denegatoria, es decir, sin audiencia y sin informes orales de los abogados/as de las partes– no solo fue el primero y uno de los más importantes precedentes establecidos por el Colegiado anterior del Tribunal Constitucional (2014-2022) sino también el que más debate generó en el ámbito jurisprudencial, doctrinal y académico. Cosechando, ciertamente, partidarios y detractores en la misma medida. La razón, es que las disposiciones establecidas en este precedente, incidían de manera directa

Los secretarios de Sala están autorizados a suscribir los decretos de notificación de vistas de la causa y de celebración de audiencias públicas.”

en el diseño –escuetamente delineado por el legislador/a en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional– de acceso al Tribunal Constitucional en los procesos de tutela de derechos (Landa, 2014; Castillo, 2014; Abad, 2017; García, 2017; Herrera, 2020; Quispe, 2021).

Pues bien, si el legislador del Nuevo Código Procesal Constitucional, buscó dejar, implícitamente, sin efecto el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en el precedente Vásquez Romero, la modificatoria introducida por la Ley N.º 31583 lo consigue, al precisar con meridiana claridad que, todos los casos de tutela de derechos deben tener vista de la causa ante el Tribunal Constitucional.

2.2. Sobre los costos en el proceso constitucional de hábeas data

En el siguiente cuadro se presentan las modificatorias incorporadas por la Ley N.º 31583 al segundo párrafo del artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Artículo 28. Costos y costas	
Nuevo Código Procesal Constitucional Ley N.º 31307	Ley que modifica diversos artículos del Nuevo Código Procesal Constitucional Ley N.º 31583
Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. ~~Si el amparo~~ fuere desestimado por el juez, este podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad.	Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada, salvo en los supuestos de temeridad procesal. Si el proceso fuere desestimado por el juez, este podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad.
En los procesos constitucionales, el Estado solo puede ser condenado al pago de costos. [...]	En los procesos de hábeas corpus, amparo y de cumplimiento, el Estado solo puede ser condenado al

	pago de costos. En los procesos de hábeas data, el Estado está exento de la condena de costas y costos. [...]

Del tenor de esta disposición se advierte que la modificación más importante incorporada por la Ley N.º 31583 al artículo 28, es la referida a la exoneración de los costos en los procesos de hábeas data en los que el Estado es demandado. Esta modificación podría catalogarse, ciertamente, como una respuesta al ejercicio abusivo del derecho, puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional: *procesos constitucionales de hábeas data en serie* incoados por ciertos abogados y abogadas con la única finalidad de obtener los costos procesales. En ese entendido, sólo a título de ejemplo se puede citar el caso de un abogado que promovió 218 procesos de hábeas data (derecho de acceso a la información pública) contra una misma entidad, del que da cuenta el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída el expediente 04274-2016-PHD/TC.

394

Este complejo problema que se presenta, fundamentalmente, en el proceso constitucional de hábeas data que tutela el derecho de acceso a la información pública, ha sido abordado tanto por el Tribunal Constitucional (en la actual y anterior composición) como por legislador/a. En un primer momento, el Tribunal Constitucional (composición anterior) decidió, sobre la base de lo dispuesto en los artículos 412 y 414 del Código Procesal Civil –al que remitía el Código Procesal Constitucional para el tema de los costos– **exonerar los costos** en aquellos procesos que, pese a declararse fundada la demanda, se advertía un uso abusivo del derecho.

En esta primera etapa, el Tribunal Constitucional considera que, si bien en virtud de lo dispuesto por el artículo 56 del ahora derogado Código Procesal Constitucional, la sentencia que declara fundada la demanda debe imponer el pago de costos; en los casos en los que se advierta abuso de derecho corresponde –sobre la base de lo preceptuado en el último párrafo del artículo 103 de la Constitución– exonerar su pago. A juicio del Tribunal Constitucional, usar los procesos de hábeas data para crear casos de los que obtener honorarios, supone desnaturalizar este importante proceso

constitucional y, con ello, se incurre en un ejercicio abusivo de su derecho de acceso a la información pública, que genera además un perjuicio en términos de sobrecarga procesal y de pérdida de recursos públicos (Sentencia recaída en el expediente 01879-2015-PHD/TC, publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 19 de octubre de 2020).

En una segunda etapa, el Tribunal Constitucional (en su composición actual) advierte –que, además del problema precedentemente señalado– un número importante de abogados/as promovía recursos de agravio constitucional, exclusivamente, respecto de la pretensión accesorio de procesos de hábeas data declarados fundados en el Poder Judicial, esto es, recursos de agravio constitucional, exclusivamente, respecto de los costos procesales, a fin de que el Tribunal Constitucional les reconozca tal concepto.

En estos casos, el intérprete supremo de la Constitución sostiene que, la solicitud de los costos procesales, en tanto aspecto accesorio de la pretensión, aisladamente considerada, carece de la entidad constitucional para justificar la interposición de un medio impugnatorio en un proceso constitucional con singulares características, cuyo objeto de dilucidación debe contener necesariamente relevancia iusfundamental. Sostiene que, la controversia vinculada a los costos no pertenece al núcleo constitucional del proceso de hábeas data y, por ende, se encuentra desprovista en sí misma del mérito para continuar con la litis. Por lo que, decide desestimar el Recurso de Agravio Constitucional. (STC 03749-2021-PHD/TC, fundamento 5).

395

Además de declarar improcedente el Recurso de Agravio Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente 03749-2021-PHD/TC, la Sala Primera del Tribunal Constitucional decide imponer una multa de 30 URP a la demandante. Al advertir que, “so pretexto de invocar el derecho de acceso a la información pública, lo que la parte demandante viene persiguiendo, en el fondo, es obtener los costos procesales, desvirtuando con ello la finalidad del proceso de habeas data, sin tomar en cuenta que dicho actuar abusivo viene generando una incontrovertible externalidad negativa a la judicatura constitucional en sus distintos niveles, así como la ralentización de la impartición de justicia constitucional en perjuicio de los justiciables, debido a que las causas de estos últimos podrían ser resueltas con mayor premura en caso no se hubieran presentado todas esas demandas de habeas data abiertamente maliciosas” (STC 03749-2021-PHD/TC, fundamento 6).

En una tercera etapa, el Tribunal Constitucional identifica que, el ejercicio abusivo del derecho traducido en la interposición de numerosos procesos de *hábeas data* se efectúa –en algunos casos– no solo de forma individual sino, de forma orquestada, por algunos abogados/as (sólo a título de ejemplo se pueden citar las sentencias recaídas en los expedientes: 03970-2021-PHD/TC; 00051-2021-PHD/TC; 01128-2021-PHD/TC). En esos casos, el Tribunal Constitucional decide: analizar el contexto, declarar infundada la demanda, e imponer multas a los intervinientes.

396

Al examinar estos casos, el intérprete supremo de la Constitución enfatiza que, el proceso de *hábeas data*, consagrado para concretizar el derecho de acceso a la información pública, “si bien puede ser ejercido «sin expresión de causa», no por ello puede ser utilizado de forma ilegítima e incompatible con los valores del propio ordenamiento, y mucho menos contrariando o afectando otros bienes constitucionalmente protegidos, como la tutela jurisdiccional efectiva que, en este tipo de casos, termina siendo instrumentalizada para lograr una finalidad crematística y pecuniaria”. (STC 00712-2022-PHD/TC, fundamento 26).

La sentencia recaída en el expediente 03531-2021-PHD/TC, publicada en el portal web del Tribunal Constitucional el 7 de julio de 2022, se sitúa en esta tercera etapa. En este caso:

“El demandante plantea como *pretensión principal*, que, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, se le proporcionen *copias fedateadas* de lo siguiente: (i) el cargo de recepción de la Carta 006-2018-SUNAT/808000 y (ii) la ficha personal del servidor civil Hugo Miguel Aguayo Rivera. Como pretensión accesoria, solicita los costos del proceso” (fundamento 1)

Luego de analizar la controversia, el Tribunal Constitucional estima que, a pesar de que lo solicitado por el demandante debería entenderse como exigible; “empero, dicha pretensión necesariamente debe contextualizarse en un escenario en el que el mismo demandante viene generando una multiplicidad de pedidos de modo simultáneo exactamente contra la misma entidad (Sunat) y con la misma finalidad (...)”. (STC 03531-2021-PHD/TC, fundamento 3).

A juicio del Tribunal Constitucional, tal situación “evidencia que no nos encontramos en modo alguno ante una forma legítima de ejercer el derecho de acceso a la información pública, sino ante un forzado intento de trazar una estrategia legal cuyo único propósito es agenciarse de los beneficios económicos representados por los costos procesales que una eventual sentencia estimatoria pueda generar en su favor por cada caso que es promovido” En consecuencia, estima que, “en las circunstancias descritas, la pretensión planteada por el demandante carece de todo sustento y debe ser rechazada de la manera más enfática por **manifiestamente infundada** (...)”. (STC 03531-2021-PHD/TC, fundamentos 6 y 8)

Asimismo, decide imponer una multa de 30 URP al demandante y a los abogados que autorizaron la demanda, la apelación y el Recurso de Agravio Constitucional. Ello, al considerar que, “la interposición de demandas de *habeas data* como la que es materia de los presentes autos y que se vienen realizando principalmente contra la Sunat, con una clara y orquestada intención de conseguir el pago de los costos procesales, denota un claro abuso y despropósito de la tutela jurisdiccional efectiva y subsecuentemente del derecho fundamental de acceso a la información pública. Ya que so pretexto de invocar ante la judicatura el derecho de acceso a la información pública, lo que se busca en el fondo es obtener costos procesales, desvirtuando la finalidad del proceso de *habeas data* (...)” (STC 03531-2021-PHD/TC, fundamento 9).

397

A juicio del Tribunal Constitucional, “la gravedad de la inconducta graficada se condice con la multa impuesta, puesto que, de alguna u otra manera, los sancionados deben interiorizar parte del daño que han generado (...) a fin de desincentivar este tipo de actuaciones tanto en los mismos –prevención especial– como en terceros que pretendan imitar tales inconductas –prevención general–, por cuanto la sanción tiene una finalidad estrictamente instrumental –y no meramente recaudatoria–. Pero, además, tampoco se puede soslayar que aquel actuar abusivo termina afectando objetivamente a la comunidad en su conjunto, porque los costos del proceso que buscan obtener son sufragados por el escaso presupuesto estatal de las entidades demandadas que es financiado directa o indirectamente por la ciudadanía en general”. (STC 03531-2021-PHD/TC, fundamento 13).

Como se aprecia del párrafo precedente, una de las razones por las que el Tribunal Constitucional decide imponer multas –al amparo del artículo 49

de su Reglamento Normativo– a aquellas personas que, haciendo un uso abusivo del derecho interponen numerosas demandas de hábeas data, es desincentivar este tipo de actuaciones. Pues bien, una somera revisión de las resoluciones que, diariamente son publicadas en el portal web del Tribunal Constitucional, permitiría afirmar que ese objetivo se ha conseguido –el impacto de esta medida todavía debe evaluarse– al menos, en relación con aquellas personas que venían tramitando procesos de hábeas data (que tutela el derecho de acceso a la información pública) en el Tribunal Constitucional, pues una cuestión nueva que se advierte en la jurisprudencia es el importante número de escritos de desistimiento presentados por estos litigantes. Acto procesal que no está previsto de manera expresa en el proceso de hábeas data.

3.1. La tutela del derecho de acceso a la información pública en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional

El desistimiento es una forma especial de conclusión del proceso – distinta a la que se produce mediante la emisión de una sentencia– que, ciertamente, no está prevista de manera expresa en el proceso de hábeas data. No obstante, es una de las figuras jurídicas a la que más atención ha prestado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia reciente sobre el derecho de acceso a la información pública. Ello, debido al importante número de solicitudes de desistimientos del Recurso de Agravio Constitucional, presentados por aquellas personas que, haciendo ejercicio abusivo del derecho, habían promovido innumerables demandas de hábeas data con la única finalidad de obtener costos procesales.

En estos casos, el Tribunal Constitucional considera que, si bien el Nuevo Código Procesal Constitucional no ha previsto de manera expresa el desistimiento en el proceso de habeas data, si es procedente, en aplicación análoga de lo dispuesto en las normas referidas al proceso de amparo (artículo 50). En las múltiples solicitudes de desistimiento, analiza que hayan sido presentadas por escrito, con firma legalizada ante el secretario relator del Tribunal Constitucional o notario, conforme preceptúa el artículo 37 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Con la resolución que se tiene por desistido del recurso de agravio constitucional a la persona solicitante, queda firme la resolución de segunda instancia, y se da por concluido el proceso.

Una forma de conclusión que, a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de imponer multas por abuso de derecho en la interposición de procesos de hábeas data, a la que diariamente se acogen un importante número de personas litigantes. Sólo a título de ejemplo se puede señalar que, el día 31 de agosto del año en curso, el Tribunal Constitucional ha publicado en su portal web, 32 resoluciones (autos) a través de los cuales se da por concluido el proceso de hábeas data que tutela el derecho de acceso a la información. Entre otros, los Autos recaídos en los expedientes: N° 00501-2022-HD (Desistimiento); N° 00567-2022-HD (Desistimiento); N° 00172-2022-HD (Desistimiento); N° 00676-2022-HD (Desistimiento); N° 01405-2022-HD (Desistimiento); N° 01039-2022-HD (Desistimiento); N° 01037-2022-HD (Desistimiento); N° 01013-2022-HD (Desistimiento); N° 00884-2022-HD (Desistimiento).

3.2. La tutela del derecho a la autodeterminación informativa en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional.

399

El nuevo Código Procesal Constitucional amplió sustancialmente el número de artículos destinados al proceso de hábeas data, de 5 a 12. El nuevo articulado incorpora diversas novedades que inciden en el hábeas data puro. Solo a título de ejemplo se puede citar, entre otras, la incorporación de la definición de «banco de datos» (artículo 53), que reproduce lo establecido en el artículo 2 inciso 1 de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, o el desarrollo en su artículo 58, de las medidas cautelares procedentes en este proceso.

Una de las modificaciones, ciertamente, relevantes, no por ello poco problemáticas, es el establecimiento expreso de los derechos protegidos por el hábeas data propio. En efecto, el artículo 59 del Nuevo Código Procesal Constitucional, en su párrafo segundo, preceptúa que el hábeas data procede en defensa del derecho a la autodeterminación informativa, reconocido en el inciso 5, artículo 2 de la Constitución, enseguida, enuncia 16 modalidades. En esencia, lo que hace el legislador/a es poner en la letra de la ley la clasificación que, hace ya tres lustros, con un afán pedagógico, había recogido –de la doctrina– el Tribunal Constitucional en la Resolución 06164-2007-HD/TC (Puccinelli, 2020).

Entre los derechos protegidos por el hábeas data, enumerados por el precitado artículo 59, no se encuentra, por ejemplo, el derecho al olvido digital. Uno de los nuevos derechos fundamentales que emerge

paulatinamente, al compás del avance de las nuevas tecnologías – herramientas indispensables en todos los órdenes: laboral y personal–. En efecto, como acertadamente sostiene Ridaura “la irrupción digital ha hecho emerger el derecho al olvido digital como un nuevo derecho ligado, en principio, a la defensa de la privacidad en el ámbito de Internet” (2022: 17).

El derecho al olvido digital –sostiene Jiménez-Castellanos citando a Mieres– es la respuesta a la amenaza que supone el almacenamiento permanente en Internet de información personal cuya difusión, pasado el tiempo, puede afectar negativamente a la persona, al producirse un desajuste entre lo publicado y la realidad actual. Se trata de garantizar la efectividad del control de las personas sobre las informaciones y datos presentes en la red que se refieren a ellas, que resultan obsoletas y cuya difusión o accesibilidad actual les perjudica. Precisa, asimismo, que este derecho podría definirse como el derecho a equivocarse o a que una equivocación pasada no marque y determine la vida de un individuo. (Jiménez-Castellanos, 2022: 224).

Pues bien, en dos sentencias recientemente emitidas, el Tribunal Constitucional reconoce el derecho fundamental al olvido como manifestación de la autodeterminación informativa. Se trata de las sentencias recaídas en los expedientes 03041-2021-PHD/TC; y, 02839-2021-PHD/TC, publicadas en el portal web del Tribunal Constitucional, el 27 de julio de 2022 y el 28 de septiembre de 2022, respectivamente.

El presupuesto fáctico del que parte el Tribunal Constitucional, para el reconocimiento de este derecho, es el avance vertiginoso de la tecnología que ha generado la proliferación de información y datos de toda índole mediante diversos motores de búsqueda, sistemas informáticos, bases de datos o dispositivos tecnológicos que se encuentran al alcance de toda persona de forma global. A juicio de esta Alta Corte, “esta hipervisibilización de data, en ocasiones, puede intervenir en el contenido protegido del derecho a la protección de datos personales, en conexidad con otros derechos fundamentales” (STC 03041-2021-PHD/TC, fundamento 10).

Desde esta óptica, el derecho al olvido surge, precisa el Tribunal Constitucional, con **la finalidad** de que “el desarrollo tecnológico, cualquiera que sea las variantes que adopte, se realice de forma tal que no implique por

efectos del tiempo una intervención arbitraria que, producto de la exhibición o difusión de la información personal a través de los sistemas informáticos, pueda producir lesividad permanente en el ejercicio de derechos fundamentales esenciales para desarrollar una vida en dignidad. En tales circunstancias, dicho atributo supone un contenido del derecho a la autodeterminación informativa, reconocido en el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución y como tal tiene inevitable protección constitucional” (STC 02839-2021-PHD/TC, fundamento 11).

Al igual que el Tribunal Constitucional Español –había hecho unos años antes, concretamente, en la sentencia 58/2018, de 4 de junio– el Tribunal peruano reconoce la doble dimensión del derecho fundamental al olvido digital. En primer lugar, como un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos al honor y a la buena reputación, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la intimidad, con los que está íntimamente ligado. Así, señala que el derecho fundamental al olvido:

401

“Garantiza la eliminación, supresión o retiro de información relacionada con datos personales que, usualmente vinculada al nombre de la persona, es posible hallarse usando motores de búsqueda o sistemas informáticos que hayan estado disponibles al público por un determinado tiempo, y que, habiendo sido ajustada a la realidad en su oportunidad, como consecuencia de nuevas condiciones fácticas y/o jurídicas relevantes, ya no lo es o no lo es plenamente, de modo tal que su difusión, ahora de contenido abiertamente inexacto, genera un perjuicio al titular de la información, en particular, respecto al contenido de su derecho fundamental al honor y a la buena reputación (artículo 2, inciso 7 de la Constitución), respecto del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1 de la Constitución) o, eventualmente, respecto de su derecho a la intimidad (artículo 2, inciso 7 de la Norma Fundamental)” (STC 03041-2021-PHD/TC, fundamento 11).

En segundo lugar, como una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática, en ese entendido, el Tribunal Constitucional sostiene que el derecho al olvido también entraña o presupone:

“Obligaciones para todo sujeto, estatal o privado, encargado o que participe en el tratamiento de los datos rigurosamente personales particularmente en relación a su correcto manejo” (STC 02839-2021-PHD/TC, fundamento 12).

En ese sentido, a juicio del Tribunal Constitucional, si bien la Ley de protección de datos personales (Ley N° 29733) señala que el tratamiento de datos personales consiste en “cualquier operación o procedimiento técnico, automatizado o no, que permite la recopilación, registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o cualquier otra forma de procesamiento que facilite el acceso, correlación o interconexión de los datos personales”. Ello, no supone que la instrumentalización de los mismos, pueda ser pretexto para generar intervenciones injustificadas o abiertamente desproporcionadas en el ámbito de los demás derechos fundamentales.

402

Una sentencia sumamente importante en la que el Tribunal Constitucional, a la luz de estas dimensiones, desarrolla el **derecho al olvido digital** es la recaída en el expediente 02839-2021-PHD/TC. En este caso, el demandante solicita lo siguiente:

“Que el Ministerio del Interior disponga la eliminación del Registro 12041435, que se encuentra insertado en el Sistema SIDPOL-PNP, a cargo de la Dirección de Criminalística de la PNP y donde se encuentran registradas las Denuncias realizadas en las comisarías PNP, tras considerarse que se vienen afectando el derecho a la intimidad personal y al trabajo del demandante, pues una empresa privada estaría teniendo acceso a dicho registro y transmitiéndolo a poder de terceros. Asimismo, se solicita que se condene al emplazado al pago de costas y costos del proceso”.

Precisa que, si bien fue investigado por la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, el caso fue finalmente archivado de forma definitiva. Alega que, el problema reside en la existencia del registro al que, además tiene acceso una empresa privada que provee esos datos a las empresas que requieren personal. Con ello, se estaría afectando su derecho a

la intimidad personal y al trabajo. En ese entendido, el demandante detalla su experiencia con la empresa VOCATI CONSULTING, la misma que tiene acceso al registro de la PNP. Al respecto, la Procuraduría Pública del Sector Interior sostiene dos cuestiones. En primer lugar, que la información obrante en el Registro 12041435, no constituye un dato personal ni genera antecedentes policiales al demandante. En segundo lugar, que la obtención del registro que cuestiona el recurrente por parte de la empresa VOCATI CONSULTING es ilegal, ya que no puede manipular información de propiedad de la Policía Nacional del Perú.

El Tribunal advierte que, aunque la vulneración concreta a los derechos por los que se reclama, estaría siendo provocada por la empresa privada VOCATI CONSULTING al tener acceso, de alguna forma, al Registro 12041435 insertado en el Sistema SIDPOL-PNP de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú y, sobre todo, al derivar los datos contenidos en el mismo a diversas entidades públicas y privadas; la discusión central no es quien vendría oficiando como ente transmisor de los datos de tipo personal, sino la existencia misma de la fuente originaria, lo que justificaría su cuestionamiento. (STC 02839-2021-PHD/TC, fundamento 2)

403

Como se advierte, este caso revierte ciertas particularidades ya que no es la Policía Nacional del Perú la que suministra los datos sino una empresa que no debería tener acceso a los mismos. Desde esta óptica, el Tribunal Constitucional pone de relieve tres particularidades del caso. En primer lugar, el alegato del Ministerio del Interior, de acuerdo con el cual, el registro que posee la Dirección de Criminalística de la PNP no tiene carácter público ni debería ser de acceso a terceros. No obstante, el Tribunal Constitucional advierte que el Ministerio del Interior, no ha podido evitar, en los hechos, que el registro de datos sea utilizado por empresas como VOCATI CONSULTING, por lo que considera totalmente irrelevante que califique dicho acceso como simplemente ilegal sin que, a su turno, haya podido tomar las previsiones del caso. (STC 02839-2021-PHD/TC, fundamento 13)

En segundo lugar, el Tribunal estima que no se puede aceptar como justificación que este registro no genera antecedentes policiales ni requisitorias, ya que en la práctica está claro que, su acceso, indebido o no, viene generando efectos negativos o perjuicios más que evidentes en quienes como el recurrente ven perjudicadas sus expectativas laborales por el solo hecho de figurar en el mismo a razón de valoraciones o estigmatizaciones de tipo social que no pueden ser minimizadas o ignoradas, apelando a

consideraciones de tipo meramente formal. (STC 02839-2021-PHD/TC, fundamento 14)

En tercer lugar, advierte que, si las informaciones consignadas en el registro materia de cuestionamiento no tienen el carácter de antecedentes de ninguna índole –como alega el Ministerio del Interior– no termina de entenderse ni mucho menos justificarse, su permanente almacenamiento a título de base de datos. A Juicio del Tribunal Constitucional, o se trata de un registro que sirve para evaluar de alguna forma el comportamiento de las personas que en algún momento fueron intervenidas o denunciadas a nivel policial o simplemente su carácter objetivo carece de todo sustento. (STC 02839-2021-PHD/TC, fundamento 15)

404

Desde esta perspectiva, considera que, con independencia de que para efectos del trabajo policial sea pertinente un almacenamiento de datos personales como el que se cuestiona, se debe verificar si esta puede estar vulnerando derechos fundamentales. A la luz de las dimensiones del derecho al olvido y sus alcances, el Tribunal Constitucional examina la controversia planteada, y sostiene que “si el registro de datos que almacena la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú no cumple con una función justificada objetivamente, el mismo debe quedar totalmente encriptado bajo expresa responsabilidad –no solo administrativa sino incluso penal– de sus administradores en caso de ser mal utilizado para fines distintos de los estrictamente policiales, todo ello sin perjuicio de ser progresivamente depurado cuando transcurrido un tiempo razonable, no exista justificación para continuar almacenando datos de tipo eminentemente personal (...)”. (STC 02839-2021-PHD/TC, fundamento 17)

Declara fundada la demanda y, a efectos de concretizar su mandato de tutela ordena al Ministerio del Interior: (a) el encriptamiento definitivo de la base de datos personales contenida en el Sistema SIDPOL-PNP de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, resguardando que su utilización solo sirva a los propósitos de las funciones policiales expresamente reconocidas en la Constitución; (b) la depuración del registro 12041435 de los datos personales del recurrente, habida cuenta del archivo definitivo de la investigación realizada en su contra por parte del Ministerio Público; y (c) la remisión de la sentencia y sus actuados a la Inspectoría

General de la PNP a fin de investigar y determinar responsabilidades por la filtración de información a la empresa VOCATI CONSULTING.

A partir de la jurisprudencia sobre la materia, más precisamente, a partir de las dos sentencias recientemente emitidas por el Tribunal Constitucional, es posible afirmar que, en el Perú, al igual que en España, el reconocimiento del derecho al olvido digital es obra, fundamentalmente, del Juez/a constitucional. Lo mismo sucedió en los países pertenecientes a la Unión Europea. De hecho, en la doctrina hay cierto consenso en afirmar que el punto de partida, el *leading case*, a partir del cual comienza a utilizarse de forma generalizada la expresión derecho al olvido digital es la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2014 (Jiménez-Castellanos, 2021; Moretón, 2022; Martínez, 2022). No obstante, también habría que tener presente que, en la vía administrativa ya se estaba y se está protegiendo el derecho al olvido digital, bajo el paraguas de la eliminación y la supresión de datos personales ante la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales - ANPDP, jurisprudencia de la que dan cuenta, entre otros, Curaca Kong (2020).

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Caro, M. (2015). Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital, Reus.
- Ávila Romero, J. (2022) El debido proceso y la obligatoriedad de la vista de la causa: A propósito del nuevo Código Procesal Constitucional. En: Crispín Sánchez, A. (coordinador). *Las garantías del debido proceso en sede constitucional*. Gaceta Jurídica.
- Berrocal Lanzarot, A. (2017). Derecho de supresión de datos o derecho al olvido, Reus.
- Curaca Kong, O. (2020). La información como problema. El derecho al olvido y su protección por el hábeas data. En: *El hábeas data en la actualidad*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, pp. 423-468. Disponible en: <https://bit.ly/3P7sRRk>
- Gutiérrez David, E. (2014), “Derecho de acceso a la información pública”. En *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, 186-196. Disponible en: <https://bit.ly/3MJTkDk>

Martínez López-Sáez, M. (2022) *El derecho al olvido como garantía frente a vulneraciones en la UE y en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Mieres Mieres, L. J. (2014) “El Derecho al olvido digital”, Laboratorio de Alternativas.

Jiménez-Castellanos Ballesteros, I. (2021) *El derecho al olvido digital del pasado penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Minjus (2021), *Compendio de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales: normativa y criterios interpretativos relevantes*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima. Disponible en: <https://bit.ly/3Vumb2e>

Moretón Toquero, M. A. (2022). Transparencia y partidos políticos. Los «otros sujetos obligados». Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad, núm. 23, pp. 23, pp. 136 – 159. Disponible en: <https://bit.ly/3XWNGmr>

Pérez-Luño Robledo, E.C. (2017) *El procedimiento de hábeas data. El derecho procesal ante las nuevas tecnologías*", Dykinson, Madrid.

Puccinelli, O. (2020), Viejos y nuevos derechos. Viejos y nuevos subtipos de hábeas data. A propósito de las novedades aportadas por el Reglamento general de protección de datos de la UE y los estándares de la RIPD, en *El hábeas data en la actualidad*, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, pp. 21-74. Disponible en: <https://bit.ly/3P7sRRk>

La malicia procesal en el habeas data. Una revisión de los costos en las recientes modificaciones al Nuevo Código Procesal Constitucional

Procedural malice in habeas data. A review of the costs in the recent amendments to the New Constitutional Procedural Code.

✍ MOSI MARCELA MEZA FIGUEROA¹

Resumen

La instrumentalización del proceso de habeas data impuro ha motivado la exoneración de costos en la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional. Por su parte, el Congreso de la República ha aprobado diversas modificaciones al Nuevo Código Procesal Constitucional, entre las que se encuentra la referida a los costos en los procesos de tutela de derechos. Es propósito del presente artículo analizar la evolución normativa de la figura de los costos a nivel procesal constitucional, la respuesta jurisprudencial ante casos de malicia procesal en el marco del derecho de acceso a la información pública, así como proponer ajustes específicos a las reglas recientemente aprobadas, con el objeto de fortalecer la vital fiscalización ciudadana que el ejercicio de este derecho promueve en un Estado Constitucional de Derecho.

407

Palabras clave

Derecho Procesal Constitucional, Nuevo Código Procesal Constitucional, procesos constitucionales, habeas data, costos procesales, malicia procesal.

¹ Maestranda del LLM en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University Washington College of Law. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada por la Universidad Nacional Federico Villarreal.

Abstract

The instrumentalization of the impure habeas data process has motivated the exoneration of costs in the jurisprudential line of the Constitutional Court. On the other hand, the Congress of the Republic has approved several amendments to the New Constitutional Procedural Code, among which is the one referring to the costs in the processes of protection of rights. The purpose of this article is to analyze the normative evolution of the figure of costs at the constitutional procedural level, the jurisprudential response to cases of procedural malice in the framework of the right of access to public information, as well as to propose specific adjustments to the recently approved rules, in order to strengthen the vital citizen oversight that the exercise of this right promotes in a Constitutional State of Law.

408

Keywords

Constitutional Procedural Law, New Constitutional Procedural Code, constitutional proceedings, habeas data, procedural costs, procedural malice.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. EL PAGO DE COSTOS EN LOS PROCESOS DE HABEAS DATA. III. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EXONERACIÓN DE COSTOS EN LOS PROCESOS DE HABEAS DATA. IV. RECIENTES MODIFICACIONES AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE COSTOS: EL CASO DEL HABEAS DATA

I. INTRODUCCIÓN.

El derecho de acceso a la información pública es fundamental en toda sociedad que se precie de ser democrática. En esta, no solo es valiosa la participación de quien desempeña el rol protagónico de poseer la información pública, sino también de quien asume el rol estratégico de establecer las reglas para su acceso.

Con relación a lo último, importa tanto el diseño de los procedimientos, las responsabilidades, excepciones y demás reglas administrativas para el adecuado ejercicio de este derecho, como la configuración de aquel proceso constitucional que lo tutela: el habeas data.

El Código Procesal Constitucional de 2004 ha diseñado brevemente el proceso de habeas data y, de forma más cauta, la figura de los costos procesales. La regulación de la última ha sido replicada en el Nuevo Código Procesal Constitucional de 2021, en el que también se contempla la aplicación supletoria del Código Procesal Civil. Entre las reglas que este código adjetivo establece se encuentra la posibilidad de exonerar los costos por decisión judicial motivada.

La jurisprudencia constitucional del último quinquenio ha venido aplicando la exoneración de costos en los procesos de habeas data que evidenciaban abuso de derecho de la parte demandante, quien, instrumentalizando el proceso para la obtención del pago por honorarios, generaba con su actuar un perjuicio para el Estado en general, para el sistema de justicia en particular, y para los demás justiciables, en especial.

409

A poco más de un año de la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Constitucional, el Congreso de la República ha aprobado diversas modificaciones a su texto, entre las que se encuentran aquellas sobre el pago de costos en el habeas data.

Las futuras líneas no solo darán una mirada a la evolución normativa de esta figura, sino que también analizarán la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la materia y, finalmente, cuestionarán las recientes modificaciones aprobadas, al tener un serio impacto en el ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

II. EL PAGO DE COSTOS EN LOS PROCESOS DE HABEAS DATA

Para identificar cómo se prevé el concepto de costos procesales en nuestro ordenamiento jurídico, es necesario acudir al artículo 411 del Código Procesal Civil, que establece:

“Son costos del proceso el honorario del Abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de

Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutua y para cubrir los honorarios de los Abogados en los casos de Auxilio Judicial.”

Con el objeto de precisar aún más la citada disposición, puede decirse que el costo procesal será “aquella parte de los gastos procesales, ocasionada en el propio proceso judicial como consecuencia de agenciarse de los servicios [...] de un profesional en Derecho para el patrocinio de los intereses dentro de una controversia judicial” (Saavedra Dioses, 2016, p. 433).

En lo que concierne a la regulación de los costos en los procesos constitucionales y, particularmente, en el proceso de habeas data, corresponde revisar el primer dispositivo legal emitido en nuestro país sobre la materia: la Ley 26301, Ley referida a la aplicación de la Acción Constitucional de Hábeas Data. En sus siete artículos, tres disposiciones transitorias y única disposición final no encontramos provisión alguna que desarrolle este concepto. Ahora bien, es preciso resaltar que su artículo 3 establece que la Ley 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, y sus modificatorias, serán de aplicación supletoria en todo cuanto se refiera al amparo, con excepción de lo dispuesto en el artículo 11. Resulta interesante mencionar que este segundo dispositivo legal tampoco hace referencia a los costos procesales, únicamente menciona la condena al responsable de la agresión al pago de costas, y este mandato se encuentra precisamente en el inaplicable artículo 11.

Después de una década de publicada la aludida ley de habeas data, se consolida en un cuerpo normativo completo las disposiciones generales y específicas de los siete procesos constitucionales que existen en nuestro país, otorgándole la Ley 28237² la denominación de Código Procesal Constitucional. En su artículo 56, este código establece la provisión referida a las costas y los costos procesales para el proceso de amparo:

Artículo 56.- Costas y Costos

Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el Juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada. Si el amparo fuere desestimado por el

² Publicada el 31 de mayo de 2004 en el diario oficial *El Peruano*.

Juez, éste podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad.

En los procesos constitucionales el Estado sólo puede ser condenado al pago de costos.

En aquello que no esté expresamente establecido en la presente Ley, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil.

La condena de costos regulada en el precitado dispositivo resultaba también aplicable para el proceso de habeas data, en virtud del artículo 65 del mismo código. Es pertinente destacar que este artículo también establecía que sería facultativa la exigencia del patrocinio de abogado en el habeas data. Sin perjuicio de ello, la problemática que en los siguientes apartados se abordará corresponde a aquellos casos en los que el agraviado en su derecho de acceso a la información pública contrata a un abogado para el litigio constitucional o, teniendo esta condición, ejerce su propia defensa.

411

Ahora bien, de regreso con la revisión del artículo 56, se advierte en su texto la aplicación supletoria de la parte pertinente del Código Procesal Civil. En lo que a este trabajo respecta, corresponde resaltar el primer párrafo del artículo 412 de este código adjetivo civil, que dispone que “La imposición de la condena en costas y costos no requiere ser demandada y es de cargo de la parte vencida, *salvo declaración judicial expresa y motivada de la exoneración [énfasis agregado]*”.

Como puede advertirse, la regla en los casos de sentencias estimatorias es la condena de costos, y la excepción, la exoneración, para cuya expresa aplicación existe el deber judicial de motivación. Como podrá apreciarse en la sección siguiente, la principal causa de exoneración de costos en las sentencias estimatorias de habeas data es la malicia procesal del actor³. Sobre el particular, cabe realizar el contraste de la regulación expresa en el Código Procesal Constitucional de las consecuencias a la actuación temeraria del demandante en los casos de resoluciones desestimatorias (condena de costos

³ Es del caso mencionar que otro de los supuestos de exoneración de costos es el allanamiento de la parte demandada, en virtud del artículo 413 del Código Procesal Civil. A mayor abundamiento, véase las resoluciones emitidas en los Expedientes 02454-2017-PHD, 02329-2017-PHD, 02237-2017-PHD, 00304-2015-PHD, 00571-2018-PHD, 04680-2017-PHD, entre otros.

al actor), frente a la omisión de previsión sobre la actuación maliciosa del demandante en los casos de resoluciones estimatorias (exoneración de costos al demandado).

En esa línea, el Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley 31307⁴, reproduce los mismos términos de su antecesor respecto de las costas y costos, pero esta vez lo hace en el artículo 28. Siendo que las disposiciones supletorias se mantienen, no corresponde extenderse aquí en las reformas que este nuevo código ha traído consigo con relación a otros tópicos vinculados al proceso de habeas data, por no ser objeto del presente trabajo; empero, sí corresponde dedicar la integridad del siguiente apartado al análisis de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en las que se ha pronunciado respecto de la figura de exoneración de costos, tanto en aplicación del artículo 56 del derogado código como del artículo 28 del vigente.

412

III. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EXONERACIÓN DE COSTOS EN LOS PROCESOS DE HABEAS DATA

El Tribunal Constitucional, desde su anterior composición, ha desarrollado una línea jurisprudencial sobre exoneración de costos en procesos de habeas data por conducta procesal abusiva del demandante vencedor. Estos casos, como se verá a continuación, corresponden a demandas en las que se alega la vulneración del derecho de acceso a la información pública y se concentran en un reducido número de actores compulsivos, quienes, a través de solicitudes de lo más diversas, ejercen su derecho de acción contra una sola entidad de forma reiterada.

La siguiente selección de casos corresponde a los primeros emitidos tanto por el anterior como por el nuevo colegiado⁵, advirtiéndose que, en los

⁴ Publicada el 23 de julio de 2021 en el diario oficial *El Peruano*.

⁵ Con relación a las sentencias emitidas por la actual composición del Tribunal Constitucional sobre esta materia, puede apreciarse que incluso se expidió una nota de prensa, a través de la cual hizo de conocimiento público la problemática aquí abordada: <https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/tc-desestima-demandas-que-desnaturalizan-el-habeas-data-y-establece-nuevos-criterios-jurisprudenciales/>

cinco procesos que a continuación se exponen no solo se ha denegado la pretensión referida al pago de costos procesales, sino que, incluso, recientemente, se viene aplicando multas a los abogados que participan en procesos de esta naturaleza.

a) Expediente 00529-2018-PHD/TC

En la sentencia publicada el 27 de febrero de 2020 en el portal institucional del Tribunal Constitucional, se declara fundada la demanda presentada por Vicente Raúl Lozano Castro y se ordena a la empresa de Servicio de Agua Potable Alcantarillado de La Libertad SA (Sedalib SA) brindar la información requerida, sin el pago de costos procesales. El actor, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, solicitó que:

se le informe si, en el primer semestre del año 2014, Sedalib SA detectó conexiones clandestinas de agua potable en establecimientos comerciales y, de ser positiva la respuesta, se le informe cuántas conexiones clandestinas fueron detectadas y se le entregue la relación de los establecimientos comerciales que habrían realizado dichas conexiones.

413

El alto colegiado, luego de precisar que dicha información está relacionada con las acciones inherentes a la naturaleza del servicio que brinda la demandada y que, por tanto, constituye información pública, se pronunció sobre los costos procesales. Al respecto, indicó que el actor había iniciado a esa fecha 224 procesos constitucionales, de los cuales, 218 eran procesos de habeas data que habían sido interpuestos, mayoritariamente, contra la misma entidad⁶.

Asimismo, en la sentencia se señala que el actor es quien obtiene los honorarios por todos estos casos, pues tiene también la calidad de abogado;

⁶ Como añade el Tribunal Constitucional en el fundamento 24 de la misma sentencia, “en dichos procesos, se hacen pedidos de lo más disímiles, que van desde copias fedateadas de comunicaciones entre la entidad y su sindicato, el monto exacto del presupuesto de la entidad destinado a un rubro específico, información sobre qué funcionarios de Sedalib SA ordenaron la compra de cédulas de notificación y tasa judicial en distintos procesos, o información respecto a pagos de intereses legales o devengados en determinados procesos judiciales. En todos estos casos, también se solicitó el pago de costos y costas procesales, habiendo obtenido el primero de estos conceptos en la mayoría de las demandas interpuestas”.

siendo que los costos ascienden a montos considerables en la medida que han sido resueltos por el Tribunal Constitucional, es decir, han llegado a dicha instancia luego de haber transitado por las dos inferiores. Se añade también que:

“dicha situación representa, en la práctica, una clara desnaturalización del proceso de habeas data, pues cada caso creado no busca defender el derecho de acceso a la información pública, sino que solo tiene fines de lucro, específicamente, el obtener el pago de los costos procesales”.

Como argumento adicional, el supremo intérprete da cuenta del perjuicio que ocasiona una actuación de esta naturaleza en la judicatura constitucional y en los demás justiciables —quienes requieren de una tutela adecuada y urgente—, pues genera una innecesaria sobrecarga procesal, con la consecuente pérdida de recursos públicos.

414

b) Expediente 02620-2018-PHD/TC

En la sentencia publicada el 7 de agosto de 2020 en el portal institucional del Tribunal Constitucional, se declara infundado el extremo de la demanda presentada por Gladys Graciela Geng Cahuayme contra la Procuraduría Pública del Ministerio de Defensa encargada de los asuntos judiciales relativos al Ejército del Perú y la Procuraduría Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, referido al pago de costos procesales. La actora, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, solicitó que:

Se le otorgue copia certificada del cargo del oficio que la [Procuraduría Pública del Ministerio de Defensa encargada de los asuntos judiciales relativos al Ejército del Perú] dirigió a la Jefatura de Administración de Derechos de Personal del Ejército con la finalidad de comunicar la sentencia judicial que adquirió la autoridad de cosa juzgada, esto es, la Resolución S/N de fecha 20 de abril de 2011, expedida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente 27714-2008-0-1801-JR-CI-09, que ordenó a la

Comandancia General del Ejército del Perú el reajuste de la pensión del actor con el beneficio de la ración orgánica única dispuesto en el Decreto Supremo 040-2003-EF y otorgar devengados, intereses legales y costos a favor de don Marco Aurelio Chullunquia Miranda, integrante de la Asociación de Inválidos, Discapacitados, Viudas y Derechohabientes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.

Si bien en este caso la demanda fue declarada fundada a instancias del Poder Judicial⁷, por tratarse de información pública, la Sala Superior precisó que la demandada se encontraba exonerada del pago de los costos procesales, “pues la información requerida no fue otorgada porque la emplazada consideró que era información confidencial, entonces no actuó temerariamente”. Es respecto de este extremo que la demandante interpone recurso de agravio constitucional para que sea resuelto por el alto tribunal.

415

De esta manera, en la sentencia se indica que la actora había iniciado a esa fecha 189 procesos constitucionales, siendo 98 de ellos, procesos de habeas data que habían sido interpuestos, mayoritariamente, contra las mismas entidades⁸.

En este caso, con mayor precisión que en el anterior, el Tribunal Constitucional acude a la figura del abuso del derecho como argumento central de su decisión, sostenido por el artículo 103 de la Constitución⁹ y el artículo II del Título Preliminar del Código Civil¹⁰. Así, dispone que:

⁷ Al respecto, es preciso mencionar que el Tribunal Constitucional dispuso que se admita a trámite la demanda, mediante auto de 24 de enero de 2017, recaído en el Expediente 03839-2016-PHD/TC.

⁸ El Tribunal Constitucional sostiene en el fundamento 6 de la misma sentencia que en dichos procesos, “se piden copias certificadas del cargo de oficio que la Procuraduría del Ministerio de Defensa dirigió a la Jefatura de Administración de Derechos del Personal del Ejército con la finalidad de comunicar sentencias judiciales que adquirieron la calidad de cosa juzgada de diversos expedientes que ordenaron diferentes acciones a la Comandancia General del Ejército del Perú. Se piden también costos y costas del proceso, los que se han obtenido”.

⁹ En el último párrafo de dicho artículo, se precisa “La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

¹⁰ El referido artículo, denominado Ejercicio abusivo del derecho, dispone en su primera oración que “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho”.

En el caso de autos, corresponde exonerar a la demandada del pago de costos, toda vez que, al usar los *habeas data* para crear casos de los que pretendió obtener honorarios, la demandante desnaturaliza dicho proceso constitucional e incurre con ello en abuso del derecho.

Finalmente, y en la misma línea del caso anterior, el colegiado hace referencia a la sobrecarga procesal y a la pérdida de recursos públicos como argumento adicional de su decisión.

c) Expediente 01991-2018-PHD/TC

En la sentencia publicada el 4 de diciembre de 2020 en el portal institucional del Tribunal Constitucional, se declara fundada la demanda presentada por Frank Carlos Antonio Vela Alborno y se ordena a la Procuraduría Pública del Ministerio de Defensa brindar la información requerida, sin el pago de costos procesales. El actor, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, solicitó que:

Se le otorgue copia simple del cargo del oficio o documento a través del cual la [Procuraduría Pública del Ministerio de Defensa] remitió el certificado del depósito judicial a favor de don Santiago González Huamán a la Procuraduría Pública del Ministerio de Defensa, encargada de los asuntos judiciales relativos al Ejército del Perú, [...], certificado que, previamente, le fuese entregado por el director de Tesorería del Ministerio de Defensa mediante Oficio 057/VRD/DGA/C/03, de fecha 16 de febrero de 2016 .

El supremo colegiado, luego de precisar que el documento solicitado es uno de carácter administrativo que no necesariamente forma parte del expediente judicial, y que la demandada debió notificar la respuesta al domicilio del documento nacional de identidad del actor¹¹, al no habersele ubicado en el domicilio real y ante la negativa a recibirlo en el domicilio procesal, se pronunció sobre los costos procesales. Al respecto, indicó que el actor tenía a esa fecha un aproximado de 30 procesos de *habeas data* en el

¹¹ En virtud del artículo 21, inciso 2, de la Ley 27444.

Tribunal Constitucional y que “está obteniendo que se le paguen honorarios por casos que él mismo crea, ya que las referidas demandas de *habeas data* son llevadas por el propio demandante como abogado”.

Asimismo, y en similar sentido a los casos expuestos con anterioridad, la sentencia contiene los argumentos de abuso del derecho, sobrecarga procesal —con el consiguiente menoscabo en la tutela de derechos de los demás justiciables— y perjuicio en el gasto público.

d) Expediente 03951-2021-PHD/TC

En la sentencia publicada el 7 de julio de 2022 en el portal institucional del Tribunal Constitucional, se declara infundada la demanda presentada por Jonathan Peter Rojas Huahuamullo interpuesta contra la Municipalidad Provincial de Camaná. El actor, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, solicitó:

- i) Copia de todos los contratos de concesiones, contratos de proveedores y/o cualquier documento que hubiera realizado la Municipalidad Provincial de Camaná en representación del Estado con empresas públicas y privadas nacionales e internacionales desde el periodo del 1 de enero de 2000 hasta el 15 de abril de 2019 en trámite o concluido; y
- ii) En caso de existir información privada, remitir dicha información con la respectiva supresión de la visualización de aquellos datos que no son relevantes.

La Primera Sala del alto tribunal, luego de precisar que el pedido planteado es excesivamente amplio o genérico, por lo que su no entrega no supone una vulneración del derecho alegado, se pronunció sobre los costos procesales. Al respecto, indicó que el actor tenía un importante número de procesos de *habeas data* en el Tribunal Constitucional y que el objetivo de sus reiterados pedidos “no se encuentra ligado con la teleología institucional de generar una cultura de transparencia, sino con la llana finalidad dañina e ilícita de lucrar con la obtención de honorarios, generando sobrecarga procesal y perjudicando los recursos públicos del Estado”.

En virtud de ello, el nuevo colegiado del Tribunal Constitucional sancionó al accionante con una multa de 30 unidades de referencia procesal “por su conducta procesal temeraria y de mala fe”.

e) Expediente 00712-2022-PHD/TC

En la sentencia publicada el 19 de julio de 2022 en el portal institucional del Tribunal Constitucional, se declara infundada la demanda presentada por Juan Carlos Huahuamullo Mamani interpuesta contra la Municipalidad Provincial de Huancayo. El actor, en virtud de su derecho de acceso a la información pública, solicitó:

la relación de todos los procesos laborales, previsionales, civiles, penales, constitucionales, contencioso-administrativos iniciados por la Municipalidad Provincial de Huancayo en trámite y culminados, ya sea como demandante, demandado, denunciante, denunciado, desde el 1 de enero de 2010 hasta el 19 de junio de 2019.

418

La Segunda Sala del alto tribunal, luego de precisar que la solicitud implica la creación o elaboración de una relación o listado, además de la evaluación de qué información calificaría como privada o pública, por lo que no se acredita la vulneración del derecho alegado, se pronunció sobre los costos procesales. Al respecto, indicó que el actor tenía 8 procesos de habeas data en el Tribunal Constitucional y que lo que busca en realidad es la obtención de los costos procesales, desvirtuando la finalidad del proceso de habeas data, “sin tomar en cuenta que con ese ejercicio abusivo se viene generando una incontrovertible externalidad negativa a la judicatura constitucional en sus distintos niveles, así como la ralentización de la impartición de justicia constitucional”.

Además, la sentencia advierte —sobre la base de otros casos similares— de la existencia de un contubernio entre el demandante, sus dos abogados y el abogado propietario de la dirección electrónica a la que se notificaron las resoluciones emitidas en el proceso, precisando que “el comportamiento desplegado demuestra una clara y orquestada intención de conseguir el pago de costos procesales a través de la interposición de una serie de demandas de habeas data contra diversas entidades públicas”.

Es por ello que el nuevo colegiado del Tribunal Constitucional sancionó al accionante con una multa de 10 unidades de referencia procesal, y a los abogados Gerardo Chiclla Chamorro, Liz Rosmeri Botello Rodríguez y Jonathan Peter Rojas Huahuamullo, con multas individuales de 10 unidades de referencia procesal.

IV. RECIENTES MODIFICACIONES AL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE COSTOS: EL CASO DEL HABEAS DATA

A pesar de su reciente entrada en vigencia —o, quizás, a propósito de ella—, el Nuevo Código Procesal Constitucional ha sido objeto de revisión por el propio Congreso de la República y el Poder Ejecutivo. Cuatro fueron los proyectos de ley presentados con la finalidad de modificar algunos extremos de dicho cuerpo normativo¹², los cuales fueron acumulados y recibieron un dictamen aprobatorio de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso¹³. Si bien no se advierte de tales propuestas legislativas una que plantee la modificación del artículo 28, referido a las costas y los costos procesales, en el mencionado dictamen se incorpora una serie de propuestas adicionales realizadas por especialistas invitados por la comisión, entre las que destaca la siguiente, vinculada a nuestros propósitos:

419

- d. El artículo 28 referido a la condena de costas y costos no establece regla de excepción alguna cuando el accionante incurra en abuso del derecho —*el cual está proscrito por el artículo 103 de la Constitución*— con el fin de lucrar con la condena de costas y costos; conducta abusiva que desnaturaliza y satura la jurisdicción constitucional, por lo que debe ser proscrita.

Es por ello que la Comisión de Constitución y Reglamento recomendó la aprobación de los cuatro proyectos de ley presentados, con un texto sustitutorio, que, en la parte pertinente, señalaba:

¹² Así tenemos el Proyecto de Ley 0809/2021-CR, presentado el 19 de noviembre de 2021; el Proyecto de Ley 1043/2021-CR, presentado el 20 de diciembre de 2021; el Proyecto de Ley 1414/2021-PE, presentado el 4 de marzo de 2022; y, el Proyecto de Ley 1698/2021-CR, presentado el 8 de abril de 2022.

¹³ Para mayor detalle, se sugiere revisar: [https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MzAwODQ=/pdf/PL%20809%20Y%20OTROS%20\(MAY\)](https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal-service/archivo/MzAwODQ=/pdf/PL%20809%20Y%20OTROS%20(MAY))

Artículo 28. Costas y Costos

Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada, **salvo en los supuestos de temeridad procesal**. Si el **proceso** fuere desestimado por el juez, este podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad. (...).

420

No es de extrañar para quien esté familiarizado con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y para quien nos acompañe en la lectura del presente artículo que una provisión de esta naturaleza haya sido incorporada. Hemos revisado previamente solo algunas de las primeras sentencias expedidas dentro de un universo de decenas de procesos de habeas data en los que el máximo intérprete de la Constitución ha exonerado el pago de costos procesales por abuso del derecho. Si bien el concepto de abuso del derecho no fue utilizado en la propuesta sino el de temeridad —que resulta inexacto por motivos que se explicarán más adelante—, consideramos que es un avance significativo agregar una salvedad vinculada con la actuación procesal del demandante vencedor.

Ahora bien, del seguimiento a los proyectos de ley mencionados, se advierte que, el día de la votación en el Pleno del Congreso, la referida comisión presentó un nuevo texto sustitutorio, incluyendo un segundo párrafo en el citado artículo 28 sobre exención de condena de costas y costos al Estado para los procesos de habeas data. Este texto fue aprobado por el Pleno el 14 de julio del presente año —en segunda votación— y la autógrafa fue observada por el Poder Ejecutivo respecto de otros artículos no vinculados a nuestro objeto de estudio; el pasado 23 de setiembre, el Pleno votó a favor de la insistencia en la autógrafa observada; y, finalmente, el 5 de octubre de 2022 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley 31583, Ley que modifica diversos artículos del Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley 31307, con la finalidad de asegurar el correcto ejercicio de los procesos constitucionales. El aludido artículo, entonces, quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 28.- Costas y Costos

Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada, *salvo en los supuestos de temeridad procesal*. Si el proceso fuere desestimado por el juez, este podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad.

En los procesos de habeas corpus, amparo y de cumplimiento, el Estado solo puede ser condenado al pago de costos. *En los procesos de habeas data, el Estado está exento de la condena de costas y costos.*

En aquello que no esté expresamente establecido en el presente código, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil [*énfasis agregado*].

421

Al respecto, conviene pronunciarse sobre las dos principales modificaciones aprobadas, referidas a la exoneración de costos en los supuestos de temeridad procesal del demandante vencedor y a la exención de la condena de costos al Estado en los procesos de habeas data.

a) Exoneración de costos por temeridad procesal del demandante vencedor

La recientemente aprobada modificación del artículo 28 permite al demandado perdedor ser exonerado del pago de costos si el demandante ganador ha incurrido en temeridad. Si bien este castigo procesal dirigido al actor que se condujo con mala fe responde acertadamente a los múltiples casos de abuso de derecho descritos en el apartado anterior, consideramos que la terminología utilizada no es la más adecuada.

A pesar de la falta de precisión y aparente sinonimia de los términos temeridad y mala fe, contenidos en el artículo 112 del Código Procesal Civil¹⁴,

¹⁴ **Artículo 112.-** Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;
2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;

la doctrina especializada ha profundizado en su diferenciación. Torres Manrique (2008) sostiene que “la temeridad se evidencia en tanto se vincula con el actuar o proceder procesal de fondo y la malicia se identifica más bien con la forma valiéndose de lo que está regulado, abusando de ello”. Por su parte, Bermúdez-Tapia (2014) precisa que:

la temeridad se configura por la conducta de quien sabe o debe saber que no tiene motivo para litigar, y, no obstante, lo hace, abusando y malempleando sus derechos (acceso a la justicia); mientras que la malicia se configura como el empleo arbitrario del proceso de los actos procesales, utilizando las facultades que la ley otorga a un sujeto procesal, obstruyendo o incidiendo en el curso del proceso. (p. 175)

422

En ese orden de ideas, también se aprecia en la academia propuestas de clasificación del aludido artículo 112 del mencionado código adjetivo, a fin de esclarecer el panorama sombrío de una errada identidad. De esta manera, Palacios Pareja (2016), luego de ubicar los dos primeros casos detallados en el referido artículo como supuestos de temeridad procesal, y los cinco restantes como supuestos de malicia procesal, añade lo siguiente:

De la realización de este esquemático ejercicio, se advierte que todas las conductas establecidas como actos de malicia procesal, son conductas que fácilmente pueden ser configuradas como el ejercicio de las facultades procesales de las partes. Esto no hace más que evidenciar, que la malicia procesal es el ejercicio de una facultad procesal a fin de vulnerar las reglas del procedimiento y los principios procesales. Asimismo, se evidencia que los actos diferenciados como de temeridad

-
3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;
 4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
 5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios;
 6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso;
 7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación.

procesal, son actos en donde las partes ejercen facultades sin motivo ni razón jurídicamente sustentable. (p. 659)

Puede desprenderse, entonces, que tanto la temeridad como la malicia procesal son manifestaciones del también condenable abuso del derecho, cuya proscripción —como detallamos previamente— se encuentra establecida en nuestra norma fundamental. Sobre dicho concepto, conviene, pues, dirigirse al fundamento jurídico 12 de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente 05296-2007-PA/TC:

Se colisionaría también [...] con la cláusula constitucional que proscribe el abuso del derecho y que aplicada al ámbito de los derechos fundamentales, supone la *prohibición de desnaturalizar las finalidades u objetivos que sustentan la existencia de cada atributo, facultad o libertad reconocida sobre las personas. Los derechos*, en otras palabras, *no pueden utilizarse de una forma ilegítima*, como ocurre en el caso cuestionado, en que administrativa y judicialmente se ha obtenido un pronunciamiento contrario al orden jurídico, *sino de manera acorde con lo que representan los objetivos de realización del individuo empero de manera compatible con los valores del propio ordenamiento [énfasis agregado]*.

423

En consecuencia, en la medida que el demandante vencedor no puede incurrir en temeridad, desde que su pretensión ha sido estimada porque —precisamente— existía motivo sustentable para litigar, y siendo que la litigación compulsiva con fines lucrativos advertida en los casos de habeas data analizados constituye un empleo arbitrario del proceso mismo, la conducta reprochable y, por tanto, sancionable en este caso, sería la malicia procesal.

En tal sentido, se propone modificar el primer párrafo del artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional en los siguientes términos: Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada, salvo en los supuestos de *malicia* procesal.

b) Exención de la condena de costos al Estado en los procesos de habeas data

La recientemente aprobada modificación del artículo 28 exime al Estado de la condena de costos en los procesos de habeas data. Si bien de la revisión del expediente legislativo no se advierte justificación alguna para la incorporación de esta regla, podríamos aventurarnos a sostener que buscaría desincentivar conductas de mala fe procesal como las expuestas en el acápite precedente.

Empero, consideramos que una medida de esta naturaleza es errada por dos motivos: primero, porque el desincentivo ya se encuentra cubierto por la primera modificación del mismo artículo —con la precisión de que se trata de malicia y no de temeridad procesal—; y, segundo, porque ello desnaturaliza la esencia misma del habeas data impuro¹⁵, es decir, de aquel proceso a través del cual se solicita acceder a información pública.

424

El último argumento se sostiene en el hecho de que la parte demandada en un proceso de esta naturaleza es, esencialmente, el Estado, a través de sus diferentes dependencias, pues posee información que resulta de interés para el ciudadano que la solicita a través de una petición de acceso. Si la regla procesal constitucional establece que, a pesar de haber sido vencida una entidad pública en un proceso de habeas data por no haber entregado la información solicitada o por haberlo hecho de forma incompleta, fragmentaria, indiciaria, confusa o falsa¹⁶, no le corresponde pagar los costos procesales al ciudadano que legítimamente ganó el proceso, entonces, ello constituiría un incentivo perverso para la demora excesiva en la entrega de información.

Ello es así, pues, a la luz de la numerosa jurisprudencia constitucional estimatoria en materia de habeas data impuro, emitida a pesar de la existencia de la regla del pago de costos, resulta razonable sostener que, en virtud de la

¹⁵ La tipología del habeas data ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional, mediante resolución emitida en el Expediente 06164-2007-PHD/TC.

¹⁶ Estas falencias en la entrega de la información pública constituyen la faz negativa del derecho de acceso a la información pública, conforme lo detalla el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 1797-2002-HD/TC.

nueva regla, las entidades no alcanzarían la información solicitada dentro de la etapa precontenciosa¹⁷, sino que el ciudadano se vería obligado a judicializar el caso —con la alta probabilidad de ganarlo—, toda vez que no habría mayores consecuencias para la entidad por entregar tardíamente la información requerida.

En tal sentido, si la información no es proporcionada oportunamente al ciudadano, este no podrá fiscalizar adecuadamente las funciones que desempeña cada órgano estatal. Como recuerda Sáenz Dávalos (2020), “el ideal de una democracia semidirecta, que permite al pueblo delegar su poder pero sin renunciar a específicos ámbitos de interacción permanente, encuentra una de sus expresiones en el derecho de acceso a la información pública” (p. 189).

Por tanto, se propone modificar el segundo párrafo del artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional y mantener su versión original, redactada en los siguientes términos: En los procesos constitucionales el Estado solo puede ser condenado al pago de costos.

V. CONCLUSIONES.

425

- i. La legislación original del habeas data no contiene disposición alguna sobre los costos. Es recién con el Código Procesal Constitucional de 2004 que se especifica, en el artículo 56, la condena por el gasto procesal de patrocinio de letrado, en favor del demandante vencedor. Por su parte, el demandante perdedor podría ser condenado por este mismo concepto, en caso incurra en temeridad. El Nuevo Código Procesal Constitucional, por su parte, reproduce los mismos términos de su antecesor respecto de los costos, pero esta vez lo hace en el artículo 28.
- ii. El Código Procesal Civil, que resulta de aplicación supletoria, establece en su artículo 412 la posibilidad de exonerar la condena en costos, mediante declaración judicial expresa y motivada. La regla, por tanto, en los casos de sentencias estimatorias de habeas data es la condena de

¹⁷ Sobre el plazo que tiene la entidad para responder al pedido de información, el literal a) del artículo 60 del Nuevo Código Procesal Constitucional no establece tal concepto, como sí lo hacía su antecesora. Para una mirada más profunda acerca de esta y otras falencias en la regulación del proceso de habeas data en el nuevo código, puede revisarse el trabajo realizado por Sánchez Gómez (2021).

costos, y la excepción, la exoneración, para cuya expresa aplicación existe el deber judicial de motivación.

- iii. En la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de habeas data dentro del último quinquenio, se advierte que la principal causa de exoneración de costos en las sentencias estimatorias es, además de los supuestos de allanamiento de la parte demandada, la malicia procesal del actor —aunque utilizando otros términos como abuso del derecho o temeridad procesal.
- iv. Los casos exonerados del pago de costos corresponden a demandas en las que se alega la vulneración del derecho de acceso a la información pública y se concentran en un reducido número de actores compulsivos quienes, a través de solicitudes de lo más diversas, ejercen su derecho de acción contra una sola entidad de forma reiterada.
- v. En las sentencias analizadas se aprecia que el Tribunal Constitucional realizó la búsqueda en su sistema de gestión de expedientes sobre el número de procesos de habeas data que los demandantes compulsivos habían iniciado y que habían llegado a la última instancia constitucional. En ellas se sostiene que el actor no busca defender el derecho en mención, sino que solo persigue una finalidad lucrativa; hecho que genera un perjuicio en la judicatura constitucional y en los demás justiciables, pues produce una innecesaria sobrecarga procesal, con la consecuente pérdida de recursos públicos.
- vi. El Nuevo Código Procesal Constitucional ha sido modificado por la Ley 31583, en diferentes extremos, incluyendo la disposición referida a costos procesales. De una revisión del expediente legislativo, se advierte que ninguno de los proyectos de ley que originaron este dispositivo legal tuvo referencia alguna a los costos; empero, en el dictamen de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso se agrega una salvedad a la condena de costos por temeridad procesal. Posteriormente, se presentó un texto sustitutorio incluyendo un segundo párrafo en el citado artículo 28 sobre exención de condena de costas y costos al Estado para los procesos de habeas data. Finalmente, ambas modificaciones en materia de habeas data fueron aprobadas y la

mencionada ley —que contiene también otras modificaciones al código— fue publicada el 5 de octubre de 2022.

- vii. A pesar de la falta de precisión y aparente sinonimia de los términos temeridad y mala fe, contenidos en el artículo 112 del Código Procesal Civil, ambos conceptos tienen un significado propio: mientras que el primero está referido a la falta de razón o fundamento para ejercer el derecho de acción, el segundo corresponde al ejercicio de una facultad procesal que quiebra las reglas del proceso y los principios procesales. No obstante tal diferenciación, debe resaltarse que ambas son manifestaciones del también condenable abuso del derecho.
- viii. El primer párrafo del recientemente modificado artículo 28, que incorpora el supuesto de exoneración de pago de costos cuando el demandante vencedor ha incurrido en temeridad procesal, resulta inexacto. Se sugiere aquí su precisión, en el sentido de reemplazar dicho término por malicia procesal.
- ix. El segundo párrafo del recientemente modificado artículo 28, que exime al Estado de la condena de costos en los procesos de habeas data, es desacertado, pues constituye un incentivo perverso para la demora excesiva en la entrega de información por parte de una entidad pública con el consecuente impacto en la fiscalización ciudadana. Se sugiere aquí mantener su versión original, redactada en los siguientes términos: En los procesos constitucionales el Estado solo puede ser condenado al pago de costos.

BIBLIOGRAFÍA

- Bermúdez-Tapia, M. (2014). El análisis de la mala fe, malicia y temeridad en los conflictos de familia. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, (73), 169-175.
- Palacios Pareja, E. A. (2016). Temeridad o mala fe. *Código Procesal Civil Comentado*, 654-662.
- Saavedra Dioses, F. (2016). Costos. *Código Procesal Civil Comentado*, 433-434.

Sáenz Dávalos, L. (2020). El ámbito de protección del proceso constitucional de hábeas data. *El Hábeas Data en la Actualidad. Posibilidades y Límites*, 187-205.

Sánchez Gómez, S. (2021). Una mirada crítica al nuevo Código Procesal Constitucional en el ámbito del proceso de hábeas data. *Gaceta Constitucional*, (165), 184-193.

Torres Manrique, J. I. (2008). Temeridad y malicia procesales al banquillo: Crónica de dos lacras jurídicas que pretenden consolidarse. *Derecho y Cambio Social*, (15).
https://www.derechoycambiosocial.com/revista015/temeridad%20y%20malicia%20procesal.htm#_ftnref23

La dicotomía entre la vinculatoriedad del precedente Villanueva Valverde y las reglas actuales del proceso de cumplimiento en el nuevo Código Procesal Constitucional

The dichotomy between the binding nature of the Villanueva Valverde precedent and the current rules of the compliance process in the new Constitutional Procedure Code

✍ JOSÉ HUMBERTO RUIZ RIQUERO¹

Resumen

El autor expone que, al momento de determinarse cuáles son los criterios de procedibilidad en relación a las demandas de cumplimiento, se puede advertir una dicotomía entre los criterios establecidos en el precedente Villanueva Valverde (STC N.º 00168-2005-PC/TC), y las reglas actuales del proceso de cumplimiento en el Nuevo Código Procesal Constitucional, con relación a la interpretación que se realiza de los incisos 1 a 3 del artículo 66 (en concordancia con los artículos 6 y 24, segundo párrafo), en el auto recaído en el Expediente N.º 03966-2021-PC/TC. Al respecto, opina que dicho texto normativo obliga al juez/za constitucional a ingresar al fondo de la controversia, sin mayor justificación, en desmedro del diseño de un proceso constitucional de condena, de ejecución, breve y sumario, de conformidad con nuestra Constitución y el Código Procesal Constitucional de 2004. De esta

429

¹ Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, con estudios complementarios en Justicia Constitucional y Teoría e interpretación de los Derechos Fundamentales por el Centro de Estudios Constitucionales [CEC-TC]. Experto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por la Universidad de Guanajuato, México. Maestrando en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú [PUCP], en convenio con la Universidad de Castilla-La Mancha [UCLM], España. Ha sido asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional y servidor de la Gerencia General del Poder Judicial. Presidente de la Comisión de Derecho Constitucional de la Sociedad Peruana de Derecho y miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Actualmente se desempeña como asesor parlamentario del Congreso de la República. ORCID: 0000-0002-6110-1679.

forma, el autor explica que, en aplicación de la facultad excepcional de control difuso, puede inaplicarse para el caso concreto y demás casos en los que se den circunstancias iguales o similares, cualquiera de los incisos citados del artículo 66 del NCPConst., disponiendo la desestimación de las demandas de cumplimiento para evitar realizar actividades o trámites que son impropios para un proceso específico de tutela urgente que no involucra ni requiere de una actividad interpretativa compleja, con abundancia de medios probatorios, para resolver el asunto litigioso planteado.

Palabras Clave

Tribunal Constitucional, procesos constitucionales, precedente constitucional, control difuso, objeto del proceso de cumplimiento, procedencia del proceso de cumplimiento, requisitos mínimos de mandato normativo.

Abstract

The author states that, at the moment of determining which are the procedural criteria in relation to the compliance claims, a dichotomy can be observed between the criteria established in the Villanueva Valverde precedent (STC No. 00168-2005-PC/TC), and the current rules of the compliance process in the New Code of Constitutional Procedure, in relation to the interpretation of paragraphs 1 to 3 of article 66 (in the New Code of Constitutional Procedure), and the current rules of the compliance process in the New Constitutional Procedural Code, in relation to the interpretation of paragraphs 1 to 3 of article 66 (in accordance with articles 6 and 24, second paragraph), in the order issued in Case No. 03966-2021-PC/TC. In this regard, he is of the opinion that such normative text obliges the constitutional judge to enter into the merits of the controversy, without further justification, to the detriment of the design of a constitutional process of conviction, of execution, brief and summary, in accordance with our Constitution and the Constitutional Procedural Code of 2004. In this way, the author explains that, in application of the exceptional power of diffuse control, any of the cited paragraphs of Article 66 of the NCPConst. can be unapplied for the specific case and other cases in which the same or similar circumstances are involved, providing for the dismissal of the compliance claims to avoid carrying out activities or procedures that are inappropriate for a specific process of urgent

protection that does not involve or require a complex interpretative activity, with abundant evidence, to resolve the litigious matter raised.

Keywords

Constitutional Court, constitutional processes, constitutional precedent, diffuse control, object of the compliance process, origin of the compliance process, minimum regulatory mandate requirements.

Sumilla

I. HECHOS MATERIA DEL CASO II. INTRODUCCIÓN. III. EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO Y SU REGULACIÓN. IV. SOBRE LOS CRITERIOS DE PROCEDIBILIDAD PARA LAS DEMANDAS DE CUMPLIMIENTO (STC N.º 00168-2005-PC/TC). V. INAPLICACIÓN DE LAS REGLAS APLICABLES PARA RESOLVER LA DEMANDA DE CUMPLIMIENTO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (CONTROL DIFUSO). VI. EPÍLOGO. VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. HECHOS MATERIA DEL CASO.

431

Mediante el auto recaído en el Expediente N.º 03966-2021-PC/TC, materia del presente comentario, se observa el recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Luisa Esther Buitrón Tenorio [en adelante, la recurrente] contra la resolución, de fecha 17 de setiembre de 2021, expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que declaró improcedente la demanda de cumplimiento.

1. Antecedentes

El 13 de marzo de 2020, la recurrente interpone demanda de cumplimiento contra la Municipalidad Provincial de Huaral. Solicita que la emplazada cumpla con pagarle la suma de S/ 9,636.36 soles, por concepto de incremento remunerativo de su sueldo, conforme a lo establecido en la Resolución de Alcaldía N.º 103-2019-MPH, de fecha 01 de marzo de 2019, más el pago de los intereses legales y los costos y costas del proceso. Manifiesta que se le adeuda la suma reclamada en mérito de los Informes N.º 49-2019-MPH/GAF/SGRH, 10-2019-MPH/GPPR y 42-2019-MPH/GAJ, de

9, 10 y 14 de enero de 2019, respectivamente, y que constituye un derecho reconocido por la propia entidad municipal. Indica que la suma adeudada se encuentra amparada en el Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, aprobada por el Decreto Legislativo N.º 276, y que la Resolución de Alcaldía N.º 103-2019-MPH está debidamente aprobada por diversas áreas de las gerencias municipales, que han visto conveniente el incremento remunerativo de cada uno de los empleados permanentes.

Por tanto, el Primer Juzgado Civil de Huaral, mediante la Resolución de fecha 28 de enero de 2021, declaró improcedente la demanda, por considerar que la Resolución de Alcaldía N.º 103-2019-MPH no contiene un mandato cierto y claro, pues en ninguno de sus artículos dispone el pago a la actora de la suma de S/ 9,636.36 soles, por lo que para su cumplimiento es necesario que se adopten otros actos administrativos, como la relación de funcionarios de la municipalidad emplazada y su liquidación caso por caso, y que, además, no se ha individualizado a la demandante como beneficiaria, por lo que el mandato cuyo cumplimiento solicita la actora no reúne los requisitos mínimos comunes previstos en el precedente contenido en la sentencia emitida en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC (requisitos mínimos comunes que debe tener el mandato).

Por su parte, la Sala Superior revisora confirmó la apelada, por estimar que la Resolución de Alcaldía N.º 103-2019-MPH no cumple los presupuestos establecidos en la STC N.º 00168-2015-PC/TC, debido a que dicha resolución aprueba la propuesta de retribución económica para los funcionarios de confianza de la Municipalidad Provincial de Huaral que se encuentran bajo contratación administrativa de servicios (CAS), y que la actora no se encuentra contratada mediante dicha modalidad, pues pertenece al régimen laboral del Decreto Legislativo N.º 276, en calidad de nombrada en el cargo de auxiliar, con el nivel remunerativo SAD.

2. Fundamentos

En lo que respecta al caso en concreto, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú, en aplicación de los artículos 65 y 66 del Nuevo Código Procesal Constitucional y la reiterada jurisprudencia del TC sobre los procesos de cumplimiento, la Segunda Sala del TC, integrada por la magistrados Sardón de Taboada,

Ledesma Narváez y con la participación del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, analizó si la resolución administrativa cuya ejecución se solicita cumple los requisitos mínimos comunes que debe reunir un acto administrativo para que sea exigible mediante el proceso de cumplimiento.

El TC preciso en el caso concreto que, además, de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato previsto en la ley o en un acto administrativo reúna determinado requisitos, a saber, entre otros: que el acto administrativo cuyo cumplimiento se exige no contiene mandato alguno que le otorgue un incremento en su remuneración ni el pago de la suma reclamada, conforme se desprende de lo afirmado por la propia actora en su demanda y se corrobora con sus boletas de pago de remuneraciones. Por ende, como la pretensión de la accionante contradice los requisitos establecidos como precedente en la sentencia emitida en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC, se desestimó la demanda.

433

No obstante, el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera emite un fundamento de voto muy particular que plantea interesantes y relevantes reflexiones en torno a esta colisión que se produce actualmente en la justicia constitucional y que resquebraja la condición del TC como órgano de cierre de la interpretación vigente y vinculante de la Constitución. En efecto, conforme a la argumentación esgrimida en el voto, el NCPCConst. (incisos 1 a 3 del artículo 66) ha regulado en sentido contrario a lo establecido en el precedente Villanueva Valverde del año 2005, obligando al juez/za constitucional, según sea el caso, a ingresar al fondo de la controversia, en desmedro de su naturaleza sumaria, breve y urgente.

Lo concerniente a este caso es de suma relevancia, dado que mediante el mismo se tiene la oportunidad de advertir una incompatibilidad entre los incisos 1 a 3 del artículo 66 del NCPCConst. y la plena vigencia de la Constitución, los derechos humanos, el acceso a la justicia y la independencia judicial, es decir, una interpretación conforme a la norma fundamental del Estado; por lo que, en aplicación de la facultad excepcional de control difuso, los jueces/zas constitucionales deben inaplicar para el caso concreto, cualquiera de los incisos citados del artículo 66 del NCPCConst., disponiendo la desestimación de las demandas de cumplimiento para evitar realizar actividades o trámites que son impropios para un proceso específico de tutela urgente que no involucra ni requiere de una actividad interpretativa compleja,

con abundancia de medios probatorios², para resolver el asunto litigioso planteado.

II. INTRODUCCIÓN.

En el Perú, y yendo al tema, anteriormente, el 31 de mayo del 2004 se publicó el entonces flamante y novísimo Código Procesal Constitucional, Ley N.º 28237, que entraría en vigencia a los seis (6) meses [*vacatio legis*] de su publicación en Diario Oficial “*El Peruano*”³, es decir, el 1 de diciembre de 2004. Fue aprobada por el Congreso de la República [en adelante, Congreso] y promulgada dentro del tercer año de gobierno del expresidente Alejandro Toledo Manrique. A la fecha, este primer Código tuvo poco más de 17 años de vigencia. En todo caso, con ese devenir del tiempo, el 23 de julio de del año pasado fue publicado en el Diario Oficial “*El Peruano*” la Ley N.º 31307, aprobando el autollamado “Nuevo Código Procesal Constitucional”⁴ [en adelante, NCPCConst.] y derogando la Ley N.º 28237. El texto fue aprobado pese a las múltiples observaciones del Poder Ejecutivo, la sociedad civil y de los propios jueces/zas.

Independientemente de este cambio en la regulación de los procesos y del inevitable contraste de opiniones que ha generado en algunos aspectos, en

² Cfr. Caso Pablo Miguel Fabián Martínez y otros contra el Ministerio de Salud y Dirección General de Salud Ambiental – DIGESA (STC N.º 02002-2006-PC/TC). No obstante, que en relación con las “controversias complejas” puede distinguirse entre *interpretación compleja* y *actividad probatoria compleja*. Véase Sosa Sacio (2012, p. 20). 3.1.

³ Se debe indicar que el primer Código Procesal Constitucional en el mundo, a nivel de Estados Federales como México y Argentina, entre otros, y a nivel de un derecho procesal constitucional local, que estudia las instituciones procesales constitucionales provinciales o estatales, fue el Código de Derecho Procesal Constitucional de la provincia de Tucumán (Ley N.º 6944/1999). El presente Código tiene por fin garantizar los derechos de las personas consagrados por la Constitución Provincial y Nacional, los tratados y las leyes Provinciales.

⁴ Desde ya advertimos que no se trata en estricto rigor de un “nuevo” texto, sino de un conjunto de reformas y que más bien consideramos que en una futura legislación rectifique dicho término por simplemente “Código Procesal Constitucional” y que se derogue la única disposición complementaria derogatoria que convierte a la Ley N.º 31307 en un nuevo Código cuando más bien sigue siendo el mismo, pero con un conjunto de reformas que han reestructurado su sistemática original. Véase Eto Cruz (2021, p. 498).

la actualidad se cuestiona mayoritariamente que haya sido aprobado velozmente por un Congreso saliente y sin una *vacatio legis* que hubiera afianzado su difusión y debate⁵. Dentro de este marco, a pocos meses de su publicación ya ha sido materia de tres demandas de inconstitucionalidad motivadas; una promovida por el Colegio de Abogados de La Libertad⁶ y otras por las procuradurías públicas en representación del Poder Ejecutivo y Judicial, tanto en objeciones de forma como de fondo⁷.

Aun con ello, la doctrina nacional se ha encargado de precisar, sin embargo, que si bien este Código, en efecto, hace alusión expresa y detallada a siete procesos constitucionales, los instrumentos de defensa constitucional, en verdad, no son siete, sino ocho, pues el octavo es el denominado “proceso de control difuso” que es el que realizan todos los jueces/zas del país, tanto para los casos de control de constitucionalidad en casos ordinarios, como en los procesos propiamente constitucionales (que habitualmente terminan en el TC), cuando ello sea relevante para resolver la controversia y que está normado en artículo VII del Título Preliminar de este cuerpo normativo, en concordancia con el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política del Perú⁸, y es el proceso que lleva adelante el juez/za cuando realiza un proceso mental de hallar unos textos que motiven adecuadamente por qué el juez/za actúa sin respetar una ley (absolutamente vigente) por preferir el texto constitucional y los valores que el representa, y es que ha encontrado que, para ese caso en concreto, la aplicación de la ley podría originar una injusticia (Beaumont Callirgos, 2017, p. 49).

⁵ La segunda disposición transitoria y derogatoria de la Ley N.º 28237 que aprobó el Código Procesal Constitucional en el año 2004 disponía que entraría en vigor a los seis meses de su publicación en “*El Peruano*”.

⁶ Se puede revisar el documento con las observaciones efectuadas por el Colegio de Abogados de La Libertad en el siguiente enlace: <<https://www.gacetajuridica.com.pe/docs/Demanda-TC-Nuevo-Codigo-Procesal-Constitucional-LALEY-.pdf>>.

⁷ Sobre dichas objeciones, respectivamente, se puede acudir a los siguientes enlaces: <<https://www.enfoquederecho.com/2021/09/02/luis-huerta-comentarios-en-torno-a-la-demanda-de-inconstitucionalidad-presentada-contr-el-nuevo-codigo-procesal-constitucional/>> y <<https://www.gob.pe/institucion/pj/noticias/551708-poder-judicial-presenta-demanda-de-inconstitucionalidad-contr-articulos-de-nuevo-codigo-procesal-constitucional>>.

⁸ El artículo 138 de nuestra carta magna, establece que, en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces/zas prefieren la primera.

Ahora bien, el proceso de cumplimiento⁹, particularmente, si bien hoy en día es un proceso constitucional en sus orígenes fue un proceso ordinario (*rectius* administrativo), pues cuenta con una larga tradición en el derecho inglés, cuyos orígenes se remontan al siglo XVI, data en la que aproximadamente se forja el *Write of Mandamus*, institución del Derecho anglosajón que luego fue desarrollada en los Estados Unidos (Sosa Sacio, 2009, p. 248). De allí se expande a los Estados Unidos y paulatinamente se irradia en líneas generales a ciertos países de esta parte del Continente, como es el caso de Colombia, algunas constituciones provinciales de Argentina, sin dejar de mencionar al Perú, que es el único país que codificó su regulación constitucional y legal¹⁰, y viene desarrollando a través de su TC diversa jurisprudencia con relación a este proceso constitucional, entendido como uno que resuelve controversias constitucionales.

436

Cabe recordar que el famoso proceso *Marbury Vs. Madison* de 1803 que dio origen a la *judicial review* o también denominado sistema de control difuso, precisamente estaba destinado a que mediante un *mandamus* la Suprema Corte de los Estados Unidos ordenase al entonces Secretario de Estado norteamericano Madison que extendiera el nombramiento judicial de William Marbury al amparo de la Ley Judicial de 1789, entre tantos otros casos emblemáticos que han contribuido y contribuyen al permanente debate sobre el *nomen iuris* “proceso de cumplimiento” y su finalidad constitucional por defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos, característica presente en las constituciones de Colombia (1992), Perú (1993), Ecuador (2008), y Bolivia (2009).

En efecto, es un proceso constitucional que tiene como finalidad el cumplimiento y eficacia de las normas legales y los actos administrativos, es decir, la ejecución por parte de la autoridad o funcionario público de las

⁹ Si bien es cierto que el artículo 200, inciso 6, de la Constitución de 1993 denomina a esta garantía constitucional como *acción de cumplimiento*, el Código Procesal Constitucional de 2004 corrige dicha imprecisión terminológica denominándolo *proceso de cumplimiento* en su Título V.

¹⁰ Según Sosa Sacio (2021), en algún momento se dijo del proceso de cumplimiento que era la “cenicienta” de los procesos constitucionales (...). Sin embargo, de ser la Cenicienta, el proceso de cumplimiento ha pasado ser la villana, la bruja mala del espejo (p. 194-195).

normas jurídicas con jerarquía de ley y de los actos administrativos, a cuyo cumplimiento está obligado. Es decir, como sostiene Carpio Marcos (2021),

[E]s un proceso mediante el cual los particulares pueden reparar agravios a ciertos derechos e intereses subjetivos derivados del incumplimiento, por parte de las autoridades o funcionarios públicos, de mandatos establecidos en normas con rango de ley¹¹ o en actos administrativos. (p, 118)

Del mismo modo se precisó que en este tipo de proceso el funcionario o autoridad pública tienen el deber absoluto de acatamiento de la norma legal o del acto administrativo, no siendo posible ningún tipo de discrecionalidad de su parte. En ellos los derechos del demandante son prácticamente incuestionables, de modo que comprobada la renuencia y el incumplimiento de la norma legal o el acto administrativo conforme a las pautas o requisitos mínimos comunes, en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC, de ineludible cumplimiento, corresponderá amparar la demanda.

437

Sin embargo, al momento de determinarse cuáles son los criterios de procedibilidad en relación a las demandas de cumplimiento, se puede advertir una dicotomía entre los criterios establecidos en el proceso de cumplimiento promovido por don Maximiliano Villanueva Valverde, con calidad de precedente constitucional (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC), y los incisos 1 a 3 del artículo 66 del NCPConst. –se verá cómo y con cual alcance–, toda vez que se obliga al juez/za constitucional, según sea el caso, a ingresar al fondo de la controversia, sin mayor justificación, en desmedro del diseño de un proceso constitucional de condena, de ejecución, breve y sumario, de conformidad con nuestra Constitución Política y el CPConst. de 2004.

Entre las modificaciones del NCPConst. más cuestionables y que son materia de análisis en el presente caso (objeto de estudio) podríamos mencionar: (i) la prohibición de aplicar el rechazo liminar (artículo 6)¹², (ii) la obligatoriedad de la vista de la causa en sede del TC (segundo párrafo del

¹¹ Incluyendo los tratados internacionales sobre derechos humanos, sobre cuya jerarquía mucho se ha discutido (STC N.º 02420-2012-PC/TC).

¹² El artículo 6 de esta nueva versión del Código Procesal Constitucional enuncia lo siguiente: “De conformidad con los fines de los procesos constitucionales de defensa de derechos fundamentales, en los procesos constitucionales de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y de cumplimiento no procede el rechazo liminar de la demanda”.

artículo 24)¹³ y, principalmente, (iii) las nuevas reglas aplicables para resolver la demanda de cumplimiento (artículo 66), entre las que se subrayan:

1) Cuando el mandato sea genérico o poco claro, el juez, previa interpretación de la norma legal o del acto administrativo firme, entra a resolver el fondo del asunto, debiendo observar las siguientes reglas:

1.1) Para la interpretación de la norma legal, el juez utiliza los métodos clásicos de interpretación jurídica; debiendo su resultado respetar lo que establecen las leyes de la materia y la propia Constitución.

1.2) La interpretación del acto administrativo firme debe respetar los principios generales del Derecho Administrativo; la jurisprudencia de los órganos administrativos correspondientes, así como la del Tribunal Constitucional.

2) Cuando el mandato esté sujeto a controversia compleja o a interpretaciones dispares, el juez, previo esclarecimiento de la controversia, entra a resolver el fondo del asunto. Para ello, deberá observar las siguientes reglas:

2.1) El juez aplica una mínima actividad interpretativa para superar la controversia, atendiendo a los métodos clásicos de interpretación jurídica, y aplicando los criterios de especialidad, cronológico y jerárquico.

2.2) Asimismo, y de ser necesario, el juez aplica una mínima actividad probatoria que, sin comprometer la finalidad urgente y perentoria del proceso de cumplimiento, permita confirmar la veracidad del mandato.

3) Cuando, para determinar la obligatoriedad o incuestionabilidad del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo firme

¹³ El segundo párrafo del ahora artículo 24 del Código Procesal Constitucional establece que: “En el Tribunal Constitucional es obligatoria la vista de la causa, la falta convocatoria de la vista y del ejercicio de la defensa invalidan el trámite del recurso de agravio constitucional”.

resulte necesario entrar al fondo del asunto, el juez admite a trámite la demanda, y esclarecerá la controversia (...).

Dicha colisión en la interpretación y aplicación de la naturaleza jurídica del proceso de cumplimiento afecta el principio de la fuerza normativa de la Constitución, con vista de lo dispuesto en los artículos 139.2, 200.6, 201 primer párrafo, 202.2 de la Constitución Política del Perú, en los cuales se consagran la independencia judicial, la predictibilidad en las decisiones y ordenamiento de la jurisprudencia, como una garantía de la administración de justicia, así como el rol de intérprete de cierre del TC, con base en los principios de dirección judicial del proceso, economía procesal, informalismo y celeridad procesal, y el carácter sumario y breve del proceso de cumplimiento, toda vez que con el nuevo Código se estaría dejando de lado el modelo de proceso cumplimiento que había sido regulado por el CPCConst. de 2004 y por el precedente Villanueva Valverde¹⁴.

Así, teniendo en cuenta los debates que aún hoy suscita este tema, el presente artículo se centrará en el análisis del reciente caso resuelto por el TC peruano recaído en el Expediente N.º 03966-2021-PC/TC, de fecha 8 de abril de 2022, en el cual tuvo que dilucidar dicha dicotomía y disponer la aplicación de los caracteres mínimos comunes, en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC, para que una pretensión sea exigible en la vía de cumplimiento y haya así consolidado, a juicio nuestro, que se considere como un proceso en rigor constitucional (de carácter sumario y breve) y no simplemente constitucionalizado, en crítica de su verdadera eficacia en sede constitucional; por lo que, de manera breve, pero no por ello menos rigurosa, se darán algunas luces sobre cómo incide esta reforma en dicho proceso constitucional y cómo se busca dar una salida más a esta dicotomía en defensa de su legítima finalidad constitucional.

439

III. EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO Y SU REGULACIÓN.

Es el artículo 200 de la Constitución Política del Perú el que precisa que constituyen garantías constitucionales: (i) la acción de hábeas corpus, (ii)

¹⁴ El 7 de octubre del año 2005, el Tribunal Constitucional publicó en “*El Peruano*” la sentencia recaída en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC a través de la cual estableció lo que se conoce como el “precedente Villanueva Valverde”. Este precedente, si bien de larga data, le permitió por mucho tiempo al juez/za constitucional poder determinar con mayor precisión cuando estaba ante un mandato que podía ser exigido a través del proceso de cumplimiento y cuando no.

la acción de amparo, (iii) la acción de hábeas data, (iv) la acción de inconstitucionalidad, (v) la acción popular, y (vi) la acción de cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo. Asimismo, es el artículo 202, inciso 2, de la Constitución el que establece que corresponde al Tribunal Constitucional: (vii) Conocer –en última y definitiva instancia– las resoluciones denegatorias de los procesos constitucionales la libertad o de tutela de derechos; no obstante, que no todos los procesos de tutela —naturalmente— cumplen los mismos propósitos.

En efecto, estos procesos constitucionales a que se refiere el artículo 200 tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. Es decir, si bien todos se encaminan a la represión de las conductas inconstitucionales, algunos como el amparo, el *habeas data* y el *habeas corpus* lo hacen frente a actos, omisiones y amenazas, mientras que otros, como el proceso de cumplimiento, solo procede específicamente contra misiones del Estados y sus diversas dependencias.

440

Así las cosas, es objeto de este último proceso que el funcionario o autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme o que se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento, previsto en el artículo 200, inciso 6, de la Constitución de 1993, y en el artículo 65 del NCPConst., disposición última que establece el objeto que no tiene este proceso constitucional un derecho constitucional “líquido” qué proteger (Eto Cruz, 2021, p. 499).

En Perú ha sido incorporado por primera vez en la Constitución de 1993, junto a los demás procesos constitucionales (artículo 200, inciso 6). Esto ha dado lugar a un interesante debate a nivel de la doctrina pues un sector de ella ha entendido que, en sentido estricto, no se trata de un proceso constitucional, sino de un proceso constitucionalizado, según expresión de Domingo García Belaunde, pues no obstante estar reconocido en la norma fundamental del Estado, no comparte los fines de los procesos constitucionales. Ello debido a que el proceso de cumplimiento no tendría por objeto garantizar de modo inmediato y directo, la tutela de un derecho

fundamental restituyéndolo ante actos u omisiones de funcionarios o autoridades, o el principio de supremacía constitucional, sino la de derechos legales y de orden administrativo, a través del control de la inacción administrativa, pues mediante él se puede exigir el cumplimiento de cualquier norma o resolución, vale decir, disposiciones que no necesariamente tienen rango constitucional.

En ese sentido, para algunos autores se trata de un procedimiento administrativo, por lo tanto, pareciera que tenemos dos procesos idénticos¹⁵. Por un lado, el referido proceso de cumplimiento que regula el NCPCConst., y por otro, el administrativo que desarrolla la Ley N.º 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Sin embargo y como posición contraria, Landa Arroyo (2004, p. 141) sostiene que sí es un proceso constitucional, pues actúa sobre la base de derechos constitucionales objetivos: primero, en la constitucionalidad de los actos legislativos, y segundo, en la legalidad de los actos administrativos.

441

Carpio Marcos (2005), respecto a la naturaleza jurídica del proceso de cumplimiento, señala que su ubicación en la Constitución, dentro del capítulo reservado a las garantías constitucionales, a diferencia de lo que sucede con los demás procesos que allí se han establecido, sugiere la pregunta sobre su naturaleza de sumariedad, tutela urgente y carácter excepcional. Es decir, se trata o no de un proceso constitucional. La respuesta pasa por desentrañar, del texto de la Constitución, la finalidad asignada al proceso, es decir, qué es lo que trata de defender, preservar o mantener. La respuesta a esta pregunta nos dirá si comparte la misma naturaleza que el resto de las garantías constitucionales o si se diferencia de ellas y en qué grado.

En puridad, los procesos constitucionales tienen por objeto específico la resolución de controversias en materia constitucional como nota característica. Poseen, además, entidad propia como instrumento autónomo y, por último, se hallan consagrados al interior del texto de la Constitución. La acción de cumplimiento peruano se halla consagrado autónomamente como proceso al interior del texto de nuestra Constitución. Con ello se han satisfecho dos requisitos para reconocerle su naturaleza como proceso constitucional.

¹⁵ Incluso se ha dicho que este también podría ser tutelado mediante el amparo por omisión de actos de cumplimiento obligatorios, tal como se establecía en el artículo 4 de la antigua Ley N.º 23506. Véase Eto Cruz (2021, p. 501).

En cuanto al tercero, el objeto, es necesario tener presente que el artículo 200, inciso 6, refiere a la renuencia para acatar una ley o acto administrativo. No alude a la protección a derecho fundamental alguno, como si lo hace en relación al hábeas corpus, amparo y hábeas data; tampoco busca proteger jerarquía normativa ni mucho menos la supremacía constitucional sobre las normas legales y de estas sobre las de rango inferior. En rigor, pues, no estamos ante un proceso constitucional. Controla la omisión al mandato contenido en la ley o un acto administrativo, parte de una autoridad o funcionario lo que se traduce en una violación de su eficacia, cuya resolución por cierto siempre se ha considerado como un tema propio del derecho administrativo o, si se quiere, del derecho procesal administrativo.

La eficacia de una norma legal o un acto administrativo es ámbito propio del Derecho Administrativo, por cuanto el régimen jurídico de las leyes (en tanto mandatos a la administración pública) y de los actos administrativos (manifestaciones de voluntad de la administración pública) son tutelados por normas de Derecho Administrativo. El hecho de que sea consagrado constitucionalmente solo reafirma la tesis de que se trata de un proceso constitucionalizado al igual que el contencioso administrativo, previsto en el artículo 148 de la Constitución.

Ciertamente, más allá de este polémico tema, estamos ante lo que la doctrina y la jurisprudencia ha denominado “un proceso constitucionalizado”, en la medida en que como hemos dicho líneas arriba, el objeto del proceso de cumplimiento ³⁴en reiterada jurisprudencia del TC (STC N.º 0023-2005-AI/TC, fundamento 11; STC N.º 04853-2004-AA/TC, fundamento 33)³⁴ no es materializar un derecho fundamental subjetivo sino en estricto garantizar una correcta función de la Administración Pública (derecho objetivo). En ese orden de ideas, la presente disposición estatuye dos tipos claramente diseñados que contempla esa finalidad. Por un lado, la negativa de un funcionario o autoridad para dar cumplimiento a una norma legal o a ejecutar un acto administrativo firme; y, por otro lado, en caso esta misma persona no quiera pronunciarse expresamente a sabiendas que una norma le conmina emitir una resolución o dictar un reglamento.

En estas circunstancias, el bien constitucional o constitucionalizado va a ser lo que la doctrina ha llamado “la inactividad de la Administración Pública”, la cual se materializa cuando un funcionario o autoridad se niega a

dar cumplimiento a una norma legal, por ejemplo, mediante la dilación indebida de un reglamento, o cuando no ejecuta un acto administrativo firme que ya ha resuelto una pretensión.

Ahora bien, no se trata de impulsar cualquier actuación claro está en la vía constitucional, ya que lo contrario podría significar quitarle contenido al proceso contencioso administrativo, el cual, en puridad de verdad, resulta ser un medio idóneo de defensa del administrado para incoar una reclamación contra la administración pública¹⁶.

Si bien, en un primer momento, esta tesis fue compartida por el TC peruano (STC N.º 00191-2003-AC/TC), luego el Tribunal cambió de criterio (STC N.º 00168-2005-PC/TC y 03410-2006-PC/TC) e interpretó que el proceso de cumplimiento sí tiene por objeto la protección de un derecho fundamental, que es el derecho a “asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos”¹⁷. Este derecho fundamental no enumerado ha sido incorporado al ordenamiento en virtud del artículo 3 de la Constitución.

443

Entonces, el proceso de cumplimiento no tiene como finalidad el examen sobre el cumplimiento “formal” del mandato contenido en una norma legal o acto administrativo, sino, más bien, el examen sobre el cumplimiento aparente, parcial, incompleto o imperfecto, el proceso de cumplimiento servirá para exigir a la autoridad administrativa precisamente el cumplimiento eficaz de lo dispuesto en el mandato legal.

Sin embargo, para algunos autores, la relación que existe entre los principios consagrados en el artículo 3 de la Constitución y el derecho a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos es tan indirecta y secundaria, que no permite justificar la

¹⁶ Para Sosa Sacio (2021), el precedente Villanueva Valverde permitió diferenciar el proceso de cumplimiento del proceso contencioso administrativo, haciendo que estos ya no sean *procesos espejos*, eliminando el régimen de *alternatividad* (p. 197). Así, las reglas allí establecidas permitieron que el *mandamus* debiera tener una serie de características mínimas que lo hicieran por sí mismo ejecutable inmediatamente en un proceso constitucional de tutela urgente.

¹⁷ Diversos Tribunales y Cortes Constitucionales se han decantado por reconocer su naturaleza plena como proceso constitucional, tal es el caso de la Corte Constitucional ecuatoriana, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia y el Tribunal Constitucional peruano.

existencia de un derecho fundamental implícito. Por este motivo, la naturaleza del proceso de cumplimiento no constituye un tema pacífico, ya que ha sido criticada por un sector de la academia, entre los que destaca Castillo Córdova (2005, p. 8).

Finalmente, se ha interpretado que, para que el cumplimiento de una norma legal, la ejecución de un acto administrativo y la orden de la emisión de una resolución sean exigibles a través del proceso de cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con los requisitos mínimos comunes.

Sosa Sacio (2009) señala que a través de dicho proceso se busca “el cumplimiento de un deber (legal o administrativo) omitido por la Administración” (p. 263). Así, el objeto de este proceso es, entonces, el control de la inactividad, omisión, o renuencia a no cumplir con los mandatos establecidos en una ley o en un acto administrativo. Tanto la Constitución Política como el anterior y nuevo Código Procesal Constitucional regulan con mayor precisión este tipo de control, o también denominado “control de la ilegalidad por omisión de la Administración Pública” (Carpio Marcos, 2021, p. 139).

444

Ahora bien, el primer inciso del artículo 65 del NCPCConst.. hace referencia al cumplimiento de una norma legal, debiéndose entender esta en un sentido amplio, vale decir, que dentro del concepto “norma legal” están comprendidas todas aquellas contenidas en disposiciones de distinto rango jurídico, en un universo normativo que puede ir desde la propia Constitución hasta una simple Resolución Jefatural o independientemente de que regulen aspectos de carácter abstracto o general, o resuelvan situaciones de carácter particular e individual. Lo único que exige el Código es que cuando se trata de una Resolución, es decir, de un acto administrativo decidido por un funcionario público, este haya alcanzado la condición de firme y que en el derecho administrativo se conoce como cosa decidida.

La firmeza exigida no está limitada a la que pueda alcanzar la resolución en cuestión en sede administrativa sino inclusive en la judicial, pues es evidente que quien no se encuentra conforme con lo decidido por la última instancia administrativa bien puede recurrir a la vía contenciosa administrativa ante el Poder Judicial. En tales casos, la vía del cumplimiento

sólo procederá cuando haya habido un pronunciamiento jurisdiccional definitivo.

No obstante, debemos ser enfáticos en que no basta que se trate de una mera omisión, sino que además la autoridad debe mostrarse renuente al cumplimiento de su deber, negándose a ello explícitamente cuando contesta desestimando el pedido, o implícitamente cuando opta por dejar transcurrir el plazo sin contestar ni actuar favorablemente al mismo. De ahí que el Código exija como requisito previo el requerimiento de fecha cierta y, además, que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud.

IV. SOBRE LOS CRITERIOS DE PROCEDIBILIDAD PARA LAS DEMANDAS DE CUMPLIMIENTO (STC N.º 00168-2005-PC/TC).

El TC, en sesión de Pleno jurisdiccional del 29 de septiembre de 2005, mediante la sentencia recaída en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC estableció, hace ya un buen número de años, determinados criterios de procedibilidad en relación a las demandas de cumplimiento (fundamentos 14, 15 y 16), los cuales declara constituyen precedente constitucional inmediato, es decir, de cumplimiento obligatorio, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del CPConst. de 2004.

445

En esta sentencia, conforme a los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución Política, el TC reconoció la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos¹⁸. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65 del CPConst. de 2004 (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento.

Para que el cumplimiento de la norma legal, la ejecución del acto administrativo y la orden de emisión de una resolución sean exigibles a través

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 00168-2005-PC/TC, fundamentos 4 y 9.

del proceso cumplimiento, además de la renuencia del funcionario o autoridad pública, el mandato contenido en aquellos deberá contar con las siguientes características y/o requisitos mínimos comunes que debe reunir la pretensión del demandante: a) ser un mandato vigente; b) ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal o del acto administrativo; c) no está sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) ser ineludible y obligatorio cumplimiento; e) ser incondicional. Excepcionalmente, podría tratarse de un mandato condicional siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos deberá: f) reconocer un derecho incuestionable del reclamante y g) permitir individualizar al beneficiario.

Asimismo, el TC estableció que estos parámetros o requisitos mínimos se justifican porque el proceso de cumplimiento diseñado por nuestra Constitución y el CPConst. de 2004, dado su carácter sumario y breve, no es el adecuado para discutir los contenidos de normas generales cuyos mandatos no tienen las características mínimas a que hemos hecho referencia, o de normas legales superpuestas que remiten a otras, y estas a su vez a otras, lo cual implica una actividad interpretativa compleja que, en rigor, debe llevarse a cabo a través de las vías procedimentales específicas.

El precedente constitucional es la regla jurídica expuesta en un caso concreto que el TC decide establecer como regla general. Por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. En otras palabras, un precedente es la regla de obligatoria observancia y que debe ser aplicable a la luz de determinados casos concretos y con ciertas características particulares (Ruiz Riquero, 2021, p. 63).

En ese sentido, Espinosa-Saldaña (2013, p. 92) señala que este y todos los precedentes del TC gozan de una eficacia vertical y horizontal, de obligatorio cumplimiento a todos los poderes públicos e incluso los privados.

Y es que en rigor con un precedente no se busca el posicionamiento de quien lo emita sobre el resto, sino (cumpliendo así con una exigencia para quien es autoridad en un escenario cada vez más

complejo y dinámico) se intenta otorgar elementos de juicio más bien predecibles, y lo más objetivos posible. Aquello es vital para enfrentar alguna situación en la cual, por su importancia y recurrencia, se reclama cierta uniformidad en la respuesta, cuando precisamente lo que se busca es seguridad jurídica, y con todo lo que ella acarrea. En síntesis, debe comprenderse al precedente como un acuerdo interpretativo cuyos alcances buscan garantizar condiciones de estabilidad, sin negar que puedan darse matices o modificaciones en el tiempo si cambian las situaciones que llevaron a su generación (cfr. Fundamento de Voto recaído en el Expediente N.º 02801-2021-PC/TC, fundamento 3).

Pues bien, lo que el precedente constitucional significa es que, en el futuro, y mientras el precedente no se anule, los tribunales de justicia vinculados que apliquen esa misma norma jurídica a casos en los que se den circunstancias iguales o similares en lo que importe —y en los que no concurra algún dato adicional que haga que el problema interpretativo sea de otra apariencia— dicha norma ha de ser aplicada bajo aquella misma interpretación, con aquel mismo sentido establecido en la decisión anterior que vale como precedente (Ruiz Riquero, 2013, p. 153).

447

V. INAPLICACIÓN DE LAS REGLAS APLICABLES PARA RESOLVER LA DEMANDA DE CUMPLIMIENTO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL (CONTROL DIFUSO).

En nuestro ordenamiento constitucional los procesos de la libertad (*habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento) garantizan la defensa de los derechos fundamentales, siendo competentes los jueces/zas del Poder Judicial para el conocimiento de estas controversias en primera y segunda instancia. Vía recurso de agravio constitucional, resuelve finalmente el TC las decisiones denegatorias de los jueces/zas constitucionales.

En propiedad, el proceso de cumplimiento busca asegurar la eficacia de las normas legales y los actos administrativos, convirtiendo el cumplimiento de normas legales y actos administrativos por parte de la autoridad en un derecho fundamental de los ciudadanos. Protege así un derecho fundamental no enumerado. Asimismo, el proceso de cumplimiento satisface tanto la finalidad objetiva (supremacía constitucional) como la subjetiva (tutela de derechos fundamentales) de los procesos constitucionales.

Para Sáenz Dávalos (2021, p. 186-189), aun cuando carece de poco estudio o análisis el tratamiento del control difuso al interior del proceso de cumplimiento¹⁹, el mismo resulta viable dado su carácter de proceso constitucional y el debate que viene originando la normativa reguladora de dicho proceso, su reforma y los desarrollos jurisprudencia preexistentes, lo que ocasionaría la inaplicación del artículo 66 del NCPCConst. sobre reglas aplicables para resolver la demanda por contradecir, por un lado, los objetivos del proceso de cumplimiento (control difuso forma); y, por el otro lado, la propia Constitución en cuanto norma suprema (control difuso material), pues ahora se le dice al juez/za constitucional cómo debe actuar si se encuentra en alguno de los supuestos que el aludido precedente establecía como “requisito mínimo” para la procedencia de la demanda de cumplimiento.

En el caso analizado, al igual que algunos otros²⁰, el voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera deja en evidencia una posible incompatibilidad entre los criterios establecidos en el precedente Villanueva Valverde y los artículos 6, 24 (segundo párrafo) y los incisos 1 a 3 del artículo 66 del NCPCConst., lo cual a su juicio:

[V]ulnera la separación de funciones y todo criterio de corrección funcional. Y es que, en un Estado Constitucional, el Congreso de la República, así como los demás poderes del Estado, se ciñen en lo referido a interpretación conforme a la Constitución y control de constitucionalidad a la interpretación y reglas establecidas por un Tribunal o Corte Constitucional. (...) Sin embargo, (...) si bien los precedentes que establece el Tribunal Constitucional pueden modificarse, sobre la base de presupuestos que aún conviene debatir, ello solo le corresponde a este intérprete de cierre de la Constitución.

¹⁹ En el nuevo Código Procesal Constitucional, Ramírez Niño de Guzmán (2022) señala que la regulación del control difuso está establecida en el artículo VII del Título Preliminar, sin que se establezca el procedimiento de consulta. En ese sentido, la consulta ha quedado sólo para el Proceso de Acción Popular y para los procesos ordinarios, que regula el Código Procesal Civil. Se puede revisar el documento en el siguiente enlace: <<https://laley.pe/art/13023/la-consulta-por-aplicacion-del-control-difuso>>.

²⁰ Auto del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N.º 00149-2022-PC/TC, caso Bernardo Rolando Pérez Ramírez, de fecha 11 de marzo de 2022.

(cfr. Fundamento de Voto recaído en el Expediente N.º 02801-2021-PC/TC, fundamentos 2 y 4).

Aquí más bien lo que se está diciendo directamente, con el artículo VI del Título Preliminar del NCPConst. [que repite el artículo VII del CPConst.], es que el único que puede apartarse del precedente constitucional es el TC (Ruiz Riquero, 2013, p. 140), en su versión técnica de *overruling*, a fin de matizar o complementar la regla jurídica (norma adscripta constitucional).

Así las cosas, para los casos en los que el Juzgado o Sala Superior prefieren una norma constitucional a una norma legal (en aplicación de la facultad de control difuso), pueden inaplicar al caso concreto las citadas disposiciones introducidas por el denominado “Nuevo Código Procesal Constitucional”. En consecuencia, desestimar las demandas cuyo cumplimiento, por ejemplo, exige un mandato cierto y claro (STC N.º 01234-2008-PC/TC)²¹, debiéndose tratar de un derecho incuestionable del reclamante, así como debe individualizarse al beneficiario (STC N.º 00102-2007-PC/TC), todo ello para garantizar el principio de la fuerza normativa de la Constitución, con vista de lo dispuesto en los artículos 139.2, 200.6, 201 primer párrafo, 202.2 de la Constitución Política del Perú, en los cuales se consagran la independencia judicial, la predictibilidad en las decisiones y ordenamiento de la jurisprudencia, como una garantía de la administración de justicia, así como el rol de intérprete de cierre del TC, con base en los principios de dirección judicial del proceso, economía procesal, informalismo y celeridad procesal, y el carácter sumario y breve del proceso de cumplimiento, es decir, una interpretación conforme a la norma fundamental del Estado.

449

No obstante, resulta interesante reflexionar otras posiciones que plantean la posibilidad de que una ley (como la que aprueba el NCPConst.) pueda dejar sin efecto un precedente establecido por el TC (que en este caso sería el precedente Villanueva Valverde). Sin embargo, Bolaños Salazar (2021) señala que, si bien este escenario es viable, no puede dejar se soslayarse que no se alcanza a apreciar en la exposición de motivos²², que da

²¹ En efecto, de lo que se trata es que el mandato sea firme y contenga un *mandamus* “ineludible y obligatorio cumplimiento”, es decir, contenga disposiciones incuestionables que impongan un deber (acto imperativo) a la Administración Pública.

²² Los Proyectos de Ley N.º 03478/2018-CR, 03754/2018-CR y 07271/2020-CR que propusieron modificar el CPConst. y emitir una nueva ley que regulara los procesos constitucionales previstos por el artículo 200 de la Constitución.

origen a este nuevo cuerpo normativo, las razones suficientes y detalladas sobre por qué el legislador pretende dejar sin efecto un precedente del TC²³.

Así entonces, en un proceso constitucional y de la naturaleza *sui generis* de las demandas de cumplimiento deberá asegurarse una interpretación conforme a la Constitución y garantizarse el logro de los fines de los procesos constitucionales, conforme lo ordena el artículo III del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional. Así también se desprende del artículo 66, incisos 1.2 y 4, del Nuevo Código Procesal Constitucional, cuando señala que, “Para la interpretación de la norma legal, el juez/za utiliza los métodos clásicos de interpretación jurídica; debiendo su resultado respetar lo que establecen las leyes de la materia y la propia Constitución”; y, “Cuando el mandato, no obstante ser imperativo, sea contrario a la ley o a la Constitución, el juez/za debe así declararlo, y, en consecuencia, desestimar la demanda”.

Sin embargo, los artículos 6, 24 (segundo párrafo) y los incisos 1 a 3 del artículo 66 del NCPConst., establecen que el juez/za constitucional se encuentra obligado, según sea el caso, a ingresar al fondo de la controversia²⁴, sin mayor justificación, en desmedro del diseño de un proceso constitucional de condena, de ejecución, breve y sumario, de conformidad con nuestra Constitución Política y el CPConst. de 2004.

Ahora bien, el artículo VII del título preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional señala que: “Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez/za debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”. Al respecto es importante señalar que (i) El proceso de cumplimiento, en particular, ha sido afianzado a través del precedente constitucional Expediente N.º 00168-

²³ Se puede revisar el documento en el siguiente enlace: <https://lpderecho.pe/proceso-cumplimiento-nuevo-codigo-procesal-constitucional/#_ftnref6>.

²⁴ Sobre la prohibición del rechazo liminar de las demandas de amparo, la Sala Civil Permanente de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca (Expediente N.º 00015-2022-0-0601-SP-CI-01, Resolución N.º 1, de fecha 21 de abril de 2022) ha señalado que si la demanda de amparo contra resolución judicial no reúne los requisitos del artículo 9 puede existir rechazo liminar. Supondría una excepción implícita a la regla de prohibición que establece el artículo 6.

2005-PC/TC (caso Villanueva Valverde); más aún si se tiene en cuenta que, dicho proceso ostenta la categoría de proceso constitucional destinado a la protección del derecho constitucional a la eficacia de las normas legales y los actos administrativos reconocido en los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución; y, (ii) No es posible obtener una interpretación conforme a la Constitución, en tanto que las citadas disposiciones introducidas por el denominado “Nuevo Código Procesal Constitucional” contienen una prohibición expresa en caso de procesos de cumplimiento de no aplicar el rechazo liminar de la demanda, obligando al juez/za constitucional, según sea el caso, a ingresar al fondo de la controversia, en desmedro de su naturaleza sumaria, breve, urgente y, por sobre todo, su carácter excepcional de protección de los derechos públicos subjetivos.

En consecuencia, en aplicación de la facultad excepcional de control difuso, puede inaplicarse para este caso concreto (objeto de estudio) y demás casos en los que se den circunstancias iguales o similares, cualquiera de los incisos citados del artículo 66 del NCPConst., disponiendo la desestimación de las demandas de cumplimiento para evitar realizar actividades o trámites que son impropios para un proceso específico de tutela urgente que no involucra ni requiere de una actividad interpretativa compleja, con abundancia de medios probatorios, para resolver el asunto litigioso planteado.

451

VI. EPÍLOGO.

El proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos. Con dicho proceso, el Estado Social y Democrático de Derecho que reconoce la Constitución (artículo 3 y 43), el deber de los peruanos de respetar y cumplir la Constitución y del ordenamiento jurídico (artículo 38) y jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 51), serán reales, porque, en caso de la renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y, por ende, su eficacia.

En suma, dicho proceso constitucional, dado su carácter sumario y breve, de acuerdo al CPConst. de 2004 y a lo desarrollado en el precedente constitucional recaído en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC, se constituye en un mecanismo procesal de carácter residual, es decir, solo podrá ser viable en la medida en que se cumpla los presupuestos exigibles para la eficacia del

mandato. De lo contrario, cualquier pretensión debe ser rechazada para ser tutelada por la jurisdicción ordinaria; en ese sentido, es de verse que los parámetros y requisitos que se señalan deben ser concurrentes que, de no cumplirse con uno de ellos, el *mandamus* que se pretende dar cumplimiento no podrá ser exigible vía proceso de cumplimiento.

Así las cosas, a nuestro entender, el sustento constitucional del proceso de cumplimiento reside en el mandato imperativo contenido en el artículo 138 de la propia Carta Fundamental, en el sentido de que tanto la Constitución como el ordenamiento jurídico de la Nación deben ser cumplidos y respetados, vinculando *erga omnes* a todos los peruanos sin excepción; por tanto, este proceso sí tiene sustento constitucional porque está destinado a asegurar la observancia de las normas frente a la renuencia de la autoridad o funcionario público a cumplirlas.

Por ende, al momento de determinarse cuáles son los criterios de procedibilidad en relación a las demandas de cumplimiento, se puede advertir una dicotomía entre los criterios establecidos en el precedente constitucional Villanueva Valverde (STC N.º 00168-2005-PC/TC), y las reglas actuales del proceso de cumplimiento en el NCPConst. (en concordancia con los artículos 6 y 24, segundo párrafo), toda vez que se obliga al juez/za constitucional, según sea el caso, a ingresar al fondo de la controversia, sin mayor justificación, en desmedro del diseño de un proceso constitucional de condena, de ejecución, breve y sumario, de conformidad con nuestra Constitución Política y el CPConst. de 2004.

Así, teniendo en cuenta los debates que aún hoy suscita este tema, la aplicación de los caracteres mínimos comunes, en el Expediente N.º 00168-2005-PC/TC, para que una pretensión sea exigible en la vía de cumplimiento y haya así consolidado, a juicio nuestro, que se considere como un proceso en rigor constitucional (de carácter sumario y breve) y no simplemente constitucionalizado, en crítica de su verdadera eficacia en sede constitucional; por lo que, al advertir una incompatibilidad entre los incisos 1 a 3 del artículo 66 del NCPConst. y la plena vigencia de la Constitución, los derechos humanos, el acceso a la justicia y la independencia judicial, es decir, una interpretación conforme a la norma fundamental del Estado, en aplicación de la facultad excepcional de control difuso, los jueces/zas constitucionales deben inaplicar para el caso concreto, cualquiera de los incisos citados del

artículo 66 del NCPCConst., disponiendo la desestimación de las demandas de cumplimiento para evitar realizar actividades o trámites que son impropios para un proceso específico de tutela urgente que no involucra ni requiere de una actividad interpretativa compleja, con abundancia de medios probatorios, para resolver el asunto litigioso planteado.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Abad Yupanqui, S. y otros. (2003). *Código Procesal Constitucional, anteproyecto y legislación vigente*. Lima: Palestra.

Beaumont Callirgos, R. (2017). Los procesos constitucionales en el Código Procesal Constitucional. Particular énfasis en el Título Preliminar. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional: Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (113). Lima: Gaceta Jurídica.

453

Bolaños Salazar, E. (2016). El proceso de cumplimiento en perspectiva. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional: Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (107). Lima: Gaceta Jurídica.

Carpio Marcos, E. (2005). El proceso de cumplimiento en el Código Procesal Constitucional. En: S. *Introducción a los procesos constitucionales. Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Lima: Jurista Editores.

Carpio Marcos, E. (2021). La acción de cumplimiento en el derecho comparado. En: Sáenz Dávalos, L. y Curaca Kong, A. *El proceso de cumplimiento en la actualidad. Posibilidades y límites*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.

Castillo Córdova, L. (2005). El proceso de cumplimiento: a propósito de un desafortunado criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional. *Actualidad Jurídica: Información multidisciplinaria para Abogados y Jueces* (145). Lima: Gaceta Jurídica.

Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2003). *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*. Lima: Ara Editores.

Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2013). Anotaciones sobre los objetivos y los alcances de los precedentes, y algunas notas sobre la relación entre el precedente constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Advocatus* (029), Lima: Universidad de Lima.

Eto Cruz, G. (2021). *Los gritos del silencio en las normas constitucionales y convencionales. Una introducción a la Teoría de la inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión*. Lima: San Bernardo Ediciones Jurídicas.

García Belaunde, D. (2008). *El Derecho Procesal Constitucional en perspectiva*. Ciudad de México: Porrúa.

García Toma, V. (20 de mayo de 2021). Reforma del Código Procesal Constitucional. En: *La Ley – El Ángulo Legal de la Noticia*. Lima: Gaceta Jurídica. Recuperado de: <<https://laley.pe/art/11252/entrevista-a-victor-garcia-toma-reforma-del-codigo-procesal-constitucional>>.

454

Gutiérrez-Ticse, G. (2015). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Lima: Grijley.

Landa Arroyo, C. (2004). *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Palestra.

Ramírez Niño de Guzmán, J. (11 de marzo de 2022). La consulta por aplicación del control difuso. En: *La Ley – El Ángulo Legal de la Noticia*. Lima: Gaceta Jurídica. Recuperado de: <<https://laley.pe/art/13023/la-consulta-por-aplicacion-del-control-difuso>>.

Ruiz Riquero, J. (2013). Exploración al precedente constitucional vinculante. *Revista Actualidad Jurídica: Información multidisciplinaria para Abogados y Jueces* (240). Lima: Gaceta Jurídica.

Ruiz Riquero, J. (2013). La teoría general del precedente vinculante: sus aspectos conceptuales básicos y sus enraizados prejuicios en el sistema jurídico peruano. *Revista Actualidad Jurídica: Información multidisciplinaria para Abogados y Jueces* (238), Lima: Gaceta Jurídica.

- Ruiz Riquero, J. (2021). El precedente vinculante a la luz del Nuevo Código Procesal Constitucional: Entre el pensamiento lógico y la ilogicidad de una pretendida innovación inacabada. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional: Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (165). Lima: Gaceta Jurídica.
- Ruiz Riquero, J. (2021). *La teoría del precedente vinculante y la argumentación interpretativa constitucional de la jurisprudencia*. Lima: Grijley.
- Sáenz Dávalos, L. (2021). Breves notas sobre el ámbito de protección en el proceso de cumplimiento y algunas cuestiones procesales poco abordadas por nuestra doctrina. En: Sáenz Dávalos, L. y Curaca Kong, A. *El proceso de cumplimiento en la actualidad. Posibilidades y límites*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales.
- Santy Cabrera, L. (2019). El proceso de cumplimiento frente a la inactividad material de la Administración. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional: Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (133). Lima: Gaceta Jurídica.
- Sosa Sacio, J. (2009). El proceso de cumplimiento. En: Castillo Córdova, L. (coord.). *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional: análisis de los procesos constitucionales y jurisprudencia artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Sosa Sacio, J. (2021). Las malas nuevas en el proceso de cumplimiento. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional: Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (165). Lima: Gaceta Jurídica.

Actuación inmediata de sentencias anticipatorias en procesos constitucionales

Immediate action of anticipatory sentences in constitutional processes

✍ DORIS CAJINCHO YAÑEZ¹

Resumen

456

En el presente trabajo, se analiza la figura de la actuación inmediata de las sentencias dictadas en los procesos constitucionales que protegen los derechos fundamentales. En tal sentido, revisa y compara la normativa del Código Procesal Constitucional derogado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional emitida al respecto y la normativa atinente del nuevo Código Procesal Constitucional, a partir de lo cual se establecen críticas y apreciaciones.

Palabras clave

Ejecución de sentencia, nuevo Código Procesal Constitucional, tutela procesal efectiva, Tribunal Constitucional.

¹ Abogada por la Universidad Peruana “Los Andes”; con Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la UNMSM, con Maestría en Derecho Penal en la Universidad Peruana “Los Andes”; con Estudios en Didáctica Universitaria con mención en Derecho; realizó cursos diversos sobre Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Argumentación Jurídica tanto en la Academia Nacional de La Magistratura (AMAG) y Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional (CEC). Docente de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho y CC.PP. en la Universidad Peruana “Los Andes” (Huancayo); labora como Asistente del presidente – Juez Superior de la Primera Sala Penal Permanente de Apelaciones de Huancayo – Corte Superior de Justicia de Junín.

Abstract

This paper analyzes the figure of the immediate action of the sentences issued in constitutional proceedings that protect fundamental rights. In this sense, it reviews and compares the rules of the repealed Constitutional Procedural Code, the jurisprudence of the Constitutional Court issued in this regard, and the rules of the new Constitutional Procedural Code, from which criticisms and appreciations are established.

Keywords

Execution of sentence, new Constitutional Procedure Code, effective procedural protection, Constitutional Court.

Sumilla

I. INTRODUCCIÓN. II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. III. CONCEPTO DE ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA. IV. MOTIVOS POR LOS CUALES SE INCORPORA EN LA NORMA PROCESAL LA INSTITUCIÓN DE LA ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA. V. ANÁLISIS DE LA STC DICTADA EN EL EXPEDIENTE N° 607-2009-PA/TC– CASO FLAVIO ROBERTO JHON LOJAS SOBRE SENTENCIAS ESTIMATIVAS. VI. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DICTADA EN EL EXPEDIENTE N° 04404-2018-PHC/TC PIURA. VII. MARCO COMPARATIVO DE PRESUPUESTOS CONTEMPLADOS EN LA NORMA PROCESAL DEROGADA Y VIGENTE SOBRE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ESTIMATIVAS. VIII. FUNDAMENTOS TEÓRICOS QUE JUSTIFICAN LA ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIAS ESTIMATORIAS. IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES ESTIMATIVAS. X. CONCLUSIONES.

457

I. INTRODUCCIÓN.

El tema materia de análisis surge porque en la actualidad existen pronunciamientos diversos; desde la vertiente de la jurisprudencia, del contenido de la norma procesal derogada y del Código Procesal Constitucional vigente. Así se tiene en la actualidad un reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional vertido en un proceso de habeas corpus, específicamente en la STC emitida en el Expediente N° 04404-2018-

PHC/TC, sobre actuación inmediata de sentencias anticipatorias, en el que ha desarrollado el Tribunal una nueva interpretación del artículo 22° del Código Procesal Constitucional del 2004 (norma procesal derogada), sobre ejecución inmediata de la sentencia constitucional, ya que luego del pronunciamiento realizado por el Tribunal en la STC emitida en el Expediente N° 607-2009-AA/TC – caso Flavio Roberto Jhon Lojas, no existió pronunciamiento sobre este tema. Por otro lado debemos considerar que el nuevo Código Procesal Constitucional² – regulado con posterioridad a la emisión de esta sentencia – contradice el criterio descrito en la sentencia objeto de comentario; preceptuando literalmente respecto a actuación de sentencias estimatorias de primer grado que estas son de actuación inmediata, siempre que el Juez estime que no se generará una situación de irreversibilidad, ni se ocasionará daños desproporcionados al demandado³; descripción de la norma procesal que en la actualidad se encontraría vigente y que contradice a la norma procesal derogada y a la jurisprudencia vigente que delimitó algunos presupuestos sobre esta materia que sería necesario uniformizar, ya que se ha generado una falta de precisión y determinación en este tema, al cual esperamos contribuir con el presente trabajo, ya que este tema no se ha solucionado de manera específica con la norma procesal derogada y el texto actual de la norma procesal que incluso contraviene lo referido por la sentencia que será materia de comentario.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Consideramos que es necesario un replanteamiento a nivel jurisprudencial y de la norma procesal, sobre “ejecución anticipada de sentencia estimativa” en materia constitucional, ya que la sentencia estimatoria de primer grado es de actuación inmediata, mediante la cual se otorga eficacia a la sentencia de primer grado que ha declarado fundada la demanda, a pesar de concederse recurso de apelación a favor del demandado vía recurso de nulidad en el proceso ordinario. Ahora bien, la sentencia estimatoria de primer grado es de actuación inmediata y da aplicación a la “ejecución provisoria” de la sentencia, sin embargo, se ejecuta como una con carácter de sentencia que adquirió cosa juzgada, incluso paralizando la

² Código Procesal Constitucional. Ley N° 31307, 23 de julio de 2021(Perú)

³ Código Procesal Constitucional. Ley N° 31307, 23 de julio de 2021 (Perú)

ejecución de la sentencia originadas en un proceso ordinario que ya se viene ejecutando.

Esta institución procesal estaba contenida en la primera parte del segundo párrafo del artículo 22° del Código Procesal Constitucional (2004) ya derogado y, al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 607-2009-AA/TC (caso Flavio Roberto Jhon Lojas), que no es un precedente, ha establecido los presupuestos procesales bajo los cuales se aplicará la institución procesal materia de comentario; sin embargo, los mismos no son idóneos para tutelar el derecho a la pluralidad de instancia que toda parte en el proceso tiene como derecho para el individuo y como deber para el Estado. Más aún si consideramos que en la actualidad la norma procesal establece determinadas condicionantes como: **i)** si el Juez estima que no se generará una situación de irreversibilidad, **ii)** ni se ocasionará daños desproporcionados al demandado; infiriendo en este extremo que se deja discrecionalidad al Juez la posibilidad de interpretar que comprende por “situación de vulnerabilidad” y “daños “desproporcionados en perjuicio del demandado”.

459

Por tanto, el propósito del presente trabajo es plantear criterios y presupuestos procesales que permitan la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. Si bien el Tribunal consideró que la norma procesal contenida en el artículo 22° del derogado Código Procesal Constitucional (2004) ha debido de ser objeto de una “lectura desde el contenido de la Constitución”, como norma procesal constitucional que ella es, ello en el entendido de que las disposiciones del Código Procesal Constitucional deben ser interpretadas y/o integradas “desde” y “conforme” a la Constitución, de modo tal que resulte optimizada la finalidad sustantiva a la cual se orientan los procesos constitucionales.

De esta manera, al momento de desarrollar los presupuestos procesales que han de regir la procedencia de la actuación inmediata, debe concurrir una debida interpretación constitucional de los derechos en conflicto que coadyuvará no sólo a encontrar el diseño que mejor se adecúe a los fines que aquella figura procesal tiene trazados –evitando así su desnaturalización–, sino que además le servirá de soporte conceptual al juez constitucional cuando éste haya de ponderar en los casos concretos.

Entendiendo además que en nuestro ordenamiento jurídico existe la figura de la recurribilidad de las sentencias (o pluralidad de instancias), que

es un derecho reconocido en el inciso 6 del artículo 139° de la Constitución y tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza.

Sin embargo, se debe tener presente que también existe la figura jurídica de “ejecución provisoria” de una sentencia como si fuera una con carácter de firme, cuando todavía no alcanza esta naturaleza; que esta se emplea producto de teorías doctrinarias que sustentan dicha ejecución; que inicialmente se dio en Francia en proceso de alimentos, desalojo, entre otros procesos y, posteriormente, fue recogido en Latinoamérica y, específicamente, en nuestro país fue recogido por el Tribunal Constitucional en un proceso de amparo en la referida sentencia expedida en el Expediente N° 607-2009-AA/TC – caso Flavio Roberto Jhon Lojas.

III. CONCEPTO DE ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA.

460

La doctrina ha definido de diferentes maneras a esta figura jurídica, así se tiene a Caballol Angelats, quien establece que esta institución procesal atribuye eficacia a una resolución definitiva sobre el fondo carente de firmeza, quedando subordinada la permanencia de los efectos producidos a lo que resulte del recurso. Mientras que para Gozaini es la facultad que tiene la parte para requerir el cumplimiento de una sentencia condenatoria que aún no se encuentra firme⁴. Y, de otro lado, en la doctrina nacional se tiene al maestro Juan Monroy quien afirma que la actuación de la sentencia ocurre exactamente como si se tratara de una resolución firme, por cuanto la ejecución carece de provisionalidad, es decir, lo importante es que la decisión sea actuada en la realidad tal y como si fuera una decisión firme. De los aportes teóricos planteados por la doctrina se origina en cuanto a la institución materia del presente trabajo, se establecerá que la actuación inmediata de sentencia impugnada es la institución procesal de tutela de urgencia, a través del cual se concede a la parte que ha obtenido sentencia estimatoria en primer grado el derecho a que se ejecute la decisión que le favorece, sin dejar el derecho a salvo de recurrir en vía de apelación por la parte vencida, ya que

⁴ Jara, J. (2005). Apuntes sobre la ejecución provisional de sentencia en el proceso de amparo. En: *Revista Proceso y Justicia*. N° 5. p. 28.

todavía no ha adquirido la autoridad de cosa juzgada, y, por tanto, es posible su recurribilidad.

IV. MOTIVOS POR LOS CUALES SE INCORPORA EN LA NORMA PROCESAL LA INSTITUCIÓN DE LA ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA.

La tutela de derechos constitucionales y de la supremacía jerárquica de la Constitución debe de contar con los instrumentos procesales más idóneos para asegurarles eficacia y tempestividad⁵. Con esta institución procesal es que se pretende dotar de eficacia real a las resoluciones judiciales de primer grado y así lograr una tutela efectiva. De ello se origina la posibilidad de que la sentencia de primera instancia se ejecute de forma inmediata, a pesar de no haber adquirido la autoridad de cosa juzgada, fundamentado en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva⁶, por cuanto esta tutela para ser necesariamente efectiva debe ser susceptible de producir sus efectos en la realidad, ya que no se trata solo de juzgar, sino también de ejecutar lo juzgado. Sobre este extremo el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos entre los que se aprecian: el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales⁷. Asimismo, el Tribunal Constitucional en la STC Expediente N° 1546-2002-AA/TC ha señalado que la tutela solo será realmente efectiva cuando se ejecute el mandato judicial. De ello se aprecia el carácter instrumental que gozan los procesos constitucionales, tratándose de adecuar dicha institución procesal de manera tal que permita proteger eficazmente los derechos constitucionales, y tal como refiere el profesor Monroy, es menester establecer que la finalidad principal del proceso y las instituciones procesales es la instrumentalidad. Tal como señala el maestro Abad Yupanqui⁸, se ha tratado de dotar de medidas eficaces al juez para que sus sentencias sean acatadas, razón por la cual se establece que los legisladores han logrado mantener este instrumento procesal, a efectos de dar una adecuada tutela a los derechos constitucionales amenazados o vulnerados, cuyo único fin es asegurar la ejecución de las sentencias emanadas de procesos constitucionales, que se debe entre otras cosas, a las

⁵ Abad, S. (2004). *Código Procesal Constitucional*. Lima. p. 31.

⁶ Jara, J. (2005). Apuntes sobre la ejecución provisional de sentencia en el proceso de amparo. En: *Revista Proceso y Justicia*. N° 5. p. 29.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0015-2001-AI/TC.

⁸ Abad, S. (2004). *El Proceso Constitucional del Amparo*. Gaceta Jurídica. p. 212.

materias que se encuentran involucradas en el mismo, por lo que la vigencia efectiva del texto constitucional y el respeto de los derechos constitucionales son los pilares que van a conducir a que el Código Procesal Constitucional precise también la prevalencia de las sentencias emanadas de un proceso constitucional sobre las resultantes de los demás órganos jurisdiccionales. Ahora bien, compartiendo lo establecido por el profesor Peyrano, los tribunales no deben contentarse con decir el derecho, sino que deben de asegurarse que lo dicho en el papel de la sentencia –o de la resolución– se traduzca en la realidad de los hechos⁹.

V. ANÁLISIS DE LA STC DICTADA EN EL EXPEDIENTE N° 607-2009-PA – CASO FLAVIO ROBERTO JHON LOJAS SOBRE SENTENCIAS ESTIMATIVAS.

El Tribunal emitió un pronunciamiento respecto a actuación de sentencias estimativas en la Sentencia dictada en el Expediente N° 607-2009-PA, denominando en su momento a esta figura procesal como aquella herramienta de primer orden que lograba materializar la tutela de urgencia que caracteriza a los procesos constitucionales de protección de derechos, esto en armonía con el derecho al recurso sencillo, rápido y efectivo descrito en el artículo 25° inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰. Refiriendo el órgano de control de constitucionalidad en este pronunciamiento que la razón fundamental en la ejecución de la sentencia estimatoria de primer grado -Código Procesal Constitucional (2004) derogado- era proteger adecuadamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva del demandante, en virtud que: i) la sentencia de primer grado es una decisión obligatoria; y, ii) la decisión merece una ejecución acorde con el carácter perentorio y urgente que caracteriza; resultando por tanto aplicable por extensión a todos los procesos constitucionales de tutela de derechos constitucionales. Ahora bien, una sentencia de primer grado que venía siendo ejecutada en mérito al artículo 22° del Código Procesal Constitucional (2004) puede seguir surtiendo efectos a pesar de haber sido revocada, sin embargo, si la sentencia de segundo grado revoca la decisión del juez que se venía ejecutando provisionalmente, esta ejecución provisional podrá seguir surtiendo efectos hasta que se mantengan los presupuestos que inicialmente

⁹ Peyrano, J. (1981). *Medida cautelar innovativa*. De palma. p.115.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 607/2009, 15 de marzo de 2010.

fueron otorgados. Sin embargo, en el mismo pronunciamiento el Tribunal establece la existencia de la posibilidad de ejecución de una sentencia revocada, que merece ser revisada y dejada sin efecto; ello en atención a que si la sentencia de primer grado es revocada, esta pierde virtualidad, por tanto ya no podrá ser ejecutada.

VI. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA EMITIDA EN LA STC DICTADA EN EL EXPEDIENTE N° 04404-2018-PHC/TC PIURA.

De un tiempo a esta parte se advierte en procesos de habeas corpus contra resoluciones judiciales que se pretende alcanzar la suspensión de la eficacia de algunas decisiones tomadas por fiscales y jueces en un proceso penal. Esta figura se evidencia cuando hay sentencia favorable de primer grado en el proceso de habeas corpus y, el Juez Penal (convertido en Juez Constitucional que atendió el proceso de habeas Corpus contra resolución judicial) dispuso ejecutar esta, a pesar de que, a la fecha en que toma tal decisión, había sido revocada; más aún cuando tal decisión se encuentra, vía Recurso de Agravio Constitucional, pendiente de resolverse por el Tribunal Constitucional. Es por ello que citando lo preceptuado en la sentencia en comentario, específicamente en su fundamento dieciséis y diecisiete, cuando establece que una sentencia de primer grado que está siendo ejecutada en virtud del artículo 22° del Código Procesal Constitucional puede seguir surtiendo efectos a pesar de haber sido revocada; y si la sentencia de segundo grado revoca la decisión del juez que se venía ejecutando provisionalmente, esta ejecución provisional podrá seguir surtiendo efectos, siempre que se mantengan los presupuestos en atención a los cuales fue inicialmente otorgada. Este último criterio, referido a la posibilidad de ejecución de una sentencia revocada, merece ser revisado y dejado sin efecto, ya que si la sentencia de primer grado es revocada, esta pierde virtualidad, por lo que ya no puede ser ejecutada.

El caso que originó el pronunciamiento del Tribunal Constitucional específicamente se circunscribe a que el juez de la causa, al momento de decidir ejecutar la sentencia emitida en primer grado, se basó en hechos diferentes a los que motivaron la postulación del habeas corpus, ya que la resolución de primer grado que declaró fundada la demanda determinó que había incongruencia fáctica entre: i) los hechos señalados en la formalización de investigación; y, ii) la acusación fiscal, no preservando la cosa juzgada del laudo arbitral que declaró la licitud de los actos; mientras que en la Resolución

N° 3, sobre ejecución de la sentencia, el juez se pronuncia por aspectos que no habían sido materia del proceso de habeas corpus. El Tribunal establece que dicha paralización del proceso penal se dará hasta que resuelva el Tribunal Constitucional, entendiendo que no solo pretendía ejecutar una sentencia ya revocada, sino que en el caso constituye una medida inadecuada por cuanto es contraria al derecho a la tutela procesal efectiva.

Cuando analizamos el caso en sí que originó la postulación del proceso constitucional, se advierte que el recurrente alegaba la amenaza de una posible vulneración de sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva y al debido proceso, específicamente la afectación al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales en conexidad con su derecho a la libertad de tránsito – libertad de circulación internacional que se encontraría gravemente amenazada y que debería ser tutelado por el proceso de habeas corpus. En relación con las resoluciones judiciales cuestionadas cuya nulidad también se solicitaba, el Tribunal advirtió que ninguna imponía afectación a la libertad del actor, toda vez que no incidía negativamente de manera directa o concreta en el derecho a la libertad individual.

464

Ahora bien, compartiendo lo establecido por el maestro Eloy Espinosa-Saldaña en su voto singular sobre actuación anticipada de sentencia estimatoria en el extremo que establece: es el propio artículo 22° del Código Procesal Constitucional (2004) el que dispone que el régimen de la llamada “actuación inmediata de la sentencia constitucional”, redactada de manera imperfecta, establece que la sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Mientras que 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; por lo que la misma disposición hace referencia, a la vez, a la actuación de aquella “sentencia que cause ejecutoria” y también a la “sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer”; extremos no descritos en la actual norma procesal.

VII. MARCO COMPARATIVO DE PRESUPUESTOS CONTEMPLADOS EN LA NORMA PROCESAL DEROGADA

Y VIGENTE SOBRE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ESTIMATIVAS.

Desde una primera aproximación podría no ser del todo claro si las sentencias constitucionales impugnadas (que no causan ejecutoria) pueden ser actuadas inmediatamente cuando contienen mandatos de dar, hacer o no hacer. Sin embargo, la doctrina nacional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han ido perfilando razones tuitivas que permiten afirmar que, en efecto, en determinados casos corresponde exigir el cumplimiento inmediato de sentencias impugnadas, es decir, de aquellas sentencias fundadas que no tengan la condición de firmes o definitivas¹¹; entendiendo que el Código Procesal Constitucional (2004) derogado nos describía la concurrencia de dos presupuestos para efectos de determinar la actuación de sentencia como la sentencia que: **i) cause ejecutoria en los procesos constitucionales** se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda; **ii) ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer** es de actuación inmediata; presupuestos vigentes al momento de la emisión del precedente dictado en el Exp. 4404-2018-PHC/TC.

465

Mientras que en la norma procesal vigente (2021) se advierte que los presupuestos para la actuación de sentencia son: **i) si el Juez estima que no se generará una situación de irreversibilidad, ii) se ocasionará daños desproporcionados al demandado**; presupuestos contradictorios a los criterios planteados tanto por la norma derogada y el precedente materia en comentario, concluyendo por tanto es menester determinar de forma más precisa que entiende el Juez constitucional al momento de interpretar la norma procesal cuando establece “**el Juez estima que no se generará una situación de irreversibilidad**”; debiendo en ese extremo determinar presupuestos específicos para efectos de establecer la actuación inmediata de sentencia originada en materia constitucional.

VIII. FUNDAMENTOS TEÓRICOS QUE JUSTIFICAN LA ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIAS ESTIMATORIAS.

La actuación inmediata de sentencia estimatoria constitucional es una moderna institución del Derecho Procesal Constitucional, que no se ha

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 4404/2018, 10 de marzo de 2020.

replicado en el sistema ordinario y constituye una herramienta o mecanismo procesal constitucional a la necesidad de tutela urgente y oportuna de los derechos constitucionales ante una situación arbitraria o injusta y tiene por finalidad impedir que la duración del proceso se convierta en una negación anticipada de tutela jurisdiccional efectiva. Débese tomar en consideración que el maestro Giuseppe Chiovenda denominó a la referida institución como ejecución provisoria o ejecución provisional de la sentencia¹², mientras que otros autores refieren, citando al profesor Federico Carpi (1979), que el error se inició a dar en esta institución procesal cuando olvidó consignar comillas en el término provisorio al titular su obra; y coincidiendo con lo postulado por el maestro y un gran sector de la doctrina en cuanto a la actuación inmediata de la sentencia, se genera como la tramitación de una sentencia firme; aun cuando no ha adquirido la calidad de firme. Sin embargo, por su eficacia tiene la calidad de cosa juzgada, olvidando que su ejecución en realidad es de forma provisional.

466

Al parecer lo que inspiró a la norma procesal fue básicamente la atención inmediata inspirada en el principio de inmediatez y atención célere y fulminante del proceso constitucional y, más aún, para aquel que salió victorioso y ganador después de obtener una sentencia favorable. Este tipo de ejecución provisoria surgió históricamente para ciertos procesos como son: alimentos o medicamentos; luego se expandió y se aplicó a los procesos de: desalojo, secuestro y depósitos, pero para la utilización de esta institución procesal existía una exigencia que era el pago de una caución al vencedor como garantía; requisito que luego desapareció en el Código de Procedimientos Civiles de Francia (1807)¹³. Fue a partir de dicho código que se inició una expansión a distintos países inicialmente solo en el ámbito civil y posteriormente en el ámbito procesal constitucional y, en nuestro país, es reconocido por el Tribunal Constitucional en la STC dictada en el Expediente N° 607-2009-AA/TC – caso Flavio Roberto Jhon Lojas; y después en la STC emitida en el Expediente 4404 – 2018 –PHC/TC; y cómo podemos apreciar el primero de los referidos se dio en un proceso de amparo y el segundo en un proceso de habeas corpus. La teoría en forma mayoritaria establece que un

¹² Gozaini, A. (1999). Ejecución Provisional en el Proceso Civil. En: *Revista peruana de derecho procesal*, (03), p.81.

¹³ Quiroga, A. (2013). Actuación inmediata de sentencia estimatoria en las acciones de garantía en el Perú. En: *Advocatus*, (029). pp.70 - 77.

rasgo esencial de la actuación inmediata de sentencia es que se produce como se tratara de una sentencia firme y, si bien temporalmente ocurre cuando aún no ha adquirido la calidad de firme, por su eficacia tiene la plenitud de una sentencia que ha adquirido la calidad de cosa juzgada, por tanto deduciríamos un error en la STC dictada en el Expediente 4404 – 2018 –PHC/TC, cuando afirma que se trata de una "ejecución provisional", por tanto se debe tener cuidado cuando se regula el ámbito de actuación de este instituto; sin embargo en la norma procesal vigente tampoco se advierte este reparo y más al contrario en la actualidad se establecen dos presupuestos: i) si el Juez estima que no se generará una situación de irreversibilidad, y ii) se ocasionará daños desproporcionados al demandado, dejando a discrecionalidad del Juez el determinar la ejecución anticipada de la sentencia.

IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES ESTIMATIVAS.

El sistema de justicia constituye uno de los pilares del Estado constitucional de derecho, en el cual los derechos como: i) el derecho de acceso a la justicia, ii) el debido proceso, y iii) la actuación y ejecución de sentencias, constituyen una manifestación implícita del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que sería la inspiración que motivó la aplicación en nuestro ordenamiento jurídico procesal derogado y el vigente la permisión de ejecución de sentencias estimativas, obligando a las autoridades y particulares que las sentencias judiciales que logren su plenitud o ejecución de manera rápida y efectiva"¹⁴, deben ser ejecutadas de manera inmediata; logrando alcanzar de esa manera el otro pilar de un Estado Constitucional de Derecho que es la aplicación plena del sistema jurídico en un Estado.

468

Sobre el particular, es preciso establecer que el Nuevo Código Procesal Constitucional, prevé en el artículo 26° lo referente a la actuación de sentencia, variando la regulación anterior establecida en la norma procesal derogada; y de la redacción actual analizada se desprende que no contempla los criterios vinculantes adoptados por el Tribunal en la STC emitida en el Expediente N° 04404-2018-PHC/TC, más al contrario, entre otros aspectos, se advierte lo preceptuado por STC dictada en el Expediente N° 00607-2009-PA/TC, en el extremo que dispone que la actuación inmediata de la sentencia tiene carácter inimpugnable, agregando en su texto que la misma mantiene su

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03515/2010, 09 de noviembre del 2011.

vigencia hasta que se emita una resolución última y definitiva que ponga fin al proceso.

El artículo 26° de la norma procesal constitucional vigente modifica lo dispuesto por el artículo 22° del código procesal derogado incorporando lo siguiente: “la resolución que ordena la actuación inmediata de sentencia es inimpugnable y mantiene su vigencia hasta que se emita resolución última y definitiva que pone fin al proceso”; esto se entiende que si un proceso es recurrido al Tribunal vía agravio constitucional debe esperarse la solución del caso entendiendo que esa es la decisión que pone fin al proceso.

Otro aspecto novedoso en la norma procesal es que se deja a discrecionalidad del Juez Constitucional que este deberá evaluar que: “no se genere una situación de irreversibilidad”, “ni se ocasionará daño desproporcionado al demandado”; discrecionalidad que se debe sustentar en la objetividad de todo Juez y siempre buscando alcanzar los fines para los cuales se han generado todos los procesos constitucionales, que es garantizar la vigencia de los derechos constitucionales, reconocidos por la Constitución.

468

Interpretando lo que prevé el artículo en comentario se advierte que en caso de que el Juzgado conceda la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, dicha decisión no podrá ser cuestionada, por lo que el pronunciamiento surtirá efectos hasta que se emita la resolución que ponga fin al proceso. Ahora bien, la misma norma procesal en su inciso 2 cuando establece: “el Ministerio Público formula denuncia penal contra el titular de la entidad y los que resulten responsables, pudiendo exigir su prisión preventiva”; más allá de que se busque ejecutar las decisiones por parte de los funcionarios públicos, implica una afectación sobre las competencias del Ministerio Público, que antes podía evaluar los hechos del caso y decidir si ameritaba hacer la denuncia o no; en la norma actual vigente se le ordena formular denuncia.

X. CONCLUSIONES

- Como primera conclusión podemos establecer que la norma procesal derogada (2004) y la jurisprudencia constitucional han previsto

diversos mecanismos procesales para promover la ejecución y actuación inmediata de sentencias constitucionales con el objeto de garantizar la tutela jurisdiccional efectiva; y el Código Procesal Constitucional vigente ha planteado presupuestos distintos. Por tanto, es necesario impulsar uniformidad tanto en la jurisprudencia como en la norma procesal.

- De la ejecución de las sentencias estimativas se observa una problemática que se origina de la aplicación de las reglas procesales y la jurisprudencia constitucional que se genera cuando el juez executor desnaturaliza el contenido de un mandato jurisdiccional o el criterio vinculante del órgano constitucional; particularidades que generan desafíos, siendo uno de los factores la falta de jueces especializados en materia constitucional que se encargarán de la tramitación de los procesos constitucionales; lo que en muchas ocasiones son jueces ordinarios especialistas en otras materias que deben llevar procesos constitucionales porque en los órganos jurisdiccionales a los que pertenecen no existe la especialidad.
- El Tribunal reformuló los marcos interpretativos del artículo 22° del Código Procesal Constitucional (2004), con la STC dictada en el Expediente 4404–2018–PHC/TC, estableciendo que no se puede disponer de la ejecución de una sentencia constitucional que ya ha sido revocada.
- Durante la emisión de la STC emitida en el Expediente 4404–2018–PHC/TC, entró en vigencia el Código Procesal Constitucional (2021) y específicamente su artículo 26° estaría dejando sin efecto este reciente criterio constitucional vinculante adoptado por el Tribunal Constitucional, en la medida que establece que la actuación inmediata de la sentencia es inimpugnable y dicho mandato mantiene vigencia hasta que se emita una resolución última y definitiva que ponga fin al proceso.
- Con la promulgación del Código Procesal Constitucional el criterio desarrollado por el Tribunal Constitucional perdería efecto, por cuanto la nueva redacción del artículo pertinente a la actuación de las sentencias recoge los criterios contenidos en la STC emitida en el Expediente N° 00607-2009-PA/TC, con lo cual ya no podrá ser variado por una interpretación jurisprudencial, sino en el plano normativo.

- Consideramos que resulta contraproducente que se mantenga los efectos de una sentencia revocada, toda vez que se vulnera el derecho a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales, específicamente, el de la parte demandada, que se encuentra imposibilitada de impugnar la ejecución inmediata de una sentencia, aun cuando el superior jerárquico disponga la revocatoria de la sentencia de primer grado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abad, S. (2004). *Código Procesal Constitucional*. Lima.

Gozaini, A. (1999). Ejecución Provisional en el Proceso Civil. En: *Revista peruana de derecho procesal*, (03).

Jara, J. (2005). Apuntes sobre la ejecución provisional de sentencia en el proceso de amparo. En: *Revista Proceso y Justicia*, (05).

Peyrano, J. (1981). *Medida cautelar innovativa*. De palma.

Quiroga, A. (2013). Actuación inmediata de sentencia estimatoria en las acciones de garantía en el Perú. En: *Advocatus*, (029).

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0015-2001-AI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 607/2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 4404/2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 03515/2010.

Ejecución de sentencias constitucionales

Execution of constitutional sentences

✍ SILVIA H. SÁNCHEZ GÓMEZ¹

Resumen

En el presente trabajo de investigación se hace un estudio relativo a la ejecución de las sentencias constitucionales. Para tal efecto, se hace una descripción de lo que constituyen las sentencias constitucionales, así como de sus alcances. Asimismo, se realiza una descripción y análisis de los mecanismos, figuras y herramientas que se han incorporado para la ejecución de sentencias constitucionales, tales como la actuación inmediata de sentencia de primera instancia, el recurso de apelación por salto y la creación del Sistema de Supervisión de Sentencias del Tribunal Constitucional.

Palabras clave

Código Procesal Constitucional, Tribunal Constitucional, ejecución de sentencias constitucionales, apelación por salto.

471

Abstract

In the present paper, a study is made regarding the execution of constitutional sentences. For this purpose, a description of what constitutes the constitutional sentences, as well as their scope is made. Likewise, a description and analysis of the mechanisms, figures and tools that have been incorporated for the execution of constitutional sentences is carried out, such as the immediate action of the first instance sentence, the appeal by jump and the creation of the Supervision System. of Sentences of the Constitutional Court.

¹ Abogada por la U.N.M.S.M., Máster en Derecho Constitucional por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) del Ministerio de la Presidencia de España, Máster en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid, doctoranda en el Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid y ex docente universitaria. Mi correo es sisa20_5@hotmail.com

Keywords

Constitutional Procedure Code, Constitutional Court, execution of constitutional sentences, appeal by jump.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES. III. ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. IV. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS.

I. INTRODUCCIÓN.

Un campo casi inexplorado en el escenario jurídico actual es el que recae sobre la ejecución de las sentencias en general y, en particular, sobre la ejecución de las decisiones constitucionales. Ciertamente, un hecho que no puede negarse son las diversas problemáticas y dificultades que ha traído consigo lo que ocurre luego de la expedición de una sentencia que ha sido estimada total o parcialmente, como sería la inejecución, incumplimiento, cumplimiento parcial, defectuoso o tardío. Por ello, resulta necesario que se trabaje sobre nuevas teorías que expresen los nuevos cambios y bajo los actuales tiempos, que tengan como desenlace el redescubrimiento de nuevos mecanismos y herramientas que hagan viable, en la mayor medida posible, la debida ejecución de las sentencias constitucionales.

472

Una forma de dar inicio a ello es echar una mirada al marco jurídico actual, a las instituciones y figuras que se han establecido, sea normativa o jurisprudencialmente, a fin de comprender, de una mejor manera, la situación que este tema viene teniendo en nuestro ordenamiento jurídico, así como las perspectivas actuales respecto de las sentencias constitucionales y del proceso de su efectiva ejecución. En tal sentido, el presente trabajo está orientado básicamente a describir y a analizar el marco regulatorio actual, no únicamente desde el punto de vista desde la teoría general del proceso, sino desde la perspectiva que orienta la protección de los procesos de tutela de derechos fundamentales.

Para ello, se ha optado por, primero, hacer una descripción de lo que constituyen las sentencias constitucionales así como de sus alcances, de acuerdo a las exigencias de actuación dirigidas a quienes conforman el proceso y al tipo de proceso, así como de las pretensiones que se tienen; y, segundo, se ha establecido la descripción y análisis de los mecanismos, figuras y herramientas que se han incorporado a nuestro modelo de jurisdicción de ejecución de sentencias constitucionales, tales como la actuación inmediata de sentencia de primera instancia, el recurso de apelación por salto y la creación del Sistema de Supervisión de Sentencias del Tribunal Constitucional. Para dicho fin, nos hemos valido tanto del marco jurídico actual, como de la doctrina más especializada y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

II. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES.

2.1 Las decisiones judiciales: Las sentencias constitucionales y la particular naturaleza de los procesos constitucionales.

Previamente a describir y analizar lo concerniente a la ejecución y cumplimiento de las sentencias constitucionales, resulta necesario establecer los alcances de lo que propiamente constituyen las sentencias constitucionales. El Tribunal Constitucional peruano las ha definido como aquellas que aluden a actos procesales que emanan de un órgano jurisdiccional especializado en Derecho Constitucional y a través de las cuales se pone fin a un conflicto cuya tipología se deriva de algunos de los procesos previstos en el Código Procesal Constitucional², sean los procesos de tutela de derechos como el amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento o sean los procesos denominados orgánicos, como el proceso de inconstitucionalidad, de acción popular y el conflicto competencial.

473

A esta definición de connotación sobre todo procesalista, debe agregarse que la particular naturaleza de los procesos constitucionales y la autonomía procesal de los órganos jurisdiccionales constitucionales que los resuelven, hacen que la definición y los alcances de las sentencias constitucionales se vean acompañadas de algunas características que las distinguen de las sentencias judiciales en general. Un claro ejemplo de ello,

² STC 00024-3003-AI/TC.

es la potestad y capacidad de los tribunales para dictar una sentencia cuyos efectos no serán únicamente *inter partes* sino *erga omnes* o con efectos de vinculación frente a quienes no son partes en el proceso mismo, tales decisiones no solo recaen en aquellas que resuelven procesos orgánicos, sino, además, en los que tutelan derechos fundamentales. Aquí se hace referencia a la potestad que en la práctica tienen los tribunales con jurisdicción constitucional de declarar la existencia de un estado de cosas inconstitucional (ECI) y de expedir la denominada “sentencia estructural”, situación y figura que no se asemeja a ninguna otra decisión jurisdiccional en general, en otras materias, aunque estas figuras serán materia de análisis más adelante.

Así, las sentencias constitucionales recaen sobre un tipo particular de resolución jurisdiccional, las expedidas por tribunales con jurisdicción constitucional y que resuelven los conflictos jurídicos constitucionales sobre procesos de tutela de derechos o procesos orgánicos y que ostentan, debido a su especial naturaleza, de facultades propias y autónomas distintas a los procesos ordinarios.

474

Ciertamente, las sentencias expedidas en procesos ordinarios son también sentencias constitucionales, o deben serlo, en la medida en que todas y cada una de ellas deben sujetarse a la Constitución (García y Eto, 2008) y a las interpretaciones constitucionales derivadas del Tribunal Constitucional, aunque también a lo dispuesto en los tratados sobre derechos humanos y a las interpretaciones de los órganos supranacionales de los que el Estado peruano es parte. No obstante, es evidente que los juzgadores y las juzgadoras en los procesos ordinarios distintos a los constitucionales, carecen de una serie de potestades y facultades que les impide flexibilizar sus actuaciones, excluyéndoseles de la aplicación de figuras –no tanto procesales propiamente– como las recogidas en los principios procesales establecidos en el Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, entre ellos, el principio de informalismo o el deber de adecuar la exigencia de las formalidades previstas en el citado Código al logro de los fines de los procesos constitucionales o la potestad que permite, en un caso concreto, de si existe una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el juzgador debe declarar su continuación.

El Tribunal Constitucional también ha precisado que, a diferencia de las sentencias ordinarias, la estructura de interna de las sentencias

constitucionales estaría compuestas por las siguientes partes: (i) la razón declarativa-teológica, la razón suficiente (*ratio decidendi*), (ii) la razón subsidiaria o accidental (*obiter dicta*), (iii) la invocación preceptiva y (iv) la decisión o fallo constitucional (*decisum*)³.

Ahora bien, la parte que aquí nos interesa es la decisión o fallo constitucional (*decisum*), que, a decir del Tribunal Constitucional⁴:

Es la parte final de la sentencia constitucional que, de conformidad con los juicios establecidos a través de la razón declarativa-axiológica, la razón suficiente, la invocación normativa y, eventualmente, hasta en la razón subsidiaria u accidental, precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional.

En puridad, la decisión o fallo constitucional se refiere simultáneamente al acto de decidir y al contenido de la decisión.

El acto de decidir se encuentra justificado cuando se expone dentro de las competencias asignadas al Tribunal Constitucional; mientras que el contenido de la decisión está justificado cuando se deriva lógica y axiológicamente de los alcances técnicos y preceptivos de una norma perteneciente al bloque de constitucionalidad y de la descripción de ciertos hechos consignados y acreditados en el proceso constitucional.

475

En suma, la decisión o fallo constitucional constituye el pronunciamiento expreso y preciso, por medio del cual el Tribunal Constitucional estima o desestima el petitorio de una demanda de naturaleza constitucional. En ese contexto, en dicha decisión puede surgir una exhortación vinculante o persuasiva conforme a cánones establecidos en el caso Edgar Villanueva N. y 64 Congresistas de la República [Expediente N.º 0006-2003-AI/TC].

³ STC 00024-2003-AI/TC.

⁴ STC 00024-2003-AI/TC.

2.2 Exigencias de actuación una vez expedida la sentencia constitucional: El derecho a la ejecución de las decisiones judiciales como parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Cuando se tiene a la vista una decisión jurisdiccional, lo inmediatamente siguiente es que aquella sea ejecutada en sus propios términos, bajo la condición de que, en principio, sea una decisión firme, esto es, se encuentre consentida o ejecutoriada (no sea posible recurrir a alguna instancia más o las partes están de acuerdo con la decisión adoptada), aunque existe alguna excepción como la figura de la actuación inmediata de sentencia, la cual será analizada más adelante.

En general, la ejecución de las resoluciones judiciales es un derecho y una de las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Este último se encuentra establecido en el artículo 139, numeral 3 de la Constitución que dispone que única y expresamente son principios y derechos de la función jurisdiccional “la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”, sin hacer mención a la “efectividad”, término que, por lo demás, resulta fundamental si se trata de que las decisiones judiciales sean acatadas; no obstante, se infiere implícitamente que nuestro marco constitucional protege la efectividad de las decisiones jurisdiccionales, no solo porque así se ha establecido en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁵, tratado del que el Perú forma parte y del artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁶, sino además porque el artículo 139, numeral 2 de la Constitución establece que “ninguna autoridad (...) puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado a la autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias, ni retardar su ejecución”.

⁵ “Toda persona tiene derecho a un *recurso sencillo, rápido o a cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención (...)”.

⁶ “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”.

Por ello también se hace referencia a una debida ejecución de las decisiones judiciales, en la medida en que su cumplimiento debe darse en sus propios términos, evitando así, una ejecución parcial o defectuosa, además, dicha ejecución debe darse dentro de los plazos establecidos en las leyes correspondientes, evitando así, su retardo arbitrario e injustificado. Para ello resulta importantísimo que la parte de la sentencia que contiene el *decisum* sea preciso, claro y concreto, aunque también es posible valerse del contenido de la sentencia, en particular, de aquel que proviene de la razón suficiente.

El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida ejecución de las decisiones judiciales impone especiales exigencias a los sujetos pasivos del derecho, es decir, a los que se encuentran en principio vinculados y, en particular, a quienes participaron en calidad de partes en el proceso y, desde luego, también al propio juez⁷, quien es responsable de la ejecución. De otro lado, el derecho a la ejecución, cuyo titular, en este caso, el sujeto activo, en los procesos constitucionales de tutela de derechos (amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento), recaerá en la parte vencedora. Entonces, si se estima la demanda, quien será el sujeto activo de la relación jurídico constitucional es quien haya interpuesto aquella o a favor de quien o de quienes se haya interpuesto. En los procesos constitucionales no se aplica la figura de la reconvención, con lo cual, la imposición de las exigencias especiales recaerá tanto en la persona del sujeto pasivo de la relación, así como en la persona del juzgador o juzgadora de la ejecución de la sentencia. En ambos casos, la efectividad del derecho exige un particular tipo de actuación.

477

La parte vencida puede recaer en sujetos particulares conforme al esquema ya reconocido respecto de la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*), pero también puede recaer en el Estado a través de la responsabilidad de algún funcionario o autoridad pública. En cualquiera de estos supuestos, siempre existirá la obligación de ejecutar o cumplir con la sentencia en sus propios términos y dentro de los plazos correspondientes.

Situación distinta se da cuando se trata de sentencias expedidas en los procesos orgánicos (de inconstitucionalidad, acción popular y conflicto competencial), pues estos tienen básicamente como objeto la protección de la supremacía de la Constitución y de su parte orgánica, esto es, la organización

⁷ STC 00015-2001-AI, 00016-2001-AI y 0004-2001-AI (acumulados), F.J. 12.

y estructura de las instituciones públicas, aunque también protegen la plena vigencia de los derechos fundamentales, con lo que se supera la expectativa en la satisfacción de un interés individual o colectivo, pues cuando se resuelve a través del control constitucional de una ley o norma infralegal o se define la competencia atribuida a un poder del Estado o entidad pública, el alcance de los efectos de la sentencia es mucho más amplio, llegando incluso, en el caso de las leyes o de los conflictos competenciales a tener un alcance de todo el territorio nacional.

Por ello, resulta fundamental determinar, primero, ante qué tipo de proceso constitucional nos encontramos y, segundo, de encontrarnos frente a los procesos de tutela de derechos, si las sentencias constitucionales, o más precisamente, la parte de su fallo, son declarativas, constitutivas o de condena. En la sentencia recaída en el Expediente 4119-2005-AA/TC, el Tribunal Constitucional, efectivamente, acogió la clásica clasificación y definición de las sentencias constitucionales estimativas (Chiovenda, 1999), teniendo como punto de partida el contenido del fallo de la sentencia, entre: (i) sentencias declarativas, si declaran un derecho o una situación jurídica preexistente a la sentencia; (ii) sentencias constitutivas, si constituyen un derecho o una posición jurídica con relación a un objeto o relación; y, (iii) sentencias de condena, si ordenan la realización de determinados actos establecidos en el proceso tras verificarse la transgresión del orden legal o constitucional⁸.

478

En la citada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional infiere que *prima facie*, las sentencias constitucionales son sentencias de condena porque contienen un mandato ejecutivo, por lo que pueden ser objeto de ejecución forzosa. Ello a partir de determinados aspectos como el hecho de que la condena es la “consecuencia de la violación de un mandato o de una obligación”, se entiende, de mandatos, obligaciones y deberes constitucionales; que el proceso debe entenderse como una unidad, con lo cual, sea en su etapa de ejecución o del proceso en sí, se tutelan los derechos y del objeto de los procesos de tutela de derechos, el cual consiste en reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho o disponer el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. Pese a ello, señala que una mirada más profunda demuestra que el juez constitucional no solo ejecuta los mandatos de la Constitución, sino que a

⁸ STC 4119-2005-AI/TC, F.J. 21.

menudo realiza una ardua tarea de interpretación, de ponderación, y de creación, con lo cual, en algún aspecto, se tratan también de sentencias constitutivas⁹.

Lo que hasta aquí se ha descrito incide sobre todo en lo atinente a los procesos de tutela de derechos, pues conforme se ha manifestado, su objeto, básicamente es retrotraer y por tanto, reponer las cosas al estado inmediato anterior a la violación del derecho fundamental o amenaza de violación. La sentencia que estima una demanda o la estima en parte, en este tipo de procesos, no solo declarará la violación de uno o más derechos fundamentales, sino que, como consecuencia de la lógica finalista de dichos procesos, el tribunal tiene la obligación de disponer alguna(s) actuación(es) u omisión(es) –en el caso de existir una amenaza cierta e inminente de violación del derecho alegado–. Así, recaerá en mandatos de dar, hacer o no hacer. La forma de actuación que se dispondrá también dependerá del tipo de proceso en el que se ha estimado la demanda, si es un habeas corpus, un amparo, un habeas data o un cumplimiento, en el que conforme se ha manifestado, la orden concreta será que la autoridad, funcionario o persona, cumpla con el mandato dispuesto.

479

Distinto es el marco de exigencia en los procesos orgánicos, pues en ellos, normalmente es suficiente que se declare la inconstitucionalidad de la ley o norma infralegal, con lo cual, y conforme a las normas establecidas en el Código Procesal Constitucional, la norma pierde vigencia desde el día siguiente en que ha sido publicada la sentencia en el diario oficial.

Ahora bien, no cabe duda de que la parte vencida en el proceso tiene la obligación de acatar lo dispuesto en la sentencia, sea a través de un mandato de hacer, dar o no hacer. Al mismo tiempo, se ha conferido también la exigencia de actuaciones establecidas en la persona del juzgador o juzgadora. No siendo esta la parte pasiva, sino más bien, quien impulsará y hará viable la ejecución de la sentencia en sus propios términos y dentro de los plazos correspondientes, para ello se han establecido algunos mecanismos y herramientas a partir de considerar que es el Estado quien tiene en sus manos la capacidad de imponer el cumplimiento de determinadas conductas, bajo el supuesto aceptado de que es el único quien tiene legitimada el ejercicio de la violencia. De ahí también que el Poder Judicial para hacer cumplir sus resoluciones se valga del apoyo de otro poder del Estado como lo es el Poder

⁹ STC 4119-2005-AI/TC, F.J. 22-24.

Ejecutivo, el cual según el artículo 118.9 de la Constitución, tiene la obligación de cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales.

2.3 La ejecución de las decisiones constitucionales según el marco jurídico nacional.

No existe en nuestro país una investigación concluyente o por lo menos detallada acerca de los alcances en el nivel de cumplimiento y ejecución de las sentencias constitucionales, de cuánto es el tiempo promedio en que se tarda la ejecución de una sentencia constitucional o de cuántos son aquellos que se tornaron inejecutables por alguna circunstancia sobrevenida o externa. Tampoco ha merecido mayor análisis el impacto que tiene el modelo de jurisdicción constitucional adoptado en nuestro ordenamiento jurídico, en el cual existen dos jurisdicciones autónomas que resuelven los procesos de tutela de derechos fundamentales, siendo que el Poder Judicial resuelve en primera y segunda instancia dichos procesos y el Tribunal Constitucional, en una instancia más, vía el recurso de agravio constitucional (RAC), en los supuestos en que la resolución de segunda instancia ha desestimado total o parcialmente la demanda. De hecho, una vez que el Tribunal resuelva estimándola, debe remitir los actuados a la Sala y esta al juez de ejecución, quien tendrá la responsabilidad de hacer cumplir la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, aunque es verdad también que ha sido el mismo Tribunal quien se ha conferido la atribución de llevar adelante la ejecución de algunos asuntos que considera relevantes a través de la jurisdicción de seguimiento de sentencia creada durante el 2018, punto sobre el que se volverá con mayor detalle más adelante.

A diferencia de la normativa anterior que establecía como mecanismos de actuación del juzgador en ejecución de sentencia la potestad de imponer multas fijas y acumulativas (artículo 22 del anterior Código Procesal Constitucional), además de disponer la destitución del o de la responsable o la apertura de un procedimiento administrativo disciplinario (artículo 59 del anterior Código Procesal Constitucional), la actual regulación ha optado por otros mecanismos. En efecto, la actual regulación (artículo 27 del Código Procesal Constitucional), ha configurado un modelo de ejecución de sentencias constitucionales en el que prevalece más la actuación de los órganos de apoyo para el cabal cumplimiento de la sentencia. Así, ya no se

establece expresamente la posibilidad de que sea el mismo juez o jueza de ejecución quien imponga las multas, fije el monto de ellas bajo su discreción, o la potestad de hacerlas ascender hasta el cien por ciento por día de incumplimiento, sino que en caso de que el demandado no cumpla con el mandato dispuesto en la sentencia, se podrá (i) remitir los actuados al Ministerio Público a fin de que se evalúe y, eventualmente, se formule denuncia penal contra los responsables; (ii) disponer el inicio de procedimiento disciplinario de funcionarios y servidores públicos, en el supuesto en el que los demandados sean representantes del Estado, ante la entidad que corresponda para la destitución; y, (iii) puede optar, de oficio o a pedido de parte, por otras medidas de ejecución como son la remoción, destrucción de cosas, objetos o edificaciones, paralización de obras, entre otras técnicas de ejecución que el juez o la jueza considere necesarias, así como también cualquier otra decisión o medida que sea proporcional y razonable para la preservación, restitución y protección de los derechos constitucionales objeto del proceso.

Conforme se advierte, las posibilidades de que el juzgador o juzgadora de ejecución de sentencia realicen acciones a fin de que se cumpla con una sentencia que, en principio, no es cumplida por la parte vencida, recae básicamente en actuaciones en las que se requiere el apoyo de entidades públicas a través de procedimientos judiciales, administrativos disciplinarios o a través de la fuerza pública.

481

Otra novedad que trae el nuevo Código en el citado artículo 27, es la potestad que se le atribuye al juez o a la Sala que expidió la sentencia estimatoria para proceder a la ejecución en los procesos de habeas corpus, sin necesidad de que el expediente se remita al juzgado de origen. Dicha potestad recae únicamente en los órganos que forman parte del Poder Judicial, más no se hace referencia al Tribunal Constitucional, a menos que se interprete en el sentido de que también es posible incluir a las salas (Sala 1 y Sala 2) que conforman dicho máximo Tribunal dentro del esquema organizativo interno que tiene.

Aquella potestad se encuentra conforme con las especiales circunstancias que rodean al proceso de habeas corpus, esto es, por la peculiaridad del derecho fundamental que se protege como es la libertad personal y los derechos conexos a este, puesto que resulta indispensable toda vez que el ejercicio de dicha libertad es una pre condición para el ejercicio de otras libertades y otros derechos fundamentales. De hecho, también se ha

configurado un sistema especial para este tipo de proceso que hace que se torne aún más flexible que el resto de procesos de tutela de derechos como la inexistencia de una vía igualmente satisfactoria (artículo 7.2 del Código), la inexistencia de la obligación del agotamiento de las vías previas (artículo 7.4 del Código), la inexistencia de plazo para interponer la demanda (artículo 7.7 del Código) así como las características especiales señaladas taxativamente en el Código (artículo 32) vía los principios de informalidad, no simultaneidad, actividad vicaria, unilateralidad e imprescriptibilidad.

Del mismo modo, se mantiene la particularidad en los procesos de ejecución de sentencias la prevalencia sobre las decisiones de otros órganos jurisdiccionales. Ello, pues no es posible comprender ni analizar a las sentencias constitucionales desde perspectivas desarrolladas por la teoría general del proceso, ni desde las que estudian los efectos de la ejecución en materia civil o penal, por lo que se les otorga una posición de primer orden entre las decisiones del Estado Democrático de Derecho a consecuencia de: (i) la especial naturaleza de las pretensiones sobre las que se pronuncian, (ii) el valor y la fuerza jurídica que se le da a las interpretaciones y (iii) por el poder extrapartes y su sometimiento solo a la Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹⁰.

De ahí que las principales características que acompañan al sistema de ejecución de sentencia según nuestro marco jurídico actual puedan resumirse conforme al siguiente cuadro:

	Características	Descripción
1	Prevalencia de las sentencias constitucionales	Las sentencias constitucionales tienen prevalencia sobre las de otros órganos jurisdiccionales
2	Alternativa de sanción administrativa	Disposición del inicio del procedimiento disciplinario de funcionarios y servidores públicos ante la entidad que corresponda para su destitución
3	Alternativa de sanción penal	Remisión de los actuados al Ministerio Público para que actúe de acuerdo con sus

¹⁰ STC 4119-2005-AA/TC, F.J. 32.

		atribuciones (si es el Estado, responde el titulas y otros responsables del agravio)
4	Ejecución por sustitución respecto de mandatos patrimoniales del Estado	a. La parte vencedora puede pedir al juez que modifique la ejecución material de la sentencia, proponiendo una fórmula sustitutoria que cause igual satisfacción a su derecho conculcado. b. El juez corre traslado del pedido y escucha a la parte vencida c. El juez decide a través de un auto (si es estimatoria, es impugnabile con efecto suspensivo) d. El juez ejecuta la nueva fórmula sustitutoria
5	Otras medidas alternativas de ejecución	La remoción, destrucción de cosas, objetos o edificaciones, paralización de obras, entre otras técnicas de ejecución.
6	Excepcionalidad en la ejecución del habeas corpus	Quien estima una demanda de habeas corpus, lo ejecuta, salvo el Tribunal Constitucional (que solo ejecuta lo señalado en el Reglamento de seguimiento de sentencias).

(Elaboración propia)

Ciertamente, es posible aplicar supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Civil o de algún otro, en caso de existir algún vacío o defecto en el Código Procesal Constitucional respecto de la debida ejecución de las decisiones constitucionales, pues así ha sido dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar de este último.

2.4 La ejecución de sentencias constitucionales según el tipo de proceso y, por tanto, el tipo de pretensión.

Lejos está la incorporación en los ordenamientos jurídicos nacionales los clásicos modelos de jurisdicción constitucional europeo o kelseniano (control concentrado) y americano (difuso o de la *judicial review*). Actualmente, se desarrolla la forma en que ambos interactúan en un mismo ordenamiento, dando lugar a los llamados modelos derivados, que pueden ser duales, paralelos, mixtos y hasta sinérgicos (García, 2013). Es cierto que aquellos modelos surgieron sin mayor desarrollo respecto de la ejecución de las sentencias constitucionales, pese a que se trata de un asunto de igual

trascendencia que la determinación de los derechos en juego al interior del proceso mismo o la determinación de si una norma contradice o no el contenido constitucional.

Por ello, el problema de la ejecución de las decisiones constitucionales no solo comporta un debate doctrinal, sino también y sobre todo un problema práctico, a decir, la capacidad de la corte o del tribunal para poder llevar adelante la decisión expuesta en términos concretos en su fallo¹¹. Con el desarrollo de los modelos de jurisdicción constitucional, asumiendo particularidades muy concretas y distintas en cada uno de los países que los incorporan a sus sistemas jurídicos, además del efecto anulatorio de las leyes dictadas por el órgano especializado en materia constitucional, con efectos *erga omnes* (control concentrado), así como la inaplicabilidad en el caso concreto de la ley contraria a la Constitución debido a sus efectos *inter partes* (control difuso). Ahora, a través de los nuevos roles que exige la tutela de los derechos fundamentales, se incorporan los procesos de tutela de derechos, con los que, como se afirmó antes, el efecto vinculante recae en actuaciones muy concretas referidas a situaciones de dar, hacer o no hacer.

484

Dicho esto, resulta claro que la diferencia entre modelos de justicia constitucional ya no hay que buscarla en aquella clásica distinción estática que identificaba los modelos concentrado o difuso, dependiendo de si el órgano se encontraba dentro o fuera del Poder Judicial, ni tampoco en función de la familia jurídica a que pertenece el sistema en el cual se ejerce dicho control (*civil law o common law*), sino más bien en función de las herramientas con que cuenta la Corte o el Tribunal en la etapa de actuación de sus propias decisiones. Aunque es cierto que, en principio, los mecanismos de ejecución de sentencia se distinguirán de acuerdo a si se trata de procesos de control abstracto respecto de aquellos que se requieren en los procesos de tutela de derechos¹².

En tal sentido, la dinámica que se adoptará para el análisis de la ejecución de las sentencias constitucionales partirá desde el punto de vista de los dos grandes grupos de tipos de procesos constitucionales: los procesos de

¹¹ STC 4119-2005-AA/TC, F.J. 13.

¹² STC 4119-2005-AA/TC, F.J. 15.

tutela de derechos y los procesos orgánicos, cada uno de ellos mostrando las particularidades propias que poseen.

2.4.1 La ejecución de las sentencias en procesos de tutela de derechos.

Los procesos de tutela de derechos tienden a proteger, principalmente, el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales, aunque es cierto que, al proteger dichos derechos, se protege también la supremacía constitucional. Las decisiones que contienen sus sentencias recaen, primero, sobre el reconocimiento de un estado de cosas que implica la violación o no de uno o más derechos fundamentales, por ello, se estima o desestima la demanda a partir de dicho reconocimiento. En el supuesto en el que se estima totalmente o en parte la demanda, lo siguiente es que el juzgador emita un mandato específico, de dar, hacer o no hacer. Suele confundirse en el ámbito práctico de si la estimación se realiza respecto del derecho vulnerado o respecto de la pretensión concreta. Ambos difieren, pues hablamos de derechos a la vida, la salud, la libertad, etc., mientras que nos referimos a las pretensiones cuando se solicita en la demanda la nulidad de un acto, por ejemplo, de un acto administrativo. Así, la violación de uno o más derechos se producirá, precisamente, a consecuencia de un acto u omisión de alguna persona, funcionario o autoridad. Este hecho se denomina “acto lesivo” u “hecho lesivo”, con lo cual, existe una diferencia notable, ya que como producto de determinado acto lesivo es que se produce la violación del derecho y por ello, en la demanda, suele exigirse también que se detalle no solo la enumeración del derecho o derechos presuntamente violados, sino también el *petitum* o la pretensión concreta de lo que se pide, por ejemplo, una nulidad del despido y, por tanto, la reincorporación al puesto de trabajo que se tenía en una situación anterior, o la nulidad de una resolución judicial que restringió arbitrariamente la libertad personal y por ende, se exige la nulidad de dicha resolución con la subsecuente orden de libertad o de emisión de nueva resolución.

Por ello, el juzgador que estima la demanda –o lo haga en parte–, regularmente emite un mandato, sea la reincorporación del demandante en su puesto de trabajo o la puesta en libertad personal o la emisión de nueva resolución. Así ha sido regulado en el Código Procesal Constitucional cuando se establece taxativamente qué es lo que debe contener una sentencia (artículo 52): (i) la identificación del demandante, (ii) la identificación de la autoridad, funcionario o persona autora de la violación o amenaza de la violación o, de aquél que es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, (iii) la determinación precisa del derecho constitucional violado o amenazado, o

las consideraciones por las cuales no ha sido infringido o amenazado, (iv) la fundamentación o argumentación y, (v) la decisión adoptada señalando el mandato concreto dispuesto. La actuación, a fin de dar efectividad a dichos mandatos, es algo que corresponde ya no propiamente al juzgador de ejecución, sino a los órganos y personas demandadas o que fueron vencidas en el proceso.

Los procesos de tutela de derechos en nuestro sistema jurídico son cuatro: amparo, habeas corpus, habeas data y cumplimiento. Cada uno de ellos protege una situación jurídica en particular tomando en cuenta los derechos que se protegen, por ende, las pretensiones y los mandatos o remedios serán siempre distintos. Así, por ejemplo, en los supuestos de habeas corpus en los que se protege el derecho a la libertad personal y a los derechos conexos a este, dependerá del acto lesivo concreto y de la pretensión, con lo cual, los mandatos podrían recaer en la puesta en libertad de la persona privada arbitrariamente de su libertad en el denominado habeas corpus reparador (artículo 38.1 del Código); 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 en el denominado habeas corpus correctivo (artículo 38.2); la puesta inmediata del detenido a disposición del juez competente, si la agresión se produjo por haber transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención en el denominado habeas corpus traslativo (artículo 38.3); o el cese del agravio producido, disponiendo las medidas necesarias para evitar que el acto vuelva a repetirse en el habeas corpus innovativo (artículo 38.4).

El proceso de cumplimiento se distingue de los otros tres procesos en la medida en que no se trata en estricto de proteger algún derecho fundamental de manera directa, aunque suele señalarse que con dicho proceso se protege el principio seguridad jurídica (Landa, 2018), pero sobre todo el derecho a la debida ejecución de las leyes y de los actos administrativos. Por ello, más que la reposición de las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de derechos, de lo que se trata, conforme a lo establecido en el Código Procesal Constitucional (artículo 72, contenido de la sentencia fundada en los procesos de cumplimiento) es de, primero, determinar cuál es la obligación incumplida; segundo, emitir la orden y la descripción precisa de la conducta a cumplir; tercero, establecer el plazo perentorio para el cumplimiento de lo resuelto, que no podrá exceder de diez días; y, cuarto,

disponer 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.

Así, el efecto de las sentencias en los procesos de tutela de derechos será, principalmente, reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de los derechos o disponer el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo. Se ha manifestado también que la ejecución de las sentencias constitucionales se tornará más dificultosa cuando se trate de asuntos en los que el remedio deba ser cumplido por varias personas o sea complejo, como en aquellos en los que se resuelven asuntos sobre derechos económicos, sociales y culturales en los que se requiera de una provisión presupuestaria o de coordinación entre varias dependencias del Estado, sobre temas medio ambientales o en el caso de las denominadas sentencias estructurales.

2.4.2 La ejecución de las sentencias en los procesos orgánicos.

487

Como se manifestó antes, definitivamente, los mecanismos para ejecutar sentencias en procesos de tutela de derechos son distintos respecto de los que se requiere en los procesos de control normativo. En estos últimos, esto es, aquellos que recaen sobre la protección de la parte orgánica de la Constitución y de la supremacía constitucional tenemos a los procesos de inconstitucionalidad, acción popular, y de conflicto competencial. Además, a diferencia de los procesos de tutela de derechos en los que quien ejecuta es el Poder Judicial, en los procesos orgánicos, quien ejecuta es el mismo Tribunal Constitucional.

Respecto de los procesos de control normativo, es plausible establecer si realmente existe necesidad de alguna actuación externa del órgano o poder del Estado que fue vencido en el proceso. Dicha cuestión proviene básicamente del hecho regulado en nuestro sistema jurídico, en el sentido de que una vez pronunciada la sentencia declarando la inconstitucionalidad o ilegalidad de una ley o norma infralegal y, al día siguiente de publicada en el diario oficial en el caso del proceso de inconstitucionalidad o en el medio de comunicación en el que se publicó el auto admisorio de la demanda en el caso de la acción popular, la norma queda sin efecto o lo que es lo mismo, pierde vigencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En dicho caso, estamos frente a la eficacia de la sentencia y pareciera que no hay nada que ejecutar, pues precisamente no existe mandato alguno, por lo menos no de manera

directa, que contenga alguna obligación de actuación que pueda exteriorizarse. Ello en la medida en que una vez que la norma queda sin efecto, todos, absolutamente todos, ciudadanos, autoridades y funcionarios, estamos impedidos de aplicarla. De ahí también que se entienda que el Código Procesal Constitucional haga referencia más que a la ejecución a los efectos de la sentencia fundada (artículo 80).

Más complejo aún es cuando el Tribunal Constitucional, sin perjuicio de si estima o no la demanda de inconstitucionalidad, realiza una exhortación a algún poder del Estado, por ejemplo, al Congreso de la República para que emita una ley dentro de un periodo determinado¹³. En definitiva, existe un mandato, sin embargo, tratándose de una exhortación y no de una orden o disposición, es posible que el órgano llamado a acatarla la interprete como una simple recomendación sin efecto vinculante alguno. En el mismo sentido, las decisiones de estimación parcial o las desestimaciones con interpretaciones que proscriben determinadas interpretaciones de las disposiciones sometidas a control por parte del Tribunal Constitucional. Antes, se ha afirmado que las sentencias que expide dicho tribunal no solo son de condena sino también constitutivas debido a la labor de interpretación constante que realizan de determinado contenido constitucional, tanto más si los artículos VII y VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que los jueces deben seguir los criterios interpretativos establecidos por el Tribunal a través de figuras como los precedentes vinculantes y la doctrina jurisprudencial. Así, cuando el Tribunal declara qué interpretación o interpretaciones son constitucionales y cuáles no, su decisión vinculará a todos.

Situación similar ocurre en los procesos de conflicto competencial, pues en este caso, el Código hace referencia también a los efectos de la sentencia (artículo 112) como consecuencia de establecer a que poderes u

¹³ Un ejemplo de esta situación es la exhortación que hizo el Tribunal Constitucional al Congreso de la República mediante la sentencia recaída en el Expediente 00003-2013-AI/TC, 00004-2013-AI/TC y 00023-2013-AI/TC (acumulados), en este, se le exhortó para que apruebe la regulación de la negociación colectiva, a partir de la primera legislatura ordinaria del periodo 2016-2017 y por el plazo que no podrá exceder de un año, plazo que se incumplió, por lo cual, se reiteró la exhortación en la sentencia recaída en el Expediente 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-PC/TC (acumulados), caso de la Ley Servir.

órganos estatales corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo, resuelve en lo pertinente a las situaciones jurídicas producidas sobre la base de tales actos administrativos, y cuando se hubiera promovido conflicto negativo de competencias o atribuciones, la sentencia, además de determinar su titularidad, puede señalar un plazo dentro del cual el poder u órgano del Estado debe ejercerlas. De lo que se trata aquí es que estos últimos realicen la función que les ha encomendado la Constitución o alguna norma de desarrollo constitucional, pero que habría sido conflictuado por otro poder u órgano estatal o que, debido a alguna actuación concreta, haya menoscabado el ejercicio de la función correspondiente en los casos en los que se produzca un conflicto competencial por menoscabo de atribuciones.

III. ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Una de las novedades traídas por el nuevo Código Procesal Constitucional respecto a la ejecución de sentencias a diferencia de la anterior normatividad, es el hecho de regularla por separado respecto de la figura actuación inmediata, esto es, se separa la regulación de la actuación inmediata de sentencia respecto de la ejecución de sentencia, a través de los artículos 26 y 27 (en el mismo capítulo IV), respectivamente, a diferencia de la regulación anterior, en la que ambas figuras se recogían en una sola disposición (artículo 22), dando lugar a ambigüedades y confusiones.

489

Una de estas confusiones radicaba en que el artículo 22 aludía a la “sentencia que causa ejecutoria”, lo podría entenderse como “sentencia firme”, lo cual se confirmaba al concordar el artículo 22 con el 59, que comenzaba señalando “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22”. Ello habría ocasionado que los operadores jurídicos tengan más dudas que certezas respecto de la vigencia y aplicabilidad de la figura procesal de la “actuación inmediata de sentencia”, incluyendo a los propios jueces constitucionales (Rojas, 2010). Conforme a la actual regulación, dicha duda ha sido despejada, sin embargo, aún subsisten algunas confusiones que, en definitiva, constituye tarea de la jurisdicción constitucional a través de la jurisprudencia el lograr que sean despejadas.

El Código la denomina simplemente actuación de sentencia, aunque la doctrina suele denominarla “actuación inmediata de sentencia impugnada” o “actuación de sentencia de primera instancia”. Sea cual sea su

denominación, aunque para los fines de este trabajo preferimos optar por la segunda de ellas por ser una definición más precisa, es posible afirmar que es un instituto procesal por medio del cual se concede, a la parte que ha obtenido una decisión favorable en primer grado, el derecho a la actuación de la decisión que lo favorece, con prescindencia de que la resolución vaya a estar o esté recurrida por la otra parte (Monroy, 2001). Precisamente, consideramos esta conceptualización y descartamos la primera (actuación inmediata de sentencia impugnada), en la medida en que no es condición que se impugne la sentencia de primera instancia para que proceda la ejecución de la misma, esto es, impugnada o no por la parte vencida, es posible que proceda la ejecución de la sentencia, siendo condición imprescindible para ello que exista una sentencia de fondo de primera instancia, aunque, como se sabe, es usual que se impugne una sentencia de primera instancia que estima total o parcialmente la demanda.

3.1 Fundamento y fines de la figura “actuación inmediata de la sentencia de primera instancia”.

490

Usualmente se considera que el recurso de apelación que se interpone contra la sentencia que declara fundada una demanda de tutela de derechos se conceda con efecto suspensivo, es decir, que la sentencia se ejecutará si es que es confirmada por una segunda instancia o por el Tribunal Constitucional, estimando –íntegramente o en parte la demanda–, opción que se opone al sentido de urgencia que ostentan los procesos constitucionales (Cairo, 2001).

Ahora bien, la urgencia es una situación o un estado de cosas que siempre ha logrado guiar y dar pautas a los procesos constitucionales, por la especial naturaleza que ostentan en la protección de los derechos fundamentales y por la supremacía constitucional dentro de un Estado Constitucional de Derecho. De hecho, la urgencia determina también que los procesos de tutela de derechos sean sumarios y que se incorpore elementos que flexibilizan la actuación de quienes forman parte del proceso conforme se tiene establecido en el Título Preliminar del Código a través de los principios procesales, con lo cual, el fundamento básico que da origen a una figura procesal como la actuación de sentencia recae precisamente en la situación de urgencia que da pie, al mismo tiempo, a que exista una tutela oportuna de los derechos.

En la primera parte de este trabajo señalamos que la ejecución de la sentencia o, más precisamente, la debida ejecución de las resoluciones constitucionales, constituye una de las manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, esto es, lograr no solo un proceso justo, sino también una decisión justa, y que dicha decisión logre la finalidad del proceso, que recaer, precisamente, en el efectivo ejercicio de los derechos fundamentales que se alcanza con la reposición del derecho en el tiempo oportuno. De ahí que una actuación inmediata de la sentencia puede hacer que se optimice el sentido del derecho a la tutela judicial efectiva. Ello también es así pues, los asuntos que contiene un conflicto constitucional y sobre los que se dicta un pronunciamiento de fondo recaen normalmente sobre asuntos en los que es imperativo mantener su permanente ejecución como son los casos en los que es indispensable que estudiantes se mantengan en el sistema educativo (la permanencia en el sistema educativo) cuando son expulsados de manera arbitraria y, por tanto, resulta inconstitucional o, no se les reconoce la matrícula y los estudios realizados, por no cumplir con la edad cronológica según disposiciones infraconstitucionales en materia educativa o, los casos en los que el sistema de salud no otorga los medicamentos adecuados a una persona que padece de VIH, entre otros.

No obstante lo dicho hasta aquí, es importante tomar en cuenta que la eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva que conlleva la actuación inmediata de la sentencia de primera instancia puede vaciar el contenido de otros derechos que se encuentran en la orilla opuesta, esto es, del lado de la parte vencida. En efecto, del otro lado se encuentran en juego algunos derechos como la pluralidad de instancia, la cosa juzgada, la firmeza como condición de la ejecución, entre otros. Si existe menoscabo de estos derechos y principios, resultaría reprochable desde todo punto de vista; no obstante, y en todo caso, debe evitarse que con la ejecución inmediata de sentencia se vuelva irreversible el acto producto de la reposición del derecho, para lo cual es necesario ponderar si se opta por la actuación inmediata de la sentencia o no (Grandez, 2007).

También se ha señalado que el fundamento de la figura procesal de la actuación inmediata de sentencia sería la distribución racional del tiempo en el proceso, a través de un mecanismo de anticipación de tutela que permita una mejor distribución del peso de la apelación entre las partes, una que por lo menos, resulte más realista y equitativa (Rojas, 2010).

El Tribunal Constitucional ha logrado ampliar los alcances y el entendimiento de la figura que se analiza, pues a través de la sentencia recaída en el Expediente 00607-2009-AA/TC ha establecido algunas situaciones que interesan de sobre manera, entre ellas, algunos fines u objetivos que se buscan alcanzar a través de la creación y, luego, aplicación de la actuación inmediata de la sentencia de primer grado, tales como: (i) conjurar daños irreparables, (ii) evitar el abuso procesal de la institución de la apelación y (iii) reasignar al juez de primera instancia un rol protagónico y estratégico en la cadena de protección de los derechos fundamentales¹⁴.

3.2 Presupuestos y algunas características de la actuación inmediata de la sentencia de primera instancia.

492

Si bien los mayores alcances establecidos por el Tribunal Constitucional sobre el tema surgieron básicamente de su jurisprudencia respecto de las omisiones que se tenían en la anterior regulación (artículo 22 del anterior Código Procesal Constitucional), manteniéndose algunas en la nueva normativa, es necesario continuar lo ya desarrollado por el máximo tribunal de interpretación constitucional, como lo relativo a las características de la aplicación y los presupuestos de la actuación inmediata de sentencia. Así, el artículo 26 del nuevo Código Procesal Constitucional establece, al regular dicha figura, lo siguiente:

La sentencia estimatoria de primer grado es de actuación inmediata si el juez estima que no se generará una situación de irreversibilidad, ni se ocasionará daños desproporcionados al demandado. Es independiente de la apelación que se interponga contra ella y se solicita ante el juez que emitió la resolución.

La resolución que ordena la actuación inmediata de sentencia es inimpugnable y mantiene su vigencia hasta que se emita resolución última y definitiva que pone fin al proceso.

¹⁴ STC 000607-2009-AA/TC, F.J. 60, siguiendo a Juan Monroy Gálvez en “La actuación de la sentencia impugnada”.

A partir de dicho contenido, se han identificado algunas características que dan origen a las reglas y presupuestos procesales que deben seguirse, tales como¹⁵:

- (i) Un sistema de valoración mixto: el juzgador o juzgadora de primera instancia conservará cierto margen de discrecionalidad para tomar la decisión correspondiente teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso en concreto.
- (ii) ¿Quién es el juez competente para usarla como herramienta? en todos los casos será el juez o jueza de primera instancia.
- (iii) Forma de otorgamiento: la regla general es que la aplicación de la figura actuación inmediata de sentencia se origine a pedido de parte, ello no excluye la posibilidad de que el juzgador de oficio la aplique.
- (iv) Sujetos legitimados: quien resulte beneficiado con una sentencia de primer grado poseerá la legitimidad suficiente para solicitar la aplicación de la actuación inmediata de sentencia, también es posible que sea el representante procesal.
- (v) Alcance respecto de la pretensión o pretensiones: en principio, se aplica la figura de la actuación inmediata de la sentencia respecto de todas las pretensiones estimadas en la sentencia; no obstante, el juzgador, puede optar por ejecutarlas de manera parcial o, dicho en otros términos, optar por ejecutar solo alguna(s) pretensión(es) que emana(n) de la sentencia.
- (vi) Tipo de sentencia: la actuación inmediata de sentencia que estima una demanda recae únicamente en sentencias de condena, tanto de sentencia que no hayan sido apeladas, pero que aún pueden serlo, como de sentencias impugnadas.
- (vii) Mandato preciso y claro: el mandato contenido en la sentencia debe cumplir con ser un mandato claro y preciso, que no dé lugar a ambigüedades.
- (viii) Presupuestos procesales: la actuación inmediata de una sentencia debe atenerse a algunas condiciones previas que debe tener en cuenta el juzgador o juzgadora de primera instancia:
 - No irreversibilidad: la actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata.

¹⁵ STC 00607-2009-AA/TC, F.J. 63.

- Proporcionalidad: no obstante que, por regla general, el juez debe conceder la actuación inmediata; al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada.
- No será exigible el otorgamiento de contracautela. Sin embargo, de modo excepcional el juez puede solicitarla cuando las pretensiones amparadas posean algún contenido patrimonial, y siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad.

495

- (ix) Imposibilidad de impugnación: no es posible impugnar la decisión que contiene la aplicación de la actuación inmediata de sentencia por ninguna de las dos partes.

Existen dos situaciones más consideradas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La primera de ellas se encuentra referida a los efectos de la sentencia de segundo grado una vez dictada. Así, si se confirma la sentencia de primer grado, ejecutada provisionalmente, dicha ejecución se mantiene y se tornará en definitiva, pero si se la revoca, sea que se declare improcedente o infundada la demanda, el referido Tribunal consideró que lo mejor en estos casos sería que la ejecución provisional siga surtiendo efectos en tanto y en cuanto se mantengan los presupuestos en virtud a los cuales fue inicialmente otorgada. Esta última situación fue dejada sin efecto jurisprudencialmente por el mismo Tribunal¹⁶ estableciendo que no se puede disponer la ejecución de una sentencia que ya ha sido revocada debido a que la primera decisión pierde virtualidad y sentido. Ello fue así debido al caso que se analizaba en dicho momento, uno en el que el juez ejecutó la sentencia estimatoria de primer grado, pese a que ya había sido revocada por la segunda instancia y se encontraba en trámite un recurso de agravio constitucional interpuesto por la parte demandante, con lo que se generó la siguiente regla:

¹⁶ STC 04404-2018-PHC/TC, F.J. 17.

si la sentencia de primer grado es revocada, no será posible continuar con su ejecución¹⁷.

Con la dación del nuevo Código, nuevamente, se vuelve a la situación anterior, en la medida en que ahora se establece que “la resolución que ordena la actuación inmediata de sentencia (...) mantiene su vigencia hasta que se emita resolución última y definitiva que pone fin al proceso”, la que podría darse con la decisión de segunda instancia o la del Tribunal Constitucional en el supuesto en el que fue revocada.

Finalmente, resulta preciso señalar que la figura que se describe y analiza puede ser aplicada no solo en los procesos de amparo, sino en cualquiera de los procesos de tutela de derecho y si bien existen algunas diferencias con las medidas cautelares, aunque ambas persiguen la misma finalidad, los mecanismos y características difieren.

IV. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

El derecho a la debida ejecución de las decisiones jurisdiccionales en materia constitucional presenta algunos problemas principalmente a raíz de los incumplimientos que se dan por la parte vencida, tales como la demora en ejecutar las decisiones, el cumplimiento parcial o incluso, el incumplimiento total de la sentencia o un cumplimiento no acorde con el mandato dispuesto en sus propios términos.

495

No se analizarán las causas que origina ello, debido a que son distintas las posiciones; sin embargo, resulta claro que provienen tanto desde un punto de vista interno, esto es, desde el diseño y modelo de ejecución de sentencias de la jurisdicción constitucional que se tiene en el país, como desde un punto de vista externo, tales como la falta de voluntad de la parte vencida para operativizar la ejecución o la falta de recursos para hacerlo posible, sobre todo, si se trata de presupuesto público en los asuntos en los que la parte vencida es el Estado, pero también tiene que ver la complejidad del caso, la complejidad de los remedios establecidos en la sentencia, entre otros. Para tratar de revertir esta situación de incumplimiento, con la cual se viola además el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de la parte demandante o de quienes resulten favorecidos con la decisión, el Tribunal Constitucional ha

¹⁷ STC 04404-2018-PHC/TC, F.J. 18.

creado dos figuras procesales que harían viables o aportarían en la mejora del cumplimiento o ejecución de las decisiones en general, y en particular, de sus propias decisiones. Estas son: (i) la apelación por salto y (ii) la jurisdicción de seguimiento de sentencias del Tribunal Constitucional.

4.1 Apelación por salto.

La apelación por salto es una figura procesal creada jurisprudencialmente, aunque actualmente ha sido acogida por el nuevo Código Procesal Constitucional (artículo 22). En efecto, el Tribunal Constitucional advirtió que existían muchas de sus decisiones que venían siendo incumplidas, cumplidas deficientemente o desnaturalizadas en su fase de ejecución, razón por la cual creo el denominado “recurso de agravio a favor del cumplimiento de las decisiones del Tribunal Constitucional”. La manera en la que el máximo órgano de interpretación constitucional tomó conocimiento directo de la existencia de sentencias expedidas por él que no eran ejecutadas, fue a partir de las quejas que se interponían contra resoluciones judiciales que denegaban la admisión y procedencia del recurso de agravio constitucional. En efecto, en la etapa de ejecución de una sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, la parte demandante consideraba que no se estaba dando un cabal cumplimiento a dicha decisión, por ello, impugnaba la resolución judicial que manifestaba que se “cumplió con la sentencia”, ante lo cual, dicha resolución era elevada ante segunda instancia que en, diversas ocasiones, confirmaba el criterio del juez ejecutor y luego, ante dicha denegatoria, se interponía el recurso de agravio constitucional a fin de que sea el máximo tribunal en materia constitucional quien resuelva. La Sala del Poder Judicial que conocía de dicho recurso, lo rechazaba en el entendido de que propiamente no se estaba ante una denegatoria de la demanda de tutela de derechos sino ante una resolución, en etapa de ejecución de sentencia.

Con ello, el Tribunal Constitucional no solo ha habilitado la procedencia de un recurso atípico respecto de los que solía conocer vía recurso de agravio constitucional, sino que además permitiría un proceso más expeditivo y oportuno para los fines de los procesos de tutela de los derechos. Dicha habilitación se dio primero a través de la decisión contenida en el Expediente 000168-2007-Q, para luego y mediante la RTC 00201-2007-Q, se ampliará la posibilidad de presentar el recurso de agravio incluso a favor de

la ejecución de sentencias del Poder Judicial, emitidas en segunda instancia, sin necesidad de que hayan sido elevadas y resueltas por el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, en la práctica este mecanismo no pudo erigirse como una solución eficaz para la ejecución inmediata y en sus propios términos de las sentencias estimativas del Tribunal Constitucional¹⁸, por lo que este órgano expidió la sentencia recaída en el Expediente 00004-2009-PA/TC, estableciendo la posibilidad de que en la etapa de ejecución de las sentencias que expide el Tribunal, las Salas Superiores estarán exoneradas de conocer y resolver el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del juez o jueza de ejecución que declara actuado o cumplido el mandato dispuesto en la referida sentencia, saltándose, por tanto, una etapa procesal como lo sería la segunda instancia y habilitó la potestad de quien ha obtenido una decisión favorable de ir directamente al Tribunal Constitucional. Nace así el recurso de apelación por salto, dejando atrás la figura del recurso de agravio a favor del cumplimiento de las decisiones del Tribunal Constitucional.

Definitivamente, dicho mecanismo ha sido una cuestión novedosa dentro del marco institucional de los procesos constitucionales, pues a partir de la autonomía del referido órgano constitucional y de la flexibilización respecto de la actuación con la que cuentan los órganos constitucionales, era posible no solo apresurar la tutela de derechos, sino además, tender al logro de los fines constitucionales y a la reversión cabal del acto que dio origen a una violación de derechos comprobada y acreditada.

Esto ha sido recogido en el artículo 22 del nuevo Código Procesal Constitucional, al regular la figura del recurso de apelación, la cual procede contra las resoluciones que las partes consideran que los agravia, ha incluido el denominado recurso de apelación por salto, el cual contaría con las siguientes características: (i) Debe ser usado de modo excepcional, solo contra resoluciones judiciales, en etapa de ejecución de una sentencia estimatoria cuando se advierta una inacción en su ejecución o cuando se decida en contra de la protección que ya fue otorgada previamente al derecho fundamental agredido (ii) no procede cuando los términos de la sentencia da pie a un debate sobre la cuantificación del monto de la pensión de cesantía o jubilación, de los devengados o de los reintegros de los intereses de las costas o de los costos

¹⁸ Nota de prensa del Tribunal Constitucional de fecha 18 de noviembre de 2010.

y cuando el mandato indique que el cumplimiento debe darse en forma progresiva.

4.2 Jurisdicción de seguimiento de sentencias del Tribunal Constitucional o Sistema de Supervisión de sentencias del Tribunal Constitucional.

Como parte de la justicia dialógica o del denominado constitucionalismo dialógico es que en nuestro país se ha optado por instaurar un modelo de jurisdicción de seguimiento de sentencias del Tribunal Constitucional, al advertir de casos en los cuales se mantenía la situación de precariedad constitucional de la materia analizada a pesar de que existían sentencias en los que se habían hecho exhortaciones o se había declarado un estado de cosas inconstitucional (ECI).

498

Existen decisiones jurisdiccionales constitucionales en las cuales no es posible que sea otro órgano o entidad estatal los que supervisen y hagan posible el cumplimiento de dichas decisiones, toda vez que han sido dictadas en única y exclusiva instancia por el mismo Tribunal Constitucional. Nos referimos básicamente a dos de los procesos constitucionales dispuestos en el artículo 202 de la Constitución, el proceso de inconstitucionalidad y el conflicto competencial. Así, siendo el Tribunal Constitucional el órgano que decide en dichos casos de manera exclusiva y excluyente, resulta lógico sostener que sea dicho órgano el que se encargue de impulsar la ejecución de las sentencias que se dictan en los referidos procesos; no obstante, ha sucedido que pese a que existían mandatos precisos y concretos, sea a través de exhortaciones o a través de órdenes, las entidades a quienes se dirigían dichos mandatos no les daban cumplimiento o lo hacían de manera tardía, prolongado, de este modo, el estado de cosas inconstitucional o la situación de inconstitucionalidad.

De otro lado, a partir del desarrollo jurisprudencial de figuras como la denominada “sentencia estructural” y el “estado de cosas inconstitucional”, se ha hecho necesario crear un sistema de supervisión de este tipo de situaciones y sentencias, no solo porque estamos ante decisiones cuyo cumplimiento es muy complejo, sino además porque en virtud de la experiencia trazada por el Tribunal Constitucional desde que empezó a dictar

dichos fallos en el año 2004¹⁹, en diversas ocasiones, no se tuvo éxito alguno, como los casos en los que se sentenció respecto del derecho a la salud mental de personas privadas de su libertad o en temas de hacinamiento en centros penitenciarios²⁰.

Ahora bien, mucho depende de la estructura de dichas figuras. Así, la sentencias estructurales son aquellas decisiones judiciales que procuran remediar violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de las personas y en los que el alto tribunal de justicia constitucional ordena a las autoridades políticas el diseño y la implementación de políticas públicas (Gutiérrez, 2018), mientras que el “estado de cosas inconstitucionales”, recae en aquella determinada situación que es constatada por un alto tribunal de justicia, y es usada como un mecanismo cuyo objeto no es únicamente la defensa subjetiva de los derechos fundamentales, sino y sobre todo, la defensa objetiva de aquellos, en la que el tribunal declara que existe una situación que lesiona, de manera sistémica y permanente, el ejercicio de los derechos de un número amplio de personas que, en su mayoría, no instauraron la demanda, y en el que advierte conflictos estructurales, motivo por el cual resulta necesario involucrar a otros poderes públicos para adoptar las medidas que tiendan a superar dicho estado de cosas (Vargas, 2003).

499

La complejidad deviene principalmente de la naturaleza de los efectos de las sentencias estructurales, los que son *erga omnes*, esto es, se amplían los alcances de la sentencia respecto de las personas que a pesar de no haber interpuesto la demanda, se encontraban en la misma situación de desprotección grave de derechos, con lo cual, para lograr el éxito en el cumplimiento de los remedios dispuestos se hace necesario una labor de coordinación constante entre diversos órganos estatales a fin de verificar la capacidad presupuestaria, la capacidad logística, la capacidad organizativa y el esfuerzo humano y material para lograr mayores niveles en los resultados.

Fue así que para dar un mejor impulso en la ejecución de las sentencias de los procesos de inconstitucionalidad, conflicto competencial o de tutela de

¹⁹ El primer caso en el que se declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional fue a raíz de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional del Perú recaída en el Expediente 02579-2003-PHD del 6 de abril de 2004, caso Arellano Serquén, sobre acceso a la información pública.

²⁰ Al respecto puede verse un trabajo mío en esta misma editorial: “Las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional peruano en el ámbito de los derechos socioeconómicos: salud y educación”.

derechos en los que se declara un estado de cosas inconstitucional y se expide una sentencia estructural es que el Pleno del Tribunal Constitucional creó, primero, en noviembre de 2017, una Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de Sentencias del Tribunal Constitucional, a fin de que se encargue de coadyuvar en la supervisión del cumplimiento de las sentencias y demás decisiones definitivas de dicho órgano constitucional, con especial énfasis en los casos en que se haya hecho exhortaciones a los poderes públicos y a los particulares o se haya declarado estado de cosas inconstitucional. Dicha creación se vio formalizada a través de la Resolución N° 054-2018-P/TC, de fecha 5 de marzo de 2018, y el 13 de junio de 2020, se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Resolución Administrativa 065-2020-P/TC, por la que se reglamentó el Sistema de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias del Tribunal Constitucional, que incluye un sistema de audiencias públicas, pedidos de informes y expedición de resoluciones respecto del cumplimiento de las sentencias. Incluso a la fecha se advierte²¹ cuatro asuntos sobre los que ya han habido algunos avances: (i) Expediente 00889-2017-PA/TC (caso María Antonia Díaz Cáceres de Tinoco - Quechuahablante en Carhuaz), (ii) Expediente 00853-2015-PA/TC Caso Marleni Cieza Fernández y otro (educación rural en zonas de extrema pobreza), (iii) Expediente 04007-2015-HC/TC M. H. F. C. (salud mental de personas internadas en establecimientos penitenciarios) y (iv) Expediente 05436-2014-HC/TC (hacinamiento penitenciario).

V. CONCLUSIONES.

- Nuestro sistema jurídico, tanto normativa como jurisprudencialmente, ha acogido un modelo de jurisdicción constitucional en el que efectivamente intenta optimizar el derecho a la debida ejecución de las sentencias constitucionales a través de la creación y adopción de algunas herramientas, figuras y mecanismos como las descritas y analizadas en el presente trabajo: la actuación inmediata de sentencia, el recurso de apelación por salto y el Sistema de Supervisión de las sentencias del Tribunal Constitucional. Sin perjuicio de que ello sea suficiente o no, lo loable es que ha habido un desarrollo más del lado de la jurisprudencia

²¹ Vía consulta en el portal web del Tribunal Constitucional – supervisión de sentencia – causas sujetas al seguimiento.

respecto de los alcances y de la aplicabilidad de dichos mecanismos, pese a la escueta regulación sobre la materia.

- Uno de dichos mecanismos es reciente en nuestro país, se trata del Sistema de Supervisión de las sentencias del Tribunal Constitucional, el que a la fecha ha realizado seguimiento en cuatro asuntos de alta complejidad sobre sentencias en los que se ha declarado un estado de cosas inconstitucional; no obstante, sigue siendo insuficiente cuando se verifican los resultados de ello. A esto se suma, la falta de voluntad de quienes conforman los colegiados del Alto Tribunal para hacer efectivos los derechos declarados vulnerados en cada uno de dichos asuntos, sea por la razón que sea, lo que menoscaba no solo el pleno ejercicio de aquellos, sino también la institucionalidad del Tribunal Constitucional para ejecutar sus propias sentencias.
- Lo mismo ocurre respecto de las sentencias en los que se ha ejercido control normativo, por ello, será determinante el impulso que se le pueda dar al sistema de supervisión creado para tales efectos.
- En lo atinente al mecanismo de la actuación inmediata de sentencias de primera instancia, debe tenerse presente, en estricto, los presupuestos tanto a nivel de la normativa pertinente así como lo desarrollado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional, establecidos para su procedencia y aplicación y evitar, por un lado, errores judiciales en los supuestos en los que no cabía aplicar dicha figura y, por otro, tener en cuenta las consecuencias de no aplicarla en los asuntos en los que, en definitiva, corresponda hacerlo, pues a consecuencia de esto último podría devenir la sustracción del hecho y el menoscabo del derecho fundamental.

VI. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS.

Cairo, O. (2001). *La apelación de la sentencia en el amparo*. Palestra editores.

Chiovenda, G. (1999). *Curso de derecho procesal civil*, vol. 6. Oxford University Press.

García, D. y Eto, G. (2008). Efectos de las sentencias constitucionales en el Perú. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (12).

García, V. (2013). La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el examen de Constitucionalidad y el modelo de Control Derivado y sinérgico. En: *Derecho y Sociedad*, 40, pp. 13-37.

Grandez, P. (2007). La ejecución de las sentencias en los procesos de tutela de derechos: Las lecciones de la Corte Suprema norteamericana. *Palestra del Tribunal Constitucional*, (12). Palestra editores.

Gutiérrez, A. (2018). *El amparo estructural de los derechos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales - CEPC.

Landa, C. (2018). *Derecho Procesal Constitucional*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica.

Monroy, J. (2001). La actuación de la sentencia impugnada. *Themis*, 43, pp. 19-43.

Rojas, J. (2010). Actuación inmediata de la sentencia en el proceso de amparo. Fundamento, objetivos y presupuestos procesales. En: *Actualidad Jurídica de Gaceta Jurídica*, 198, pp. 153-162.

Sánchez, S. (2020). Las sentencias estructurales del Tribunal Constitucional peruano en el ámbito de los derechos socioeconómicos: salud y educación. En: *Ius Et Veritas*, 60, pp. 146-158. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202001.007>

Vargas Hernández, C. (2003). La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: El llamado "Estado de cosas inconstitucional". *Estudios Constitucionales*, 1(1), pp. 203-228. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010111>

STC 00015-2001-AI, 00016-2001-AI y 0004-2001-AI (acumulados).

STC 00024-3003-AI/TC.

STC 4119-2005-AA/TC.

RTC 000168-2007-Q/TC.

RTC 00201-2007-Q/TC.

STC 00004-2009-PA/TC.

STC 04404-2018-PHC/TC.

STC 00607-2009-AA/TC.

STC 00003-2013-AI/TC, 00004-2013-AI/TC y 00023-2013-AI/TC
(acumulados).

STC 0025-2013-PC/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-
P1/1C (acumulados).

STC 05436-2014-HC/TC.

STC 00853-2015-PA/TC.

STC 04007-2015-HC/TC.

STC 00889-2017-PA/TC.

La jurisdicción internacional y su regulación en el Nuevo Código Procesal Constitucional. Aspectos problemáticos

International jurisdiction and its regulation in the New Constitutional Procedural Code. Problematic aspects

✍ CAROLINA LOAYZA-TAMAYO¹

Resumen

El presente artículo realiza un análisis de la regulación de la jurisdicción internacional en el Nuevo Código Procesal Constitucional de Perú. La autora realiza una crítica con respecto a la regulación actual, señalando los aspectos en los cuales no cumple con los estándares internacionales de derechos humanos y no garantiza el acceso efectivo a la justicia internacional. Asimismo, hace mención a los aspectos problemáticos que la regulación presenta, como son la imprecisión temporal con relación al acceso a los organismos internacionales que sean constituidos en el futuro, la falta de regulación con respecto al cumplimiento de las decisiones de los organismos internacionales no jurisdiccionales, y la búsqueda de un procedimiento de ejecución de sentencias supranacionales con criterios celeridad y sencillez y enfocado en la víctima.

Palabras clave

Derechos humanos, Nuevo Condigo Procesal Constitucional, jurisdicción internacional, proceso de ejecución. organismos internacionales, organismos internacionales no jurisdiccionales

¹ Abogada. Máster en Justicia Penal Internacional- Universitat Rovira i Virgili. Fundación URV. Con estudios de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos y de Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Abstract

This article analyzes the regulation of international jurisdiction in the New Constitutional Procedural Code of Peru. The author criticizes the current regulation, pointing out the aspects in which it does not comply with international human rights standards and does not guarantee effective access to international justice. The author also mentions the problematic aspects that the regulation presents, such as the temporal imprecision regarding the access to international bodies that may be established in the future, the lack of regulation with respect to compliance with the decisions of non-jurisdictional international bodies, and the search for a procedure for the enforcement of supranational judgments with criteria of speed and simplicity and focused on the victim.

Keywords

Human rights, New Constitutional Procedural Code, international jurisdiction, enforcement process, international organizations, non-jurisdictional international organizations

Sumario

505

I. CONSIDERACIONES GENERALES. II. EL PROCESO DE REGLAMENTACIÓN INTERNA DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO AL ACCESO A LA JUSTICIA INTERNACIONAL. III. DE LA REGLAMENTACIÓN DEL ARTÍCULO 205 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993. IV. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS QUE PRESENTAN LOS ARTÍCULOS 122 Y 123 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL REGLAMENTARIOS DEL ARTÍCULO 205 DE LA CONSTITUCIÓN. V. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES GENERALES.

Mediante el artículo 56 de la Carta de Naciones Unidas (ONU) todos los Estados miembros se comprometieron a promover el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; así

como a efectivizarlas². En el marco de este compromiso, los Estados celebraron tratados de derechos humanos, v.g. el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos humanos -en adelante el Pacto y la Convención Americana respectivamente-, estableciendo la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos³, e incorporando un sistema de supervisión de las obligaciones basado en órganos y mecanismos internacionales jurisdiccionales o cuasi

² **Artículo 56**

Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55.

Artículo 55

Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

1. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;
2. la solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la cooperación internacional en el orden cultural y educativo; y
3. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

³ Véase el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos - Artículo 2

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. (...)

Convención Americana sobre Derechos Humanos - Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. (...)

jurisdiccionales con competencia para recibir denuncias individuales de cualquier individuo que haya sufrido violación de sus derechos humanos en los territorios de cualquiera de los Estados parte y que haya agotado los recursos internos. De esta forma puede acceder a la justicia internacional, v.g. el Comité de Derechos Humanos⁴ la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos⁵ -en adelante el Comité, la Comisión o Comisión Idh y la Corte o Corte Idh, respectivamente-.

El fundamento de la existencia de organismos internacionales de protección de los derechos humanos obedece a la necesidad de proporcionar a todo individuo un mecanismo al que pueda recurrir cuando, habiendo sido violados sus derechos humanos por los órganos o agentes del Estado del que es nacional, o del que se encuentre bajo su jurisdicción, no haya alcanzado protección o reparación de los daños en las instancias nacionales; lo que no implica la sustitución de las instancias nacionales.

La creación de estos organismos ha significado el reconocimiento de la capacidad procesal internacional de los individuos en materia derechos humanos y su derecho al acceso a la justicia internacional.

507

Si bien, otros tratados también reconocen *ius standi* a personas naturales y jurídicas⁶ para acudir a sus organismos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales para la protección de derechos reconocidos en el marco de esos tratados, v.g. el Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1996), ante el cual se pueden ejercer las acciones de nulidad, cumplimiento, interpretación prejudicial, o recursos de omisión o inactividad, en el marco de la integración económica subregional andina

⁴ Respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el sistema de peticiones individuales se implementó a través de su Protocolo Facultativo adoptado en 1966, <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-international-covenant-civil-and-political>. Con relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptado en 1969, el sistema de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se implementó en los artículos 41.f y 44; y la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el artículo 51.1.

⁵ La Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptado en 1969, el sistema de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se implementó en los artículos 41.f y 44; y la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el artículo 51.1.

⁶ Si bien, la Constitución no reconoce derechos fundamentales a las personas jurídicas, el Tribunal Constitucional se los reconoció en su sentencia recaída en el Expediente 4972-2006-PA/TC Corporación Meier SAC de 4 de agosto de 2006).

(artículos 19, 25 y 37); en el presente trabajo, no nos referiremos a este tipo de organismos internacionales de naturaleza económica o similar.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el acceso a la justicia internacional prevé un sistema de denuncias individuales a cargo de la Comisión que puede concluir con un Informe sobre el fondo y recomendaciones al Estado denunciado, o con el sometimiento del caso a la Corte⁷, que en su oportunidad dictará una sentencia determinando la responsabilidad o no del Estado y estableciendo de ser el caso reparaciones en favor de las víctimas.

El Estado peruano en cumplimiento de las obligaciones asumidas en los sistemas universal y regional de protección de los derechos humanos, desde el año 1959 ha venido adoptando un conjunto de medidas legislativas. El presente artículo se referirá de modo general a ese proceso, y analizará la legislación vigente que regula la jurisdicción internacional y el cumplimiento de sus decisiones en el ámbito interno peruano, específicamente el Nuevo Código Procesal Constitucional -en adelante el NCPCo-.

II. EL PROCESO DE REGLAMENTACIÓN INTERNA DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS RESPECTO AL ACCESO A LA JUSTICIA INTERNACIONAL.

En el marco de las obligaciones internacionales asumidas por el Perú en la Carta de Naciones Unidas de asegurar el respeto de los derechos humanos, nuestro país no solo “aprobó” la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁸ mediante la Resolución Legislativa N° 13282 de 9 de diciembre de 1959⁹, sino que incorporó en la Constitución Política de 1979 el catálogo de derechos allí enunciados y consagró por primera vez en una carta magna la subjetividad internacional de individuo y su capacidad procesal internacional (artículo 2°).

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 51.

⁸ Aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

⁹ https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/diff/iiv/sistemauniversal_onu/1_ResolucionLegislativa_13282_DUDDHH.pdf

El artículo 305 de la citada Constitución, reconoce a los individuos el derecho a recurrir a las instancias internacionales -tribunales y organismos internacionales constituidos en los tratados de los que el Perú es parte-¹⁰, en los siguientes términos:

Agotada la jurisdicción interna, quien se considera lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que se es parte el Perú.

La Constitución Política del Perú vigente (1993) regula en términos similares la jurisdicción internacional en el marco de los procedimientos relacionadas a las acciones de garantía constitucional y al Tribunal Constitucional (Título V, artículos 200 a 205):

Artículo 205. Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.

509

La obligación de agotar los recursos internos se basa en el principio consagrado en el artículo 46.1 de la Convención Americana, de que todo Estado debe estar en condiciones de reparar por sí mismo y dentro del marco de su sistema jurídico interno toda violación a los derechos humanos que se presente en su territorio (CIDH, Informe N° 39/96 Caso 11.673, Argentina, 15 de octubre de 1996. Caso Marzióni, párr. 48-49. , 1996, p. 89), antes de acudir a la jurisdicción internacional (CIDH, Informe N° 15/89 Caso 10.208,

¹⁰ Además de los organismos constituidos en tratados de derechos humanos, otros organismos también reconocen *ius standi* a personas naturales y jurídicas, v.g. el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, ante la cual se pueden ejercer las acciones de nulidad, cumplimiento, interpretación prejudicial, o recursos de omisión o inactividad, en el marco de la integración económica subregional andina (Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad, 1996, artículos 19, 25 y 37) que no exige agotamiento de los recursos internos. Si bien, la Constitución no reconoce derechos fundamentales a las personas jurídicas, el Tribunal Constitucional se los reconoció puntualizando que “(...) que tal consideración no significa ni debe considerarse como que todos los atributos, facultades y libertades reconocidos sobre la persona natural sean los mismos que correspondan a la persona jurídica” (Expediente 4972-2006-PA/TC Corporación Meier SAC de 4 de agosto de 2006). En la presente ponencia, no nos referiremos a este tipo de organismos internacionales de naturaleza económica o similar.

República Dominicana, 14 de abril de 1989, párr.5., 1989, p. 122)¹¹. Ello supone la obligación del Estado de proporcionar recursos disponibles y eficaces para remediar la situación denunciada (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1990, párr.41). En palabras del juez Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado,

(...) el acceso al sistema interamericano se halla condicionado al previo agotamiento de los recursos del orden interno. Se espera que éstos resuelvan el litigio, remediando la violación cometida, de ser el caso. Sólo cuando esto no ocurra, quedará franca la opción por la vía internacional. De ahí la importancia de la jurisdicción interna, que tiene carácter prioritario con respecto a la internacional. Esta sólo actúa de manera subsidiaria (Corte Interamericana de Derechos Humanos (2003), Voto p. 2).

III. DE LA REGLAMENTACIÓN DEL ARTÍCULO 205 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993

510

Una norma reglamentaria es el ordenamiento jurídico que desarrolla, precisa y sanciona uno o varios preceptos de la Constitución, con el fin de enlazar los conceptos y construir los medios necesarios para su aplicación (Fraga, 2012). Tratándose de un derecho, su reglamentación se dirige a la forma en que dicho derecho debe ser ejercido. De acuerdo a la Constitución vigente, corresponde al Presidente de la República ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones (artículo 118.8).

El nuevo Código Procesal Constitucional – NCPCo aprobado por la Ley N° 30307 reglamenta el artículo 205 de la Constitución, en el Título VIII, artículos 122 a 124¹². Los artículos 122 y 123 serán materia de nuestro

¹¹ CIDH. Informe N° 15/89 Caso 10.208, República Dominicana, 14 de abril de 1989, párr.5. En CIDH. Informe Anual 1988-1989, p. 122.

¹² Código Procesal Constitucional de 2004 derogado por la Ley 31307 regulaba el artículo 205 de la Constitución en los artículos 114 a 116.

análisis; y sus textos son similares a los de los artículos 114 y 155 del Código Procesal Constitucional (2004) derogado, con mínimas diferencias¹³.

El artículo 122 identifica a los “organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución, o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano”; mientras que el artículo 123 precisa que decisiones de los organismos internacionales son materia de ejecución, y el procedimiento a observarse. Dichos artículos a la letra dicen:

Artículo 122.- Organismos internacionales competentes

Para los efectos de lo establecido en el artículo 205 de la Constitución, los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución, o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, son: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú.

511

Artículo 123. Ejecución de resoluciones

Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado

¹³ Código Procesal Constitucional. Artículo 114.- Organismos internacionales competentes Para los efectos de lo establecido en el artículo 205 de la Constitución, los organismos internacionales a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución, o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, son: el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú.

Artículo 115.- Ejecución de resoluciones Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quién a su vez, las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente, de conformidad con lo previsto por la Ley N° 27775, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales.

peruano no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores, al presidente del Poder Judicial, quien, a su vez, las remite al Tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente, de conformidad con lo previsto en las leyes que regulan el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales.

Se puede observar que el artículo 205 de la Constitución utiliza los términos tribunales y organismos internacionales, mientras que los artículos 122 y 123 del NCPCo utilizan el término “organismos”, el primero con el adjetivo “internacionales”, y el segundo con el de “jurisdiccionales”. Así, el término “organismos internacionales” se configura como el género, y el término “organismos jurisdiccionales”, limitando el alcance de la norma constitucional.

512

Asimismo, el artículo 122 se refiere a los organismos internacionales cuya competencia ha sido aceptada por el Perú, y a los que cualquier persona puede recurrir, sin mencionar a los tribunales internacionales. Mientras que el artículo 123 regula el cumplimiento de las decisiones de los organismos jurisdiccionales, como es el caso de la Corte Idh¹⁴.

El artículo 122 identifica de forma expresa a dos organismos internacionales en materia de derechos humanos: el Comité de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituidos por el Pacto y su Protocolo Facultativo; y la Convención Americana, respectivamente. Y, de manera general se refiere a otros organismos internacionales, los “que se constituyan en el futuro” y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú.

Pasaremos ahora a analizar los aspectos problemáticos que consideramos planean los acotados artículos

¹⁴ Como es el caso del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

IV. ASPECTOS PROBLEMÁTICOS QUE PRESENTAN LOS ARTÍCULOS 122 Y 123 DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL REGLAMENTARIOS DEL ARTÍCULO 205 DE LA CONSTITUCIÓN.

a. De los organismos internacionales que se creen en el futuro aprobados por tratados de los que sea parte el Perú

Un primer aspecto que se observa es que refiere que los organismos internacionales “se aprueban” por tratados. Al respecto debemos señalar que, de acuerdo a la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, lo que se aprueba, ratifica, acepta, etc., son los tratados, cuyo artículo 2 dispone: “b) se entiende por “ratificación”, “aceptación”, “aprobación” y “adhesión”, según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado. (artículo 2.b). Mientras que los organismos internacionales son creados o constituidos por tratados que además los regulan.

“y aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú.

a los que puede recurrir cualquier persona que se considere lesionada en los derechos reconocidos por la Constitución, o los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano”.

513

Un segundo aspecto se refiere al recurso por cualquier persona que se considere lesionada en sus derechos humanos a “otros” organismos internacionales que se constituyan en el futuro por tratados que obliguen al Perú. Esta frase incorpora un elemento temporal al extender la aplicación de la norma a organismos aún no creados o constituidos, que, aunque no impide que se pueda acceder a dichos organismos, podrían plantear problemas respecto a las decisiones de los mismos en el ámbito interno.

Cabe preguntarse respecto del término futuro, si se refiere a ¿los organismos internacionales constituidos con posterioridad a la Constitución de 1979¹⁵?, ¿a la Constitución de 1993?, ¿al Código Procesal Constitucional de 2004?, o ¿al nuevo Código Procesal Constitucional del presente año

¹⁵ Dado que el artículo 205 de la Constitución de 1993, reitera el texto del artículo 305 de la Constitución de 1979. Véase nota 1.

(2021)? Esta situación plantea situaciones que podrían presentarse, al menos respecto del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, porque en la práctica ya se ha recurrido a organismos cuya competencia fue aceptada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 y antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional de 2004.

El Perú es parte de diversos tratados de derechos humanos en los que ha reconocido la competencia de este tipo de organismos para conocer de denuncias individuales, después de la adopción de la Constitución de 1979 y antes de la aprobación de la Constitución de 1993; como es el caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial - CERD, es decir el 27 de noviembre de 1984¹⁶. Nuestro país aceptó el 9 de abril del 2001 la competencia del Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – CEDAW, después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 y antes de la promulgación del Código Procesal Constitucional del 2004¹⁷. Sin embargo, ello no fue óbice para que se presentara una denuncia ante ella, el 18 de junio de 2009, el caso L. C. c. Perú y fuera objeto de Dictamen el 17 de octubre de 2011.

Esta situación nos lleva a considerar la necesidad de una revisión del texto del artículo 122 para superar la imprecisión temporal.

513

b. Del carácter no ejecutable de las decisiones de los organismos internacionales no jurisdiccionales

El Artículo 123 regula la ejecución de resoluciones de los organismos internacionales. El texto de dicho artículo se refiere solo a la ejecución de las

¹⁶ El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial – CERD, fue constituido en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (7 de marzo de 1966), suscrito por el Perú el 22 de julio de 1966, ratificado el 29 de setiembre de 1971, y reconocida la competencia del Comité el 27 de noviembre de 1984 para recibir peticiones y denuncias individuales.

¹⁷ El Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – CEDAW (en sus siglas en inglés) fue constituido en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada el 18 diciembre de 1979 y suscrita por el Perú el 23 de julio de 1981 y ratificada el 13 de setiembre de 1982; se le otorgó competencia para recibir peticiones y denuncias individuales mediante Protocolo facultativo adoptado el 6 de diciembre de 1999, suscrito por el Perú el 22 de diciembre de 2000 y ratificado el 9 de abril de 2001.

decisiones jurisdiccionales, excluyendo a las resoluciones o decisiones de los demás organismos internacionales, cuya competencia también fue aceptada por el Estado peruano, y a que se refiere en el artículo precedente.

Tanto el Comité de Derechos Humanos como la Comisión Interamericana, cuyas competencias han sido aceptadas por el Estado peruano, están facultadas de modo expreso, para recibir y considerar peticiones o comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en Pacto y la Convención Americana, respectivamente. Estos órganos tramitan estas denuncias a través de un procedimiento que concluyen con dictámenes en el caso del Comité de Derechos Humanos, e Informes en el caso de la Comisión, que incluyen conclusiones sobre las obligaciones del Estado y recomendaciones al Estado parte.

A. Fundamentos jurídicos de la ejecutabilidad de las decisiones de los organismos internacionales a que se refiere el artículo 205 de la Constitución

Si bien ambos organismos internacionales no desempeñan las mismas, funciones de un órgano judicial, sus dictámenes o decisiones presentan algunas características de una decisión judicial, y los Estados partes “han de utilizar todos los medios que estén a su alcance para dar efecto a los dictámenes...” (Comité de Derechos Humanos, 2008, párr. 11)¹⁸. Ello basado en que, tanto en el Pacto como la Convención Americana, los Estados partes se han comprometido a garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción, el libre y pleno ejercicio de sus derechos y libertades sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, Artículo 1.1). Asimismo, se comprometen, si el ejercicio de los derechos no estuviere garantizado a adoptar medidas legislativas o de otro carácter para hacerlos efectivos (Convención Americana

¹⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General 33: “11. Aunque la función desempeñada por el Comité de Derechos Humanos al examinar las comunicaciones individuales no es, en sí misma, la de un órgano judicial, los dictámenes emitidos por el Comité de conformidad con el Protocolo Facultativo presentan algunas de las principales características de una decisión judicial. Se emiten con espíritu judicial, concepto que incluye la imparcialidad y la independencia de los miembros del Comité, la ponderada interpretación del lenguaje del Pacto y el carácter determinante de las decisiones”.

sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 2). En esa misma línea, el Estado se compromete a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión que haya estimado procedente el recurso que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 25.2.c.).

El carácter vinculante de las decisiones de organizaciones internacionales, se fundamenta en los principios *Pacta sunt servanda* y Buena fe, consagrados en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, de la que el Perú es un estado parte. El Comité de Derechos humanos (2008) ha utilizado la siguiente redacción en los casos que ha constatado la existencia de una violación:

De conformidad con el párrafo 3 a) del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar al autor un recurso efectivo. Al pasar a ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación. A este respecto, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el dictamen del Comité. (párr.14).

A la fuerza del principio *Pacta sunt servanda*, el Comité de Derechos Humanos (2008), ha agregado, que,

15. El carácter de los dictámenes del Comité dimana también de la obligación de los Estados partes de actuar de buena fe, tanto cuando participan en el procedimiento previsto en el Protocolo Facultativo como en relación con el propio Pacto. La obligación de cooperar con el Comité resulta de la aplicación del principio de la buena fe en el cumplimiento de todas las obligaciones convencionales (párr. 15).

B. De la naturaleza ejecutable de las decisiones de los organismos internacionales a que se refiere el artículo 205 de la Constitución

El cumplimiento de las decisiones de los organismos internacionales no jurisdiccionales no se encuentra regulada ni en el artículo 122 ni en el artículo 123 del Código Procesal Constitucional, por lo que no serían posible ejecutarlas a nivel interno. Si ello fuera así, nos preguntamos, ¿cuál sería la razón de reconocer el derecho de acceso a la justicia internacional en materia de derechos humanos de esos organismos internacionales cuya competencia ha sido aceptada por el Perú?

Aceptar que, agotada la jurisdicción interna, toda persona que se considere lesionada en sus derechos fundamentales, tiene el derecho a recurrir a organismos internacionales que tienen competencia para recibir denuncias o peticiones individuales, que suponen una decisión de las mismas que contienen recomendaciones, y no regular el cumplimiento de dichas decisiones, deja a la norma constitucional vacía y sin contenido respecto a su propósito de proteger los derechos humanos que la Constitución y los tratados reconocen, perdiendo su carácter de efecto útil que le es propio. Las “normas vienen de la acción y vuelven a ella. Sin esa referencia práctica o conducta, las normas carecerían de sentido... lo que es manifiestamente absurdo” (Mantilla Pineda, 1956, pág. 496).¹⁹

517

De esta manera, el artículo 123 del nuevo Código Procesal Constitucional al restarle justiciabilidad a las decisiones de los organismos internacionales, estaría desnaturalizando la tutela judicial internacional en materia de derechos humanos que la norma constitucional consagra en su artículo 205. Por lo que el NCPCo. falla en su reglamentación y efectúa una interpretación restrictiva de la misma y en contra del Principio pro persona.

c. Remisión de la ejecución de las decisiones de los organismos jurisdiccionales supranacionales a las normas ejecución de sentencias nacionales. Del incumplimiento de las sentencias.

¹⁹ "Comportarse de cierta manera dice MIGUEL REALE, es someterse a una norma; es integrar, en el proceso de la acción la pauta que marca su razón de ser. Por tales motivos no podemos comprender el estudio de las reglas jurídicas o morales como simples entidades lógicas, como meras nociones, sin referencia necesaria al problema de la acción, al problema de la realidad social".

Si bien, las decisiones de los organismos jurisdiccionales, como las de la Corte Idh, “no requieren, para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno”, se establece que es el órgano jurisdiccional “en última instancia” el responsable de su ejecución, “de conformidad con lo previsto en las leyes que regulan el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales”.

Una de las responsabilidades concretas del Estado respecto al derecho a la protección judicial en términos de la Convención Americana (artículo 25), es la de garantizar los medios necesarios -en tanto eficaces- “para ejecutar las decisiones y sentencias definitivas emitidas por las autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos”; siendo imprescindible “la adopción de medidas adecuadas y eficaces de coerción” por parte de las entidades estatales. Debido a que uno de los efectos de las sentencias es su “obligatoriedad o necesidad de cumplimiento”, lo contrario sería la negación misma del derecho involucrado” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Muelle Flores vs. Perú. Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 2019, párr. 123, 125, 128). La Corte Interamericana (2019) ha señalado que,

(...) en un ordenamiento basado sobre el principio del Estado de Derecho todas las autoridades públicas, dentro del marco de su competencia, deben atender las decisiones judiciales, así como dar impulso y ejecución a las mismas sin obstaculizar el sentido y alcance de la decisión ni retrasar indebidamente su ejecución (párr. 127).

El perito Christian Courtis, citado por la Corte Interamericana en el caso Muelle Flores (2019), destacó que, el cumplimiento efectivo judiciales cobra mayor importancia cuando este tipo de prestación es alimentaria y sustitutiva del salario, ya que de ello depende el derecho a una vida digna o a un nivel de vida adecuado y los derechos que le son interdependientes, a lo que suma, las especiales necesidades de protección de las personas adultas mayores y de las personas con discapacidad (párr. 147). Existiendo un deber reforzado de celeridad en lo que respecta a la obligación estatal de dar cumplimiento a las sentencias a favor de las personas mayores, debiéndoseles otorgar un tratamiento preferencial respecto del pago de reparaciones ordenadas a su favor (Corte Interamericana de Derechos Humanos,

Resolución Caso Trabajadores cesados de Petroperú y otros, 2022, párr. 36), caso contrario perdería su efecto útil.

Si bien, no existe discusión respecto al deber del Estado de cumplir con lo dispuesto en las sentencias de la Corte Idh, “afrontando las consecuencias de aquellas decisiones en las que dicho órgano supranacional ordena reparar a las víctimas de violaciones de sus derechos”, obligación que se deriva del artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pudiendo ejecutar la parte del fallo que disponga indemnización por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado (Tribunal Constitucional del Perú, 2020, FJ. 41), el artículo 123 del Código Procesal Constitucional dispone la ejecución de decisiones de conformidad con lo previsto en las leyes que regulan el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales. Es decir, presupone la existencia de una legislación *ad hoc*.

En el año 2002, se dictó la Ley 27775 - Ley que Regula el Procedimiento de Ejecución de sentencias supranacionales. Dicha ley estableció en su artículo 2°, un procedimiento *ad hoc* para la ejecución de dichas sentencias, en similares términos al artículo 123 - aunque con algunas diferencias. Así, se dispone para la ejecución que la sentencia supranacional se comunique²⁰ por el Ministerio de Relaciones Exteriores al presidente del Poder Judicial²¹ quien la remitirá al tribunal²² donde se agotó la jurisdicción interna, que dispone su ejecución por el “juez competente”²³. Al respecto, mediante Resolución Administrativa N° 089-2010-CE-PJ de 11 de marzo de 2010, se adoptaron las Medidas para implementar disposiciones establecidas en la legislación internacional y nacional con relación al cumplimiento de sentencias emitidas por tribunales internacionales en materia de derechos humanos, estableciéndose el Juzgado Especializado en Ejecución de Sentencias Supranacionales.

El artículo 123 al precisar que la ejecución de la sentencia supranacional debe ser conforme con lo previsto en las leyes que regulan el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales, sugiere la

²⁰ El artículo 2.a) de la Ley 27775 dice “transcriba”.

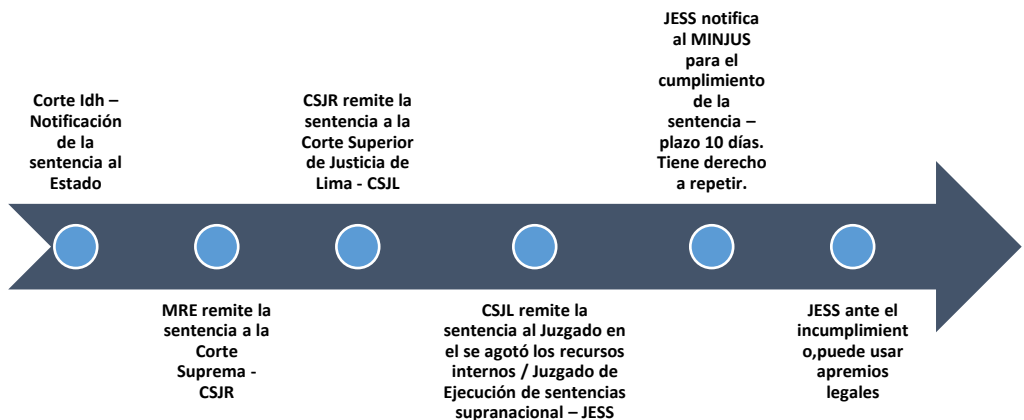
²¹ El artículo 2.a) de la Ley 27775 dice “presidente de la Corte Suprema”.

²² El artículo 2.a) de la Ley 27775 dice “Sala”.

²³ El artículo 2.a) de la Ley 27775 dice “Juzgado que conoció del proceso previo”.

existencia de un procedimiento *ad hoc*. La Ley N° 27775 dispuso que el juez²⁴ notifique al Ministerio de Justicia para que cumpla con el pago en el término de diez días (artículo 2.b). Esta disposición se caracteriza por su sencillez y rapidez, al observar un enfoque centrado en la víctima. Ello, sin perjuicio de reconocer al Ministerio de Justicia el derecho de repetición respecto de los responsables de las violaciones de los derechos humanos atribuidos al Estado en la sentencia supranacional (artículo 5°)²⁵.

Procedimiento - Cumplimiento de sentencias supranacionales - Ley 27775



²⁴ En la actualidad existe un Juzgado de ejecución de sentencias supranacional - JESS .

²⁵ Ley 27775, **Artículo 5°.- Derecho de repetición**

Fijada la responsabilidad personal de la autoridad, funcionario o empleado público que dio motivo al procesamiento internacional, el Estado representado por el Procurador correspondiente iniciará proceso judicial para obtener a su vez, el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le ha ocasionado.

Se han dictado disposiciones legales posteriores como el Decreto Legislativo N° 1068 (2008) y su Reglamento – en la actualidad derogadas-, y el Decreto Legislativo N° 1326 (2017) y su Reglamento en vigencia desde noviembre 2019, ambas sobre la defensa jurídica del Estado.

El artículo 22 del Decreto Legislativo N° 1068 (en vigencia desde el 28 de diciembre de 2008), dispone que, en sede interna, el sujeto pasivo obligado al pago de las indemnizaciones ordenadas al Estado Peruano mediante una sentencia internacional será la entidad o entidades que generaron el acto violatorio de los derechos humanos. El Consejo de Defensa Jurídica del Estado, órgano del Ministerio de Justicia, debe adoptar la decisión respecto de las entidades responsables del cumplimiento, “previo estudio y análisis de la sentencia”, tomando en cuenta la propuesta. Esto último, desconoce que las sentencias de la Corte Idh no requieren para su validez, eficacia, de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno, como lo señala el artículo 123.

521

La situación antes descrita se volvió más crítica, cuando se dispuso la suspensión temporal de todo acto relacionado al pago de las sentencias emitidas por tribunales internacionales hasta que la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria se pronuncie sobre la existencia de una antinomia normativa entre el Decreto Legislativo N° 1068 y la Ley N° 27775 con relación al órgano responsable de cumplir las sentencias de la Corte Interamericana respecto a las reparaciones pecuniarias²⁶; lo que fue confirmada por la citada Dirección (Consulta Jurídica N° 02-2018-JUS/DGDNCR).

De acuerdo al Tribunal Constitucional peruano, el inciso 6 del artículo 22 del Decreto Legislativo N° 1068 deroga “tácitamente” el procedimiento establecido en el artículo 2.b de la Ley N° 27775, específicamente respecto a quien es el obligado a cumplir las reparaciones dispuestas en la sentencia supranacional:

[l]os Procuradores Públicos deberán coordinar con los titulares de cada entidad el cumplimiento y ejecución de las sentencias contrarias a los intereses del Estado, debiendo elaborar anualmente un plan de cumplimiento que deberá ser aprobado por el Titular de la Entidad, quien asumirá con

²⁶ Oficio N° 4043-2017-JUS/CDJE de fecha 14 de diciembre de 2017.

recursos presupuestados de la Entidad correspondiente la ejecución de lo dispuesto en las resoluciones jurisdiccionales nacionales, extranjeras o de la Corte Supranacional (Tribunal Constitucional del Perú, 2020, Fj. 39).

De esta manera, se desconoce el plazo para el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana, reduciendo esta obligación a la de elaborar un plan anual de cumplimiento por la entidad que debe asumir su ejecución. Limitándose los procuradores públicos a “promover el cumplimiento en coordinación con los titulares de las entidades obligadas”, siendo estos últimos quienes asumen la ejecución de la obligación con sus recursos presupuestales (Tribunal Constitucional del Perú, 2020, Fj. 40); lo que de acuerdo al Tribunal Constitucional no supone desconocer que el Estado peruano tiene “un deber de cumplir con los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, pero sin afectar el funcionamiento de las entidades obligadas (Tribunal Constitucional del Perú, 2020, Fj. 41).

522

El Decreto Legislativo N° 1326 (2017) y su Reglamento - D.S. N° 018-2019-JUS, establecen un nuevo procedimiento para el pago de reparaciones económicas. Este procedimiento se inicia con la determinación de las entidades del Estado responsables de dar cumplimiento a las medidas de reparación por acuerdo resolutivo vinculante del Consejo Directivo de la Procuraduría General, debido a su **“falta de determinación mediante sentencia de la Corte IDH”**, con la finalidad de que “se pueda establecer las previsiones presupuestarias” por las entidades públicas responsables (artículo 61 del Reglamento) y la Procuraduría Pública Supranacional debe consignarlo en un aplicativo del Ministerio de Economía y Finanzas. Cabe precisar que a la Corte Idh no le corresponde determinar a las entidades responsables por no ser cuarta instancia, y que quien responde ante ella es el Estado como sujeto de derecho internacional.

El procedimiento establecido en el artículo 61.1 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1326 solo se aplica para el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana, mientras que las sentencias de los procesos que se siguen ante la Corte Internacional de Justicia, la Secretaría General y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, la Organización Mundial del Comercio, y de los acuerdos comerciales internacionales de los que el Perú es parte, se rigen por sus propias reglas.

La Ley N° 30137 - Ley que establece criterios de priorización para la atención del pago de sentencias judiciales,²⁷ regula el orden y las prioridades en el cumplimiento de las sentencias contrarias al Estado,²⁸ con el propósito de “reducir costos al Estado”. De acuerdo a esta ley, las víctimas de violaciones de derechos humanos se encuentran en el tercer nivel, y su prioridad se determina teniendo en cuenta aspectos como la fecha de notificación, la edad y los montos de la obligación; siendo los primeros los acreedores individuales cuyo saldo de acreencia sea hasta 5 Unidades Impositivas Tributarias - UIT²⁹, la cuarta prioridad es la de aquellos cuya acreencia sea mayor de 20 hasta 50 UIT, los últimos las acreencias superiores a 50 UIT; en este último caso, son pagadas “proporcionalmente al saldo disponible y al orden de prioridad antes señalado”. Teniendo en cuenta ello, las reparaciones dispuestas por la Corte Idh, estarían en la última prioridad en cuanto a los montos.

El Tribunal Constitucional sostiene que, el legislador “puede establecer condicionamientos constitucionales temporales y razonables al derecho de ejecución de las resoluciones judiciales”, estableciendo que “un plazo máximo de 5 años para que el Estado cubra proporcionalmente la totalidad de una obligación declarada en una resolución judicial” es razonable y por ende constitucional (Tribunal Constitucional del Perú, 2020, Fj. 44). Ese razonamiento desconoce los plazos establecidos en una sentencia, en este caso, de la Corte Interamericana en sus sentencias, y contraría lo dispuesto en el artículo 139° inciso 2 de la Constitución, que dispone que ninguna autoridad puede modificar sentencias ni retardar su ejecución. El Tribunal Constitucional estaría otorgando un trato privilegiado al Estado, respecto a sus acreencias que emanan de sentencias Interamericana que le son contrarias, en perjuicio de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

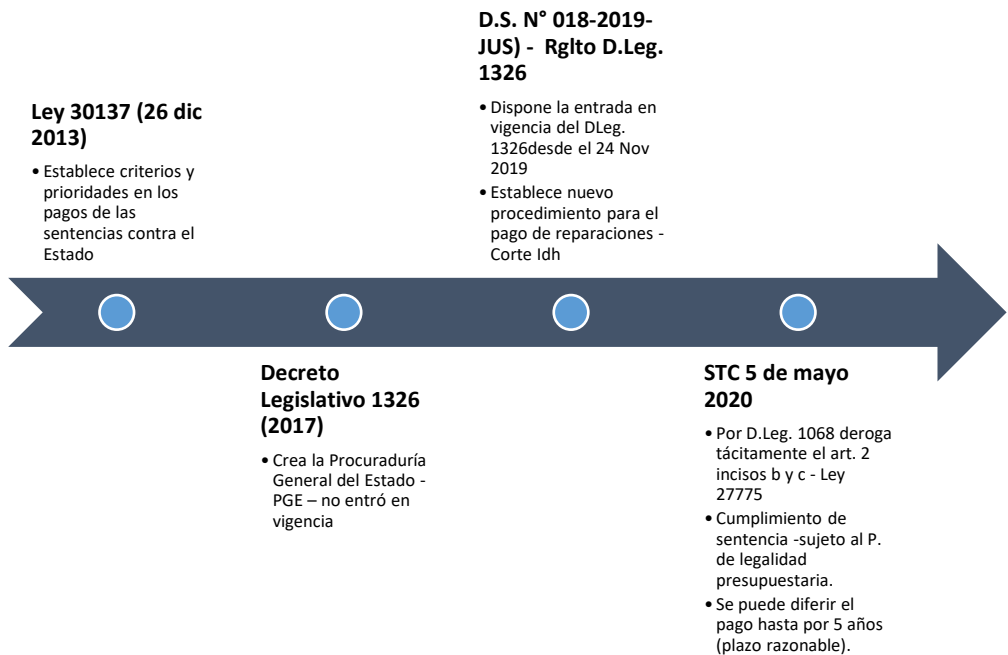
²⁷ Ley 30137 publicada en el Diario Oficial El peruano 27 de diciembre de 2013, modificada por la Ley 30841, artículos 2.1.3 y 2.2. <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/08/Ley-N%C2%B0-30137.pdf>

²⁸ De acuerdo al Tribunal Constitucional esta priorización de deudas es inevitable, resultando indispensable adoptar criterios objetivos. Expediente 00004-2016-PCC/TC, Sentencia de 5 de mayo de 2020, pár. 45. Véase también: Sentencia 0011-2014-PI/TC, fundamentos 54 y 47.

²⁹ Para el año 2021, el valor de la 5 Unidad Impositiva Tributaria ha sido establecido en S/4.400.

Lo antes señalado permite establecer que, a través de modificaciones legales, se ha complejizado el procedimiento de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana a la que se refiere el artículo 123 del NCPCo, interfiriendo en la labor del Juez de ejecución de sentencias supranacional.

Situación legal actual



Desde el año 2008 hasta el 2017, el Estado ha evidenciado un incumplimiento de las sentencias de la Corte Idh, en perjuicio de las víctimas-beneficiarias, como se puede apreciar del estado de cumplimiento de las sentencias de la Corte Idh, invocando ante este tribunal “razones de presupuesto” para justificar el retardo y la normativa vigente que impone un límite en el presupuesto anual. La Corte ha reiterado que “las normas de presupuesto no pueden justificar una demora durante años del cumplimiento de sentencias” (Resolución de 21 de junio de 2021, 2021, párr. 15).

Es evidente que el enfoque de la legislación nacional respecto al cumplimiento de las sentencias con calidad de cosa juzgada contrarias al Estado no se centra en las víctimas ni observan un enfoque de temporalidad, afectando el derecho a la protección judicial de la justicia supranacional.

V. CONCLUSIONES

La reglamentación de las normas constitucionales no debe transgredirlas ni desnaturalizarlas, en tanto, su objeto es desarrollar, precisar y sancionar uno o varios preceptos de la Constitución, con el fin de enlazar los conceptos y construir los medios necesarios para su aplicación. El nuevo Código Procesal Constitucional reglamenta el artículo 205 de la Constitución en términos similares al Código Procesal Constitucional de 2004; y, las mínimas diferencias entre sus textos, no ha supuesto un avance que favorezca la aplicación de la norma constitucional en la línea del reconocimiento de la subjetividad jurídica internacional de los individuos y de la eficacia del acceso a la justicia internacional.

525

Los artículos 122 y 123 del Nuevo Código Procesal Constitucional requieren ser revisadas a efecto de superar los aspectos problemáticos que presentan como la imprecisión temporal respecto al acceso a los organismos internacionales que se constituyan en el futuro; la no regulación del cumplimiento de las decisiones de los organismos internacionales no jurisdiccionales cuya competencia ha sido aceptada por nuestro país; y el establecimiento de un procedimiento de ejecución de sentencias supranacionales con criterios de sencillez y rapidez y con enfoque en la víctima.

En el caso de los organismos jurisdiccionales, la validez y eficacia de sus decisiones no radica solamente en su reconocimiento, sino en su efectiva ejecución. En ese sentido, desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1068, y posteriormente del Decreto Legislativo N° 1326, estableciendo un nuevo procedimiento para el cumplimiento de las decisiones de los organismos internacionales jurisdiccionales en sede nacional, se ha afectado la eficacia de estas decisiones, en oposición a la garantía constitucional del derecho a la tutela judicial y al derecho a la protección judicial que consagra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que incide finalmente en el derecho al acceso a la justicia internacional que consagra el artículo 205 de la Constitución Política del Perú, que exige una revisión de sus normas reglamentarias.

BIBLIOGRAFÍA

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1989). *Informe N° 15/89 Caso 10.208, República Dominicana, 14 de abril de 1989, párr.5.* Informe Anual 1988-1989.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1996). *Informe N° 39/96 Caso 11.673, Argentina, 15 de octubre de 1996. Caso Marzioni, párr. 48-49.* . En CIDH. Informe Anual 1996.
- Comité de Derechos Humanos. (2008). *Observación General 33.* https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN33
- Congreso Democrático Constituyente. (1993). *Constitución Política del Perú de 1993.* Lima, Perú.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). Obtenido de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1990). *Opinión CONsultiva OC-11 Excepciones al agotamiento de los recursos in ternos (artículo 46.2.a y 46.2.b CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS).* https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cinco Pensionistas. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Voto Concurrente y Razonado del Juez Sergio García Rampírez, (28 de Febrero de 2003). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (19 de marzo de 2019). *Caso Muelle Flores vs. Perú. Sentencia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).* Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de 21 de junio de 2021, aso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y jubilados de la

Contraloría). Supervisión de cumplimiento (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de junio de 2021).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (9 de septiembre de 2022). Resolución Caso Trabajadores cesados de Petroperú y otros.

Fraga, G. (2012). *Derecho administrativo* (48a. - xxvi ed., Vol. Serie Doctrina Jurídica 651). México.

Mantilla Pineda, B. (1956). El derecho como hecho, valor y norma. (U. d. Antioquía, Ed.) Estudios de Derecho, 16(49). Obtenido de <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/336414>

ONU. (s.f.). *Organización de Naciones Unidas*. Recuperado el septiembre de 2022, de Organización de Naciones Unidas: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/chapter-9>

Tribunal Constitucional del Perú. (5 de mayo de 2020). *Caso del presupuesto de la Contraloría para el pago de obligaciones de dar sumas de dinero*. Obtenido de https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00004-2016-CC.pdf?fbclid=IwAR0Vv76ulJh16WPHX81LpjmskMZ9XuZ5HZX8MzmRkE_mCeNuVWLJ1d7a2PQ

SECCIÓN MISCELÁNEA

Los decretos de contenido legislativo en el derecho constitucional comparado

Legislative decrees in comparative constitutional law

✍ PABLO LUIS MANILI ¹

Resumen

En este trabajo estudiaremos la normativa y jurisprudencia vigentes en el derecho constitucional comparado respecto de los referidos decretos, siguiendo el orden cronológico de sanción de las distintas constituciones.

Esas normas reciben distintos nombres según el país de que se trate: decretos legislativos, decretos de urgencia, decretos de necesidad, decretos de necesidad y urgencia, etc.

Palabras clave

Parlamento, poder ejecutivo, Constitución, decretos, jurisprudencia.

529

Abstract

In this article, the authors will study the regulations and jurisprudence in force in comparative constitutional law regarding the aforementioned decrees, following the chronological order of sanction of the different constitutions.

These laws are called by different names, depending on the country in question: legislative decrees, emergency decrees, decrees of necessity, decrees of necessity and urgency, etc.

¹ Doctor y Posdoctor en Derecho. Profesor de derecho constitucional en grado, posgrado y doctorado de la Universidad de Buenos Aires, www.pablomanili.com.ar

Keywords

Parliament, executive power, Constitution, decrees, jurisprudence.

Sumario

I. INGLATERRA. II. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. III. PARAGUAY. IV. EL ESTADO PRUSIANO. V. ALEMANIA. VI. AUSTRIA. VII. CHECOESLOVAQUIA. VIII. ESPAÑA. IX. ITALIA. X. SUECIA. XI. GRECIA. XII. GUATEMALA XIII. BRASIL. XIV. COLOMBIA. XV. PERÚ. XVI. ECUADOR. XVII. ARGENTINA. XVIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INGLATERRA

El primer caso que se registra de una decisión del Poder Ejecutivo que invade la esfera legislativa ocurrió en Inglaterra²: en la causa “*Rex vs. Hampden*”, de 1637, se cuestionaban ciertos decretos firmados por el rey Carlos I, que habían creado contribuciones extraordinarias sin el consenso del Parlamento, con la excusa de la posibilidad de una guerra (no de su existencia actual, sino de la mera probabilidad). Cabe acotar que el Parlamento había sido disuelto por el propio monarca en 1629. Evidentemente esos decretos violaban el principio de *no taxation without legislation* contenido en la Carta Magna de 1215, por lo cual Hampden los cuestionó ante la *Exchequer Chamber*, la cual, con estrecha mayoría de 7 votos contra 5, convalidó la medida señalando que “*por la seguridad y defensa del reino, el rey puede cobrar impuestos a sus súbditos, a pesar de cualquier ley del parlamento, que una norma derogatoria de tal prerrogativa no es vinculante para el rey y que el rey puede prescindir de cualquier ley en caso de necesidad*” (énfasis agregado). Años más tarde, esos tributos fueron derogados por el Parlamento. La enseñanza que nos deja este fallo es limitada, puesto que, tratándose de un período en el cual el rey había disuelto el Parlamento, podríamos afirmar que era un período asimilable a los que aquí llamaríamos *de facto*, en los cuales no existe el poder legislativo. Pero sí deja

² Hemos tomado la cita de Diegues, Jorge A., “Decretos de Necesidad y Urgencia”, en *La Ley* 2012-C:806.

en claro que ese poder, una vez reinstalado, puede derogar ese tipo de decretos.

II. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

La invasión de la órbita legislativa por parte del Poder Ejecutivo fue una preocupación que estaba vigente ya en los albores del derecho constitucional. En *El Federalista* n° XLVII James Madison señalaba que “los departamentos legislativo, ejecutivo y judicial de ningún modo se hallan totalmente separados y diferenciados entre sí” sino que siempre existe “una intervención parcial en los actos del otro y cierto dominio sobre ellos”. No obstante, agregaba categóricamente que “El magistrado en el cual reside todo el poder ejecutivo no puede hacer una sola ley por sí solo, aunque puede oponer su veto a todas las leyes”.

En los Estados Unidos, su constitución de 1787 no los contempla. En la mayoría de los casos en los que el presidente se arrogó funciones legislativas, lo hizo utilizando la doctrina de “los poderes inherentes del presidente”, pero la Corte declaró la invalidez de lo actuado. Por ejemplo:

531

- En el caso “*Youngstown Sheet & Tube Co. V. Sawyer*”³ de 1952, se discutía la validez de un decreto presidencial que había ordenado tomar posesión de las fábricas de acero para terminar con una huelga que ponía en riesgo esa producción, la cual era necesaria para el país en el marco de la guerra contra Corea que se disputaba por entonces. Si bien había leyes que sometían la actividad de los sindicatos a control nacional y autorizaban al presidente a detener las huelgas si éstas ponían en peligro la salud pública o la seguridad nacional, la Corte de Distrito había dispuesto la anulación del decreto por entender que excedía esos poderes. El voto del juez Black, de la Corte Suprema, expresa “*En nuestro sistema constitucional, el poder del presidente para verificar que las leyes son lealmente ejecutadas refuta la idea de que él puede ser un legislador*”; “*los padres fundadores confiaron el poder de legislar al Congreso solamente, tanto en los tiempos buenos como en las emergencias*”⁴, Otro juez agregó: “*cuando el presidente actúa siguiendo una autorización expresa o tácita del Congreso, su poder y autoridad está al máximo... pero cuando actúa en ausencia de una delegación del Congreso o luego de una denegatoria del Congreso, sólo puede invocar sus poderes autónomos, pero allí hay una zona de penumbra*

³ 343 US 579

⁴ Voto del juez Black

en la que el congreso puede tener una autoridad concurrente o en la cual la distribución de competencias es incierta”⁵. La disidencia⁶ en cambio sostuvo que los antecedentes demostraban que “el presidente en muchas ocasiones exhibió su liderazgo, contemplado por los padres fundadores cuando lo erigieron como comandante en jefe y le impusieron el deber de cuidar que las leyes sean lealmente aplicadas. Con o sin autorización legislativa explícita, los presidentes, en esas ocasiones, han manejado las emergencias nacionales actuando pronta y resueltamente para ejecutar los programas legislativos”⁷; por lo cual concluyeron que el presidente había actuado dentro de sus facultades. Como se advierte, los argumentos de la mayoría que invalidó el decreto son de mayor contenido jurídico que los de la disidencia que lo convalidó. La segunda se basó más en los antecedentes fácticos que en argumentos jurídicos.

532

- Algunos autores⁸ mencionan el caso “*Dames & Moore vs. Reagan*”⁹, de 1981, como uno relacionado con decretos de tipo legislativo, pero como veremos a continuación no lo es. El caso fue así: en diciembre de 1979 se produjo un conflicto por la toma de rehenes en la embajada estadounidense en Irán y, como se sabía que Irán retiraría todos los depósitos de ese país en los bancos de los EEUU, el presidente Carter dispuso la inmovilidad de esos fondos, fundándose en la *International Emergency Economic Powers Act*. La firma actora demandó al gobierno de Irán y a ciertos entes y bancos de ese país, y obtuvo un embargo de fondos de las cuentas de esos sujetos. Una vez que ambos gobiernos llegaron a un acuerdo, decidieron someter sus diferencias a un arbitraje, comprometiéndose los EEUU a “*terminar todos los procesos judiciales radicados en los tribunales de los Estados Unidos iniciados por ciudadanos o empresas norteamericanos contra Irán y sus empresas estatales, a declarar la nulidad de todos los embargos y sentencias que se hubieren dictado...*”. Evidentemente, el compromiso internacional asumido implicaba el ejercicio, por parte del presidente, de funciones

⁵ Voto del juez Jackson

⁶ Compuesta por los jueces Vinson, Reed y Minton

⁷ Las traducciones nos pertenecen

⁸ Puede verse su análisis en Lugones, Narciso J., Garay, Alberto F., Dugo, Sergio O., Corcuera, Santiago H., *Leyes de Emergencia. Decretos de Necesidad y Urgencia*, Buenos Aires, La Ley, 1992, pág. 99 y ss.

⁹ 453 US 654

judiciales, pero la ley referida más arriba lo habilitaba “*implícitamente*” a hacerlo, por lo cual la Corte sostuvo que pesaba sobre la parte actora la carga de desvirtuar la presunción de constitucionalidad de lo actuado por el presidente en virtud de esa ley, y como no lo hizo, convalidó lo actuado. Para ello tuvo en cuenta, además, lo actuado por el Congreso antes y después del acuerdo celebrado con Irán. Como puede apreciarse, el caso fue juzgado en realidad como una delegación legislativa y no como el ejercicio de funciones legislativas en forma autónoma por el presidente.

III. PARAGUAY

La constitución de 1844, en su Título VII, art. 1 rezaba: “*La autoridad del Presidente de la República es extraordinaria en casos de invasión, de conmoción interior, y cuantas veces sea precisa para conservar el orden y la tranquilidad pública de la República*”. Esta y otras normas provocaron que el argentino Juan B. Alberdi sostuviera que esa constitución era “*abhorrecible*”¹⁰ y la criticara del siguiente modo: “*es la constitución de la dictadura o presidencia omnipotente en institución definitiva y estable; es decir, que es una antítesis, un contrasentido constitucional...El título 1 consagra el principio liberal de la división de los poderes, declarando exclusiva atribución del Congreso la facultad de hacer leyes. Pero de nada sirve eso, porque el título 4 lo echa por tierra... El poder fuerte es indispensable en América, es verdad; pero el del Paraguay es la exageración de ese medio, llevada al ridículo y a la injusticia*”

533

IV. EL ESTADO PRUSIANO

La constitución del 31 de enero de 1850 los permitía en su art. 63 “*Cuando así lo exija la seguridad pública, o lo crítico de las circunstancias, podrán expedirse decretos que tendrán fuerza de ley, si no se oponen a la Constitución, y que deberán ser presentados a las Cámaras en la reunión siguiente, si a la sazón no se hallasen reunidas*”. Es decir que esa constitución preveía una causal de excepción (“*Cuando así lo exija la seguridad pública, o lo crítico de las circunstancias*”), un límite (que no se opongan a la constitución) y un mecanismo de control posterior (“*deberán ser presentados a las Cámaras en la reunión siguiente*”).

¹⁰ Alberdi, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización institucional de la República Argentina*, capítulo IX, titulado “Constitución del Paraguay. Defectos que hacen abhorrecible su ejemplo”.

V. ALEMANIA

La constitución del Reich alemán de 1919, conocida como “la constitución de Weimar”, los contemplaba en su art. 48: *“...Cuando se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos en el Imperio, el Presidente puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de los mismos, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada. Con este fin puede suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 Y 153. El Presidente del Imperio habrá de dar conocimiento inmediatamente al Reichstag de todas las medidas que adopte con arreglo a los párrafos 1º y 2º de este artículo. A requerimiento de éste dichas medidas quedarán sin efecto... Una ley del Imperio regulará los detalles”*. Esta norma fue objeto de notorios y frecuentes abusos en ese país, transformando el sistema de gobierno en una dictadura. Es posible identificar algunas características sobresalientes:

- Causal de excepción: *“Cuando se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos en el Imperio”*
- Limitación de la competencia del presidente: sólo puede adoptar *“medidas indispensables”*
- Control parlamentario: *“habrá de dar conocimiento inmediatamente al Reichstag de todas las medidas que adopte con arreglo a los párrafos 1º y 2.º de este artículo. A requerimiento de éste dichas medidas quedarán sin efecto...”*
- Reglamentación por ley: *“Una ley del Imperio regulará los detalles”*.

534

VI. AUSTRIA

En la constitución austríaca de 1920 se preveía la siguiente atribución del poder ejecutivo: *“Artículo 18: 1. El conjunto de la actividad administrativa estatal sólo se podrá ejercitar en virtud de lo establecido en las leyes. 2. Toda autoridad administrativa podrá dictar decretos dentro de su esfera de competencia sobre la base de lo dispuesto en las leyes. 3. Cuando resulte necesaria la adopción inmediata de medidas que según la*

Constitución requiera una resolución del Consejo Nacional, para evitar un daño público e irreparable para la colectividad, en un momento en que no esté reunido el Consejo Federal, no se pueda reunir a tiempo o se encuentre impedido por fuerza mayor en su funcionamiento, podrá el Presidente federal, a propuesta del Gobierno federal, bajo la responsabilidad suya y la de éste, acordar dichas medidas mediante decretos transitorios de modificación de las leyes. El Gobierno federal deberá formular su propuesta de conformidad con la Subcomisión permanente (pár. 2 del art. 55), que habrá de ser designada por la Comisión Principal del Consejo Nacional. Los decretos en cuestión requerirán el refrendo del Gobierno federal. 4. Todo decreto dictado al amparo del párrafo 3 deberá ser presentado inmediatamente por el Gobierno federal al Consejo Nacional, el cual deberá ser convocado por el Presidente federal en el caso de que en ese momento no esté celebrando sesión; si estuviera reunido, lo convocará el Presidente del propio Consejo Nacional para uno de los ocho días consecutivos a la propuesta. Dentro de las cuatro semanas siguientes a la propuesta deberá el Consejo Nacional aprobar en sustitución del decreto una ley federal correlativa o bien expresar mediante resolución la solicitud de que el Gobierno federal deje inmediatamente sin efecto el decreto. En el último supuesto deberá el Gobierno federal dar satisfacción sin demora a esta exigencia. Con el fin de que el Consejo Nacional pueda adoptar resolución dentro de plazo, deberá su Presidente someter la propuesta a votación a más tardar el penúltimo día del plazo de cuatro semanas. El Reglamento interior establecerá las modalidades de aplicación. Si el decreto fuese dejado sin efecto por el Gobierno federal con arreglo a los preceptos antecedentes, entrarán de nuevo en vigor el día mismo en que surta efecto el levantamiento las disposiciones legales que hubieren sido derogadas por el decreto. 5. Los decretos especificados en el párrafo 3 no podrán suponer alteración alguna de disposiciones constitucionales federales, ni un gravamen financiero permanente para la Federación, ni una carga financiera para los Estados, partidos o municipios, así como tampoco obligaciones financieras para los ciudadanos de la Federación ni una enajenación del patrimonio del Estado, ni medidas en materias indicadas en el artículo 10, número 11, ni finalmente providencias que tengan por objeto modificaciones en el derecho de asociación o la protección de los arrendatarios”.

Respecto de esa previsión constitucional Kelsen, que fue su inspirador, señalaba que “en ciertas circunstancias excepcionales, la constitución autoriza al gobierno a dictar, en reemplazo del parlamento, todas o parte de las normas generales necesarias. Las normas generales que no emanan del

parlamento sino de una autoridad administrativa se denominan reglamentos, los cuales se detallan o suplen una ley. En este último caso se dice que tienen “fuerza de ley””¹¹.

Se destacan las siguientes notas propias del sistema austríaco:

- Comienza con una regla general: “1. El conjunto de la actividad administrativa estatal sólo se podrá ejercitar en virtud de lo establecido en las leyes”.
- Luego delinea la excepción a esa regla: “3. Cuando resulte necesaria la adopción inmediata de medidas que según la Constitución requiera una resolución del Consejo Nacional, para evitar un daño público e irreparable para la colectividad, en un momento en que no esté reunido el Consejo Federal, no se pueda reunir a tiempo o se encuentre impedido por fuerza mayor en su funcionamiento...”
- Establece materias prohibidas para ser reguladas por este tipo de normas: (i) modificación de normas constitucionales federales, (ii) creación de un gravamen financiero permanente para la Federación, ni para los Estados, partidos, municipios o ciudadanos, (iii) enajenación del patrimonio del Estado, (iv) derecho del trabajo (artículo 10, número 11), (v) modificaciones en el derecho de asociación o la protección de los arrendatarios”
- Regula cuáles son los requisitos de forma para su adopción: “El Gobierno federal deberá formular su propuesta de conformidad con la Subcomisión permanente (pár. 2 del art. 55), que habrá de ser designada por la Comisión Principal del Consejo Nacional. Los decretos en cuestión requerirán el refrendo del Gobierno federal”
- Crea un trámite de seguimiento de esos decretos: “4... deberá ser presentado inmediatamente por el Gobierno federal al Consejo Nacional, el cual deberá ser convocado por el Presidente federal en el caso de que en ese momento no esté celebrando sesión; si estuviera reunido, lo convocará el Presidente del propio Consejo Nacional para uno de los ocho días

¹¹ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba, 1981, pág. 150.

consecutivos a la propuesta. Dentro de las cuatro semanas siguientes a la propuesta deberá el Consejo Nacional aprobar en sustitución del decreto una ley federal correlativa o bien expresar mediante resolución la solicitud de que el Gobierno federal deje inmediatamente sin efecto el decreto. En el último supuesto deberá el Gobierno federal dar satisfacción sin demora a esta exigencia. Con el fin de que el Consejo Nacional pueda adoptar resolución dentro de plazo, deberá su Presidente someter la propuesta a votación a más tardar el penúltimo día del plazo de cuatro semanas”.

VII. CHECOESLOVAQUIA

La constitución checoslovaca de 1920, inspirada en la recién citada, resulta similar a la austríaca en este punto, dado que la competencia para dictar normas de urgencia no recae en el Poder Ejecutivo, sino en un comité del parlamento. Su art. 54 establece que, en los períodos de disolución de las cámaras y hasta su nueva conformación, se elegirá un comité de 16 diputados y 8 senadores que actuará en *“asuntos de inmediata urgencia, aun cuando en circunstancias ordinarias esos asuntos requirieran la sanción de leyes”* (inciso 1). Agrega el inciso 11 de esa norma que *“Las decisiones urgentes que en circunstancias ordinarias sólo podrían ser promulgadas mediante la sanción de leyes serán admisibles solamente a recomendación del presidente de la República”*. Y el inciso 12 completa el régimen, disponiendo que esas disposiciones tienen validez provisional como leyes solo si son publicadas en el boletín oficial, firmadas por el presidente, el primer ministro y la mitad de los miembros del gobierno. Si el presidente no las consiente, no serán registradas ni publicadas¹². En síntesis:

- Hay una limitación temporal: solo se pueden dictar mientras están disueltas las cámaras
- Tienen carácter excepcional: *“asuntos de inmediata urgencia”*
- Son actos complejos: los dicta el Comité permanente, a recomendación del presidente de la nación, debe firmarlos el primer ministro y la mitad de los miembros del gabinete

VIII. ESPAÑA

Respecto de este país analizaremos dos de sus sucesivas constituciones:

¹² Traducciones del inglés del autor de este trabajo.

a) La constitución de la República Española de 1931, en el art. 76 inciso d), permitía al presidente: *“Ordenar las medidas urgentes que exija la defensa de la integridad o seguridad de la Nación dando inmediata cuenta a las Cortes”* Y el art. 80 rezaba: *“Cuando no se halle reunido el Congreso, el Presidente, a propuesta y por acuerdo unánime del Gobierno y con la aprobación de los dos[tercios de la Diputación permanente, podrá estatuir por decreto sobre las materias reservadas a la competencia de las Cortes, en los casos excepcionales que requieran urgente decisión o cuando lo demande la defensa de la República. Los decretos así dictados tendrán solo carácter provisional, y su vigencia estará limitada al tiempo que tarde el Congreso en resolver o legislar sobre la materia”*. Es decir:

- Había una limitación de materias habilitadas para estas normas: *la defensa de la integridad o seguridad de la Nación en el art. 76 y “casos excepcionales que requieran urgente decisión o cuando lo demande la defensa de la República” en el art. 80.*

- Existía un requisito sustancial: que no se halle reunido el Congreso

- Había requisitos de forma: *“a propuesta y por acuerdo unánime del Gobierno y con la aprobación de los dos tercios de la Diputación permanente”*

- Existía un plazo de caducidad: rigen hasta que el congreso legisle en la materia.

b) La constitución española de 1978 les denomina “decretos-leyes” y el art. 86 establece el siguiente régimen: *“En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general. 2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el reglamento establecerá un*

procedimiento especial y sumario. 3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior, las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia". En síntesis:

- Se establece una pauta de excepcionalidad: casos de extraordinaria y urgente necesidad
- Se prohíbe afectar ciertas materias: las instituciones básicas del Estado, los derechos, deberes y libertades fundamentales de los ciudadanos, el régimen de las Comunidades Autónomas y el Derecho electoral
- Se establece un plazo para enviar esa norma al parlamento: "inmediatamente"
- Se establece un plazo para que el parlamento los trate: treinta días
- Se confiere competencia al parlamento para derogarlos

539

El Tribunal Constitucional (en adelante "TC") de ese país ha sostenido que los decretos leyes están sometidos a un doble control: (i) por el Parlamento, que analizará tanto criterios de oportunidad política como jurídicos, y (ii) por el TC que verificará, con criterios exclusivamente jurídicos: si se respetaron los requisitos para su dictado y si no invade las materias prohibidas¹³. El TC ejercerá ese control esté o no en vigor el decreto, puesto que "es la pureza misma del ordenamiento jurídico lo que se ventila" ante él¹⁴.

IX. ITALIA

El art. 77 de la constitución de 1947 establece: "*No podrá el Gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de Ley ordinaria. Cuando en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de Ley, deberá presentarlas el día mismo para su convalidación a las Cámaras, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán convocadas a tal y efecto y se reunirán dentro de los cinco días siguientes. Los decretos perderán todo efecto desde el principio si no fueren convertidos en Ley en el*

¹³ Sentencia del TC n° 29/1982 y 6/1983

¹⁴ Sentencia del TC n° 60/1986. Puede verse su análisis en Lugones, N., Garay, A., Dugo, S., Corcuera, S., *Leyes de Emergencia. Decretos...*, cit., pág. 41

plazo de sesenta días de su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante Ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan resultado convertidos". Son notas características de este sistema las siguientes:

- Se enuncia una regla general: "No podrá el Gobierno, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos que tengan fuerza de Ley ordinaria
- Se establece una excepción a esa regla: "en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia"
- Se establece un plazo para enviar esa norma al parlamento: el mismo día
- Se establece un plazo para que el parlamento la trate: se reunirá dentro de los cinco días y a los sesenta días caduca si no fue convertido en ley
- Se confiere competencia al parlamento para anularla

X. SUECIA

540

La constitución de ese país se compone de cuatro instrumentos, de los cuales el llamado "Instrumento de gobierno" data de 1974. En su Capítulo 13, artículo 6° regula una categoría de decretos que combina los DNU con los DD: "*Cuando el Reino este en guerra o peligro de guerra o reinen circunstancias de índole excepcional, debidas a un conflicto bélico o un peligro de guerra al que se haya visto expuesto el Reino, podrá el Gobierno, previamente autorizado por una ley, adoptar por decreto sobre determinadas materias disposiciones que en otro caso se deberían adoptar mediante ley. Si esto fuera necesario incluso en otros supuestos, con vistas a la organización de la defensa, el Gobierno podrá, previa autorización mediante ley, ordenar por decreto que comiencen a aplicarse o que, por el contrario, cesen en su aplicación las normas establecidas por las leyes en materia de requisas o medidas análogas. En toda ley por la que se confiera la autorización a que se refiere el párrafo primero se indicará con exactitud en qué condiciones se podrá hacer uso de dicha autorización, la cual no llevará aparejada el derecho a elaborar, enmendar ni derogar una ley fundamental, ni el Reglamento de la Cámara ni ley alguna sobre elecciones parlamentarias*".

Esta norma contiene, a nuestro criterio, una regulación acertada del instituto:

- Los decretos sólo proceden en caso de “*guerra o peligro de guerra o reinen circunstancias de índole excepcional, debidas a un conflicto bélico*”
- Deben estar precedidos por una ley que autorice a dictarlos e indique con precisión qué es lo permitido
- Están prohibidos para reformar la constitución, el reglamento de la Cámara y las elecciones

XI. GRECIA

La constitución de Grecia, de 1975, dispone en su art. 44 que “*En circunstancias excepcionales de necesidad extremadamente urgente e imprevista, el presidente... a propuesta del Consejo de Ministros podrá dictar actos con valor legislativo. Tales actos estarán sometidos en virtud de lo previsto en el artículo 72, párrafo 1, a la ratificación de la Cámara de Diputados dentro de los cuarenta días siguientes a su aprobación o dentro de los cuarenta días contando a partir de la convocatoria de la Cámara de Diputados en sesión, si no fuesen sometidos a la Cámara de Diputados en los plazos mencionados anteriormente o, si no fuesen ratificados por ella dentro de los tres meses siguientes a su depósito, quedarán caducados para el futuro*”. Los puntos a destacar de esta norma son:

- Procedimiento previo: propuesta del consejo de ministros
- Control posterior: por la cámara de diputados dentro de los 40 días
- Caducidad: en caso de no ser sometidos a la cámara o si no son ratificados por ella en tres meses

XII. GUATEMALA

La constitución guatemalteca de 1985 establece en su art. 183 inciso f) la facultad del presidente de “*Dictar las disposiciones que sean necesarias en los casos de emergencia grave o de calamidad pública, debiendo dar cuenta al Congreso en sus sesiones inmediatas*”. Si bien la norma es muy escueta, se refiere a emergencia “grave” o a una “calamidad” y obliga a dar cuenta de su dictado en forma inmediata al Congreso.

XIII. BRASIL

La constitución de 1988, bajo la influencia de la italiana¹⁵, establece en su art. 62: *“En caso de relevancia y urgencia, el presidente de la República podrá adoptar medidas provisionales, con fuerza de ley, debiendo someterlas de inmediato al congreso Nacional, el cual estando en vacaciones será convocado extraordinariamente para reunirse en el plazo de cinco días. Las medidas provisionales perderán eficacia desde la adopción si no fueran convertidas en ley en el plazo de treinta días, a partir de su publicación, debiendo el Congreso Nacional regular las relaciones derivadas de ellas”*. En síntesis:

- Establece el carácter excepcional de estas medidas: *“en caso de relevancia y urgencia”*
- Establece un plazo para enviar esa norma al congreso: *“de inmediato”*
- Establece un plazo para que el parlamento la trate: Un mes
- Confiere competencia al parlamento para anularla

542

XIV. COLOMBIA

La constitución colombiana de 1991 sólo prevé este tipo de decretos para los casos de estado de excepción. El art. 212 reza: *“El Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía... Los decretos legislativos que dicte el Gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra cámara”*. El art. 213 se refiere al estado de sitio interno: *“En caso de grave perturbación del orden público que atente*

¹⁵ Midón, Mario A., *Decretos de Necesidad y Urgencia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2º ed., 2012, pág. 75.

de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República. Mediante tal declaración, el Gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos. Los decretos legislativos que dicte el Gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público...”. El art. 214 por su parte rige los pormenores de los decretos dictados en ese marco: “1. Los decretos legislativos llevarán la firma del Presidente de la República y todos sus ministros y solamente podrán referirse a materias que tengan relación directa y específica con la situación que hubiere determinado la declaratoria del Estado de Excepción. 2. No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del Gobierno durante los estados de excepción y establecerá los controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos...”. Como puede verse, el sistema constitucional colombiano contiene las siguientes características en relación con los DNU:

543

- Limitaciones en cuanto a la materia: solo las medidas que se deben adoptar en los estados de guerra exterior o conmoción interior (lo que en otros países se denomina estado de sitio)
- Formalidades: Deben ser firmados por el presidente y todos los ministros
- Materias prohibidas: No se suspenden los derechos humanos ni la vigencia del derecho internacional humanitario
- Se delega en una ley especial la reglamentación de cuáles son las facultades del gobierno en esos momentos de emergencia

- Plazo de caducidad: Los decretos dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad (en caso de guerra) o cuando se restablezca el orden público (en caso de conmoción interior).
- Pautas para el control legislativo: El Congreso podrá reformar o derogar los decretos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de cada cámara

XV. PERÚ

La constitución peruana de 1993 en el art. 118 inciso 19 establece la atribución presidencial de “*Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia*”. Lo único interesante de esa norma, que no es una cuestión menor, es la limitación a las materias económica y financiera

544

XVI. ECUADOR

La constitución de Ecuador de 2008 dispone en su art. 140 que el poder ejecutivo podrá enviar a la Asamblea Nacional proyectos de ley calificados de urgencia en materia económica. “*La Asamblea deberá aprobarlos, modificarlos o negarlos dentro de un plazo máximo de treinta días a partir de su recepción... Cuando en el plazo señalado la Asamblea no apruebe, modifique o niegue el proyecto calificado de urgente en materia económica, la Presidenta o Presidente de la República lo promulgará como decreto-ley... La Asamblea Nacional podrá en cualquier tiempo modificarla o derogarla, con sujeción al trámite ordinario previsto en la Constitución...*”. Los puntos interesantes para destacar de esta constitución son los siguientes:

- Los decretos de contenido legislativo se limitan a lo económico
- Primero se da la oportunidad al PL para que sancione como ley el proyecto presidencial y sólo si aquél no lo hace en 30 días, podrá el presidente sancionar ese decreto
- Aún en ese caso el congreso mantiene su facultad de derogar o modificar el decreto

XVII. ARGENTINA

Los DNU existían desde antiguo, como una herramienta utilizada por los gobernantes muy esporádicamente sin que hubiera norma constitucional alguna que los regulara. Pero en 1990, en el caso *“Peralta c/ Estado Nacional”*¹⁶ la Corte Suprema convalidó y a partir de allí su uso fue abusivo. En 1994 la reforma constitucional incorporó el art. 99 inciso 3 CN, que guarda similitudes con algunas de las normas extranjeras transcritas más arriba (de Austria, Italia, España y Brasil): *“... El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras. Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”*.

545

- Comienza con una prohibición general: *“El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”*.
- Luego delinea la excepción a la regla: *“Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”* podrá dictar DNU.
- Después establece cuatro materias prohibidas para ser reguladas por este tipo de normas: *“...y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos...”*. Se trata de una excepción dentro de la excepción, es decir que aun cuando se den las

¹⁶ Fallos 313: 1513.

circunstancias descritas en el ítem anterior, no se podrá legislar en esas cuatro materias.

- Luego regula cuáles son los requisitos de forma para su adopción: “... serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros”. Se trata de tres requisitos distintos: (i) que sean decididos en acuerdo de todos los ministros (lo cual no siempre se cumplió, como analizaremos más abajo); (ii) que todos los ministros lo refrenden (lo cual también fue objeto de alguna argucia que luego estudiaremos) y (iii) que también lo refrende el Jefe de Gabinete (en adelante “JGM”).

- Crea un trámite de seguimiento de esos DNU: El JGM debe enviar el DNU a la comisión bicameral para que ésta dictamine en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara, que deberán darle “*expreso tratamiento... de inmediato*”.

546

- Por último, delega en el Congreso la reglamentación del trámite de seguimiento: “Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso”.

XVIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

El estudio comparativo que antecede revela algunos datos:

- El menú de opciones en el derecho comparado es muy amplio, pudiendo establecerse, a partir de su análisis, unas pocas reglas comunes a todas las constituciones que los regulan.
- La mayoría de las constituciones no los regulan
- La mayoría de las que lo hacen pertenecen a sistemas parlamentarios y no presidencialistas
- Todas prevén su remisión inmediata al poder legislativo para su control y la mayoría de ellas establecen un plazo para el envío y para la decisión del legislativo

BIBLIOGRAFÍA

- Diegues, J. (2012), “*Decretos de Necesidad y Urgencia*”, en La Ley -C:806.
- Lugones, Narciso J., Garay, Alberto F., Dugo, Sergio O., Corcuera, Santiago H., (1992) *Leyes de Emergencia. Decretos de Necesidad y Urgencia*, Buenos Aires, La Ley
- Alberdi, Juan B. (s.f.), *Bases y puntos de partida para la organización institucional de la República Argentina*, capítulo IX: “Constitución del Paraguay”.
- Kelsen, H.(1981) *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires, Eudeba.
- Midón, Mario A. (2012) *Decretos de Necesidad y Urgencia*, Buenos Aires, Hammurabi, 2° ed.

L'età dei “non” diritti

The age of "non" rights

✍ ALFONSO CELOTTO

Resumen

El presente trabajo versa sobre los derechos humanos. En su primera parte desarrolla la historia de los derechos, respondiendo a la pregunta de qué son y cuáles son los derechos y explicando el largo camino recorrido en relación a los derechos humanos. El segundo apartado aborda los tipos de derechos, detallando las generaciones de derechos y sus categorías. En la tercera parte, se desarrollan diversos aspectos relacionados a la disciplina y garantía de los derechos como su titularidad, su contenido, sus límites, entre otros. Finalmente, en la última parte se analiza el impacto que tienen las nuevas tecnologías en relación con los derechos humanos.

548

Palabras clave

Derechos humanos, historia de los derechos humanos, generaciones de derechos humanos, redes sociales.

Abstract

This paper deals with human rights. In its first part, it elaborates on the history of rights, answering the question of what rights are and are appropriate and explaining the long road traveled in relation to human rights. The second section addresses the types of rights, detailing the generations of rights and their categories. In the third part, various aspects related to the discipline and guarantee of rights are carried out, such as their ownership, their content, their limits, among others. Finally, the last part analyzes the impact of new technologies in relation to human rights.

Keywords

Human rights, history of human rights, generations of human rights, social networks.

Sumilla

Premessa.....	551
PARTE I: STORIA DEI DIRITTI	553
1. Cosa sono e quali sono i diritti?	553
2. Il lungo cammino verso i diritti dell'uomo	556
3. Dalla attribuzione statale alla tutela universale.....	561
PARTE II: TIPI DI DIRITTI.....	568
4. Generazioni dei diritti.....	568
5. Categorie di diritti (costituzionali, fondamentali, inviolabili, umani)...	573
Parte III: Disciplina e garanzie dei diritti	582
6. Titolarità.....	582
7. Contenuto dei diritti.....	588
8. Impianto e portata dei diritti nella Costituzione italiana.	592
9. Quali sono i diritti “inviolabili”?.....	595
10. I “nuovi” diritti.	599
11. La garanzia dei diritti.	602
12. I limiti ai diritti.	609
13. I conflitti fra i diritti: interpretazione e bilanciamento.	614
PARTE IV: IL FUTURO DEI DIRITTI	621
14. L'impatto delle nuove tecnologie.....	621
15. Chi regola i diritti in rete?.....	
16. L'età dei “non” diritti.	626
Bibliografia.....	634

“È possibile che ci annientino, ma il domani apparterrà al popolo, apparterrà ai lavoratori. L'umanità avanza verso la conquista di una vita migliore... Sappiate che, più prima che poi, si apriranno di nuovo i grandi viali per i quali passerà l'uomo libero, per costruire una società migliore”
(Salvador Allende, ultimo discorso radiofonico, 11 settembre 1973)

Premessa

Nell'ottobre 1990 Norberto Bobbio pubblicava la notissima raccolta di saggi dal titolo “L'età dei diritti”, partendo dall'idea della sempre più ampia estensione del riconoscimento e della protezione dei diritti dell'uomo, «segno premonitore del progresso morale dell'umanità»¹.

550

Oggi, nella letteratura filosofica e giuridica come nel dibattito politico e giornalistico, si continua a parlare in maniera sempre più ampia e frequente di diritti umani, diritti fondamentali, diritti inviolabili, diritti costituzionali, diritti della persona e così via. A livello analitico, si declinano e si pretendono sempre “nuovi” diritti (come all'acqua, al cibo sano, a internet, a procreare). A livello sistematico, si propongono tutele sempre più universali, con Dichiarazioni, Carte, Corti, Tribunali, oltre che con convegni e seminari.

Eppure, la “predizione” di Bobbio non si è compiuta.

Allo stato attuale, tale “età” sembra confusa e disordinata, al punto da mettere in dubbio la stessa effettività della tutela dei diritti. Nati come garanzie della persona contro le ingerenze del potere, i diritti rischiano sempre di più di diventare strumenti di esercizio di potere e di grandi interessi: nessuno oggi può negare quanto i diritti più elementari di moltissimi siano calpestati da povertà, analfabetismo, schiavitù, persecuzioni, tortura,

¹ BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 49 s.

sparizioni, migrazioni forzate, sfruttamento, ammassamenti in quartieri fantasma.

A livello complessivo, siamo di fronte a una regressione nella tutela dei diritti. Troppi diritti proclamati, pretesi, ma ineffettivi. Può sembrare un paradosso, ma oggi come mai molti dei diritti restano sulla carta o nelle parole. Del resto, molti di questi diritti sono “fragili”, come ha dimostrato la gestione della pandemia per il Covid-19, che ha visto comprimere quasi tutte le nostre principali libertà, apparentemente solidissime. Eppure, il c.d. lockdown ci ha costretto a restare quasi tutti a casa, senza poter esercitare i più elementari diritti, con restrizioni non dissimili da quelle con cui nel medioevo si combatteva la peste nera (e che magistralmente ha raccontato Alessandro Manzoni).

Problemi di eccesso di tutele, problemi di sovrapposizione e interferenza fra livello nazionale e livelli sovranazionali, problemi di interessi economici e militari, problemi di costi: oggi possiamo provocatoriamente dire che siamo nel pieno della età dei “non” diritti. Nel senso che la tutela dei diritti regredisce invece di ampliarsi.

551

Va anche considerato che in questi anni di sempre maggior ampliamento dei diritti, ci siamo spesso dimenticati dei doveri, cioè degli obblighi di partecipazione e condivisione alla convivenza associata. Pagare le tasse o subire prestazioni sanitarie come i vaccini o i tamponi sembrano spesso una fastidiosa ingerenza, a fronte della apparente libertà sconfinata che viviamo in internet e sui social network. Eppure, a pensarci bene, in rete la nostra libertà è soltanto apparente visto che siamo, in sostanza, “sudditi” dei grandi gestori, che si comportano come “padroni” dei nostri dati e dei nostri diritti. Oggi Apple, Google, Amazon, Facebook (detti, non a caso, Giganti della rete oppure “OTT” Over the Top) rappresentano la nuova sfida dei diritti.

Per comprendere bene portata e tendenze di questi fenomeni occorre partire da lontano e ripercorrere la storia dei diritti soprattutto nel modello costituzionale italiano. Non senza una precisazione terminologica.

A livello lessicale, la parola “diritto” – considerazione banale, ma necessaria – è impiegata con significati differenti, in contesti diversi, come accade per i termini corrispondenti nelle altre lingue (“*droit*”, “*derecho*”, “*Recht*”). Possiamo fare un esempio per cogliere i due significati

giuridicamente più rilevanti: «il diritto statale pone regole per i diritti dei cittadini». Nella stessa frase coesistono diritto oggettivo e diritto soggettivo: è evidente la differenza di significato. Nel primo senso, per “diritto” si intende il complesso di regole poste dell’autorità, cioè il diritto oggettivo (in inglese, “law”). Nel secondo, si indica una posizione soggettiva, una pretesa dei singoli soggetti (in inglese, “right”). La differenza emerge in maniera ancora più chiara se utilizziamo i termini al plurale: il plurale di diritto nel primo significato è “ordinamenti giuridici”, nel secondo “diritti”².

Qui esaminiamo specificamente questa seconda accezione, cioè le posizioni giuridiche dei soggetti. I diritti per come collegati alla persona umana.

* * *

PARTE I: STORIA DEI DIRITTI

1. Cosa sono e quali sono i diritti?

I diritti nascono con l’uomo. E tutta la storia dell’uomo può essere letta come una progressiva lotta per i diritti, quale baluardo contro il potere.

A pensarci bene, qualsiasi organizzazione giuridica serve a disciplinare un gruppo sociale (*ubi societas, ibi ius*). Nella regolazione della vita di gruppo emergono immediatamente posizioni soggettive, basate prima sulla forza e poi sulle consuetudini. Queste posizioni soggettive altro non sono che diritti.

Possiamo partire dalla idea che avere un diritto significa avere una pretesa. Non una pretesa arbitraria, ma una pretesa giusta, legittima, giustificata. Altrimenti ciascuno potrebbe pretendere di avere un numero infinito di diritti. La pretesa può essere rivendicata come “diritto” quando subentrano riconoscimento e tutela nel gruppo sociale: cioè la pretesa diventa “diritto” quando coinvolge il comportamento degli altri consociati e dello Stato, in un complicato intreccio di posizioni giuridiche attive e passive.

² Per queste precisazioni terminologiche, per tutti, GUASTINI, *Diritti*, ora in ID., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, 147 ss.

Non basta il riconoscimento, ma serve anche una tutela. A un diritto corrisponde in linea di principio un obbligo, corredato da una serie di forme di uso legittimo della forza per ottenere un comportamento conforme alla pretesa: in sostanza, affinché un diritto sia effettivo occorrono meccanismi idonei a proteggerlo (garanzie). Da tale nozione preliminare emergono gli elementi essenziali di un diritto: titolari, contenuto della pretesa, forme di tutela e garanzia.

Gli ordinamenti giuridici attuali si compongono di un fascio di diritti e obblighi dei loro membri³, con la particolarità – salvo a non accedere a impostazioni giusnaturalistiche o di filosofia della giustizia – che tali diritti altro non sono che ciò che i singoli ordinamenti, nelle diverse epoche e nei diversi ambiti, stabiliscono e riconoscono⁴.

Ovviamente, qui non ci interessa esaminare le posizioni soggettive che nascono nell'ambito del diritto privato, nei rapporti fra individui, cioè i diritti contrattuali, ma delle posizioni soggettive che si sviluppano nel diritto pubblico, e più in particolare in diritto costituzionale, cioè rispetto all'organizzazione e al funzionamento dello Stato, cioè i diritti costituzionali e legali⁵.

553

Ecco che si pone subito il primo problema: i diritti sono strutturalmente legati alla natura umana o sono attribuiti dal diritto degli Stati?

La tradizione giusnaturalista preferisce ritenere che almeno i diritti principali siano connaturati alla natura umana, anche al fine di evitare eccessive ingerenze statali nella loro tutela. Questo influsso emerge in maniera chiara nell'art. 2 della nostra Costituzione, secondo cui: «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo[...]». Ecco che lo Stato si limita a riconoscere i diritti che già esistono in natura: i diritti della persona umana sono logicamente anteriori rispetto a ogni potere

³ In via generale, cfr. COSTA, Diritti, in *Lo Stato moderno in Europa – Istituzioni e diritto*, XV ediz., a cura di Fioravanti, Roma-Bari, 2016, 37 ss.

⁴ Così, per tutti, FERRAJOLI, *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2015, 123 ss.

⁵ È ovvio che la distinzione fra diritti costituzionali e diritti legali è pensabile soltanto negli ordinamenti con una Costituzione “rigida”, cioè non modificabile da leggi ordinarie. In questi ordinamenti, allora, i diritti costituzionali avranno una valenza superiore proprio in quanto protetti costituzionalmente dalla modificabilità ad opera di leggi.

costituito e a ogni istituzione politica⁶: «non è l'uomo in funzione dello Stato, ma quest'ultimo in funzione dell'uomo»⁷.

Invece i giuristi legati al positivismo negano questa impostazione, chiarendo che non esistono diritti “naturalmente” propri dell'uomo: i diritti sono sempre “artificiali”, nel senso che sono comunque attribuiti da norme e non sono nella intrinseca natura umana, “come la statura o i baffi”⁸.

Ad ogni modo, naturali o artificiali che siano, da sempre i diritti sono un problema centrale per gli Stati.

Altra questione preliminare consiste nel capire quali sono i diritti.

Nei decenni sono state tentate una serie di classificazioni tipologiche per circoscrivere l'ambito dei diritti, quali libertà, diritti umani, diritti inviolabili, diritti fondamentali. Si tratta di concetti, come vedremo, comunque vaghi, ambigui e relativi. Spesso utilizzati quasi come sinonimi. Ad ogni modo, è preferibile utilizzare il termine *diritti* in senso riassuntivo. La caduta dell'aggettivazione indica «non tanto la secondarietà dell'esigenza di rispettare terminologie convenzionali, spesso intercambiabili e riguardanti la medesima casistica, quanto la difficoltà di immettere in tali elenchi pretese e fattispecie distanti dai contenuti tipici dei diritti»⁹.

Effettuare una analisi in generale sui diritti sarebbe una ricognizione complessa e comunque dai confini incerti. Per individuare le singole situazioni soggettive di carattere pubblicistico occorrerebbe una verifica casistica, fattispecie per fattispecie, utilizzando come cartina di tornasole gli interessi e valori a cui si collegano.

Per non disperdersi fra una ampia serie di posizioni giuridiche, in sede definitoria possiamo ritenere che i diritti rilevanti in ambito costituzionalistico

⁶ Per un quadro sull'articolato dibattito in Assemblea Costituente si rinvia a BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, in *Enc. Giuridica*, X Roma, 1989, 7 ss.; e ROSSI, Art. 2, in *Comm. alla Cost. Bifulco-Celotto-Olivetti*, Torino, 2006, 38 ss.

⁷ MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 155. Cfr. anche C. Cost., n. 167/1999.

⁸ Come precisa GUASTINI, *Diritti*, cit., 148.

⁹ RICCOBONO, *Diritti*, in *Enciclopedia Italiana – VI App.*, Roma, 2000, 3.

siano i diritti riconosciuti e garantiti costituzionalmente, in maniera espressa o implicita, cioè che sono conferiti agli individui dalla Costituzione e attuati dalle leggi nei confronti dello Stato. Del resto, le Costituzioni a partire dalla fine del Settecento riconoscono e garantiscono situazioni soggettive assai diverse tra loro (diritti di libertà, diritti sociali, diritti a contenuto patrimoniale) difficilmente riconducibili a una categoria unitaria¹⁰. Poi, il tentativo di creare tale categoria diventa ancora più complesso nei decenni più recenti, quando la tutela dei diritti a livello superiore alla legislazione viene compresa anche in Carte e Trattati internazionali (ovvii gli esempi della CEDU e della Carta di Nizza in ambito dell'Unione Europea).

In fondo, il contenuto specifico di tali diritti rappresenta una nozione variabile che dipende dai singoli momenti storici dei singoli ordinamenti. Del resto, come dice Bobbio, la «classe dei diritti dell'uomo [...] oltre a essere mal definibile e variabile [...] è anche eterogenea»¹¹.

Per comprendere meglio ambito e portata dei diritti, occorre partire da qualche cenno storico.

555

2. Il lungo cammino verso i diritti dell'uomo

L'evoluzione della storia umana conosce una complessa evoluzione del concetto di diritti, quali condizioni della coesistenza: ad ogni modo, la qualificazione di una prerogativa soggettiva come "diritto" dipende dalla protezione che l'organizzazione giuridica riconosce ai singoli soggetti.

Volendo ragionare sui diritti per come li intendiamo oggi, possiamo ritenere che il discorso "moderno" sui diritti prenda origine dagli sviluppi filosofici e storici del Cinquecento e del Seicento e trovi il primo compimento positivo nelle Rivoluzioni americana e francese. È con queste Carte di fine Settecento che si arriva ad ordinare e disciplinare i diritti dei soggetti, in chiave universale.

Non che i diritti dei soggetti siano una invenzione dei moderni. Ma, prima di allora, i diritti erano collegati ad uno *status*: solo chi apparteneva a

¹⁰ Sulla "varietà" delle situazioni soggettive costituzionalmente riconosciute e garantite all'uomo e al cittadino cfr. in sintesi PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, p. gen., Padova, 2003, 25 ss., che ripercorre anche in maniera puntuale come tale varietà emerga già nei tentativi dogmatici di sistematizzare i c.d. diritti pubblici soggettivi.

¹¹ BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 11.

un determinato gruppo (nobili, militari, cittadini, liberi, schiavi, e così via) era titolare di diritti (o meglio di “privilegi”). Pertanto, i diritti erano visti in chiave più ristretta, di gruppo o di settore, non certo come posizione collegabile alla natura umana.

Così è stato per tutta l'antichità, per i Greci, i Romani – pur non mancando spunti di apertura¹² – e fino a tutto il Medioevo: i diritti erano sempre collegati alla facoltà o al potere di un singolo individuo, in ragione della sua appartenenza ad un gruppo. Del resto, nel mondo antico, l'organizzazione del potere non si basava sulla eguaglianza degli esseri umani, ma piuttosto sulla differenziazione: in senso verticale (liberi e schiavi) e in senso orizzontale (cittadini, stranieri, nemici). È nota la distinzione di Constant: la libertà degli antichi si sostanzava nel coinvolgimento con la vita della *polis*, come espressione della appartenenza alla comunità, mentre la libertà dei moderni consiste nella inviolabilità degli spazi individuali, su base egitaria¹³.

556

La svalutazione del Medioevo da parte della cultura illuministica si comprende in parte con la compressione dell'idea dei diritti che ha caratterizzato la fine del mondo antico e il diffondersi del cristianesimo. Se da un lato, la teologia cristiana ha riconosciuto l'uguaglianza di tutti gli uomini (liberi e servi, maschi e femmine, romani e barbari) di fronte a Dio, dall'altra essa ha indotto un'attenuazione del radicamento dei diritti nei soggetti stessi, promuovendo piuttosto l'idea che ogni forma di godimento di beni materiali, crediti o poteri dipenda dal favore accordato dal superiore laico o ecclesiastico¹⁴. Gli storici hanno sottolineato la progressiva erosione di questo principio, che affiora in diversi contesti europei: nell'Europa continentale ove alcune comunità ottengono garanzie dal potere sovrano (franchigie, *iura*, *libertates*) e anche in Inghilterra, con la *Magna Charta*

¹² In Aristotele, in Cicerone, ma anche in Gaio, Ulpiano e nelle Istituzioni di Giustiniano, soprattutto ove si inizia a configurare una *lex naturae* e uno *ius gentium*. Cfr. riassuntivamente, ora, COSTA, Diritti fondamentali (storia), in *Enc. dir.*, *Annali*, II, 2, Milano, 2008, 367 ss.; più diffusamente ASCHERI, *I diritti del Medioevo italiano*, Roma, 2000.

¹³ CONSTANT, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, [1819], edizione italiana a cura di Portinaro, Torino, 2005.

¹⁴ Cfr. CONTE, *Gewere, vestitura, spolium: un'ipotesi di interpretazione*, in www.academia.edu/2955790/Gewere_vestitura_spolium, 2009.

Libertatum del 1215 (sostanzialmente un patto costituzionale fra Giovanni senza terra e i baroni inglesi ribelli)¹⁵. Comunque, anche questi erano diritti.

Con il Cinquecento, la frattura non fu certo netta e improvvisa. Si può ritenere – semplificando – che tre furono i fenomeni storici dai quali emerse una nuova visione dei diritti: la progressiva concentrazione del potere nel monarca assoluto, la fine dell'unità cristiana (Calvino, Lutero), la scoperta delle nuove terre americane. Con i nuovi Stati accentrati, si ampliò l'ambito del riconoscimento delle situazioni soggettive; con le guerre di religione emerse una nuova esigenza di tutela degli individui in quanto uomini, anche per proteggerne la libertà di culto, in nome della tolleranza pluralistica; con le nuove terre ci si iniziò a interrogare sul carattere umano degli indios, quali possibili titolari di diritti (Seconda scolastica spagnola e soprattutto Francisco de Vitoria)¹⁶.

Parallelamente in filosofia, soprattutto a partire da Ugo Grozio, si sviluppò una impostazione del tutto differente, in cui appartenenze e gerarchie sparivano e i diritti discendevano direttamente dalla natura umana del soggetto. Questa impostazione giusnaturalistica trova sviluppo in Hobbes, Locke, Spinoza, Kant, configurando l'ipotesi di uno Stato di natura, in cui tutti gli individui sono liberi ed eguali: lo Stato assume un carattere artificiale e strumentale, rispetto al fine di garantire i diritti spettanti per natura agli individui.

557

Emerge così – per quanto qui interessa – un nesso diretto e immediato fra il soggetto e i diritti: i diritti non sono più privilegi del gruppo, ma prerogativa degli individui, per stato di natura. Soprattutto perché si inizia a predicare che gli uomini sono tutti uguali.

Contemporaneamente, in Inghilterra, si avviò la prima lotta moderna per i diritti. A fronte del tentativo di costruire poteri sovrani forti e accentrati che superassero il particolarismo medioevale, emerse il ruolo del Parlamento come custode dei diritti dei sudditi, rivendicando su base positiva e non

¹⁵ L'art. 39 recita: «Nessun uomo libero sarà preso o imprigionato o espropriato o bandito o esiliato o in altro modo colpito, né noi andremo su di lui o su di lui manderemo, se non in base ad un giudizio legale dei suoi pari e secondo la legge del paese». Disposizione analoga è riportata anche nelle successive emanazioni della Carta (specie Carta del 1225 di Enrico III, art. 29 e del 1297 di Edoardo I, art. 39).

¹⁶ Lucida sintesi dei tre fenomeni in COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, cit., 372 ss. Anche PAZÈ, *Diritti*, Roma-Bari, 2013, 18 ss.

naturale un “diritto” degli inglesi. Si arrivò alla *Petition of Rights* del 1628, primo esempio di garanzia procedurale delle libertà, difendendo i sudditi dall’arresto arbitrario. Cui seguiranno l’*Habeas corpus Act* del 1679 e il *Bill of Rights* del 1689. È interessante notare che sono Atti che mantengono l’impostazione strutturale tipica del *common law*, volta più a riaffermare la validità di testi e consuetudini precedenti, che non ad innovare. Del resto, sono atti che non riconoscono veri e propri diritti soggettivi individuali, ma piuttosto diritti comuni degli inglesi, garantiti dai giudici, nei confronti del potere politico statale (la Corona)¹⁷.

Con questo nuovo approccio, il mondo dei diritti è cambiato. In una vera e propria rivoluzione copernicana che parte dai destinatari: i diritti vengono riconosciuti direttamente agli individui e non più ai gruppi. Ma altrettanto rivoluzionario è il fatto che agli individui vengano attribuiti non più solo doveri verso la collettività di appartenenza. Si comincia ad intravedere l’idea che la persona umana, con diritti e doveri propri, non è più soltanto un suddito.

Nei secoli successivi troveremo tre diversi passaggi che modificano ulteriormente l’approccio e affinano la tutela dei diritti. A fine Settecento le rivoluzioni porteranno l’individuo al centro della tutela, con l’affermazione positiva di diritti spettanti a tutti gli uomini. Le Costituzioni liberali dell’Ottocento, in uno stato borghese, attribuiranno i diritti civili dei cittadini, con garanzie fondate sulla legge. Dopo la Seconda guerra mondiale, l’approccio ai diritti tiene conto del pluralismo e si interroga su come rinforzare le garanzie, con importanti aperture alla tutela internazionale e universale.

Ma andiamo con ordine.

Il primo risultato delle Rivoluzioni di fine Settecento è la “positivizzazione” dei diritti.

Il modello normativo a noi noto possiamo dire che nasca con la Dichiarazione dei diritti della Virginia del 12 giugno 1776, con cui si inaugura

¹⁷ Tali basi porteranno nel Settecento allo sviluppo di un modello inglese di diritti; cfr. COSTA, *Diritti fondamentali* (storia), cit. 39; PAZÈ, *Diritti*, cit., 15 ss.

il riconoscimento della protezione dei diritti innati dell'uomo: «Tutti gli uomini sono per natura egualmente liberi e indipendenti, e hanno alcuni diritti innati, di cui, entrando nello stato di società, non possono, mediante convenzione, privare o spogliare la loro posterità; cioè, il godimento della vita, della libertà, mediante l'acquisto ed il possesso della proprietà, e il perseguire e ottenere felicità e sicurezza»¹⁸.

Formule analoghe erano contenute in gran parti delle Costituzioni degli Stati che andavano federandosi. Tuttavia la Costituzione federale USA del 1787 non conteneva un Catalogo dei diritti. Le Convenzioni di alcuni Stati – nel pieno del dibattito tra federalisti e antifederalisti – chiesero con vigore un *Bill of Rights* che portò alla stesura dei primi 10 emendamenti, poi entrati in vigore nel 1791, con l'importante novità di approccio tesa a riconoscere i diritti anche nei confronti del legislatore.

559

Parallelamente in Francia la Rivoluzione consumava la rottura con gli ordinamenti precedenti e affermava con grande ampiezza i diritti dell'uomo, su base giusnaturalistica ma con approccio statalistico (nel senso che è lo Stato a determinare contenuto, limiti e garanzie dei diritti).

Emblematica è la Dichiarazione dei Diritti dell'uomo e del Cittadino del 26 agosto 1789, che fin dal titolo elimina tutte le precedenti distinzioni di status e le riduce solo a due: uomini e cittadini, a cui lo Stato riconosce i diritti. Come conclude il Preambolo: «l'Assemblea Nazionale riconosce e dichiara, in presenza e sotto gli auspici dell'Essere Supremo, i seguenti diritti dell'uomo e del cittadino»¹⁹. Segue poi l'elenco dei diritti, tutti riconosciuti

¹⁸ *Bill of Rights* della Virginia 12-6-1776, sez. 1: «That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot, by any compact, deprive or divest their posterity, namely, the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety». Per un'analisi delle Carte anche degli altri Stati, cfr. PAZÈ, *Diritti*, cit., 23 ss.

¹⁹ Nel testo originale, il Preambolo della Dichiarazione del 1789 prevede: «Les Représentants du Peuple Français, constitués en Assemblée Nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs; afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution

agli uomini (artt. 2, 4, 7, 8, 9, 10) che «nascono e rimangono liberi e uguali nei diritti» (art. 1), salvo i diritti politici, riconosciuti ai cittadini²⁰.

I diritti avevano assunto un ruolo strategico nel conflitto storico-sociale, contro il Parlamento inglese per i coloni americani, contro l'ordine gerarchico cetuale in Francia.

3. Dalla attribuzione statale alla tutela universale

La stagione rivoluzionaria dei diritti dell'uomo fu breve. Soprattutto in Europa.

Il brusco superamento dello spirito rivoluzionario lasciò comunque ferma l'idea che i diritti (libertà e proprietà innanzitutto) costituissero un aspetto essenziale della modernità. Ma in un'ottica differente.

Lo Stato liberale assunse le forme dello Stato di diritto per tutelare la società civile – o almeno parte di essa – dalle pretese dirigistiche dei pubblici poteri, ma anche per rinsaldare le istituzioni politiche. Del resto, la cultura rivoluzionaria, volontaristica e contrattualistica, aveva eccessivamente indebolito le istituzioni, facile preda dei partiti e dei gruppi, con tentazioni radicali e reazionarie (come dimostrano gli eventi francesi successivi al 1789). Lo Stato – a partire dalla Germania (Hegel, von Savigny, ma anche de Tocqueville) – si rafforza: irrobustisce il concetto di Nazione, torna ad essere autoritario, crea una Pubblica amministrazione robusta, avvia una legiferazione capillare (Stato di diritto), pone il principio di certezza del diritto, basato su un codice civile unitario. I diritti – secondo elaborazioni

politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.

En conséquence, l'Assemblée Nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être suprême, les droits suivants de l'Homme et du Citoyen».

²⁰ Art. 6 Dichiarazione 1789: «La Legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini hanno diritto di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti, alla sua formazione. Essa deve essere uguale per tutti, sia che protegga, sia che punisca. Tutti i cittadini, essendo uguali ai suoi occhi, sono ugualmente ammissibili a tutte le dignità, posti ed impieghi pubblici secondo la loro capacità, e senza altra distinzione che quella delle loro virtù e dei loro talenti».

raffinate (Carrè de Malberg, V.E. Orlando) che porteranno alla elaborazione della categoria dei diritti pubblici soggettivi (Jellinek) – non discendono più dal popolo o dalla natura, ma dallo Stato.

I diritti sono nello Stato. Lo Stato viene prima degli individui. I diritti diventano “civili”. Ecco l’impostazione garantista che porta a riconoscere soprattutto le libertà negative: sono diritti “di difesa”, la cui disciplina viene affidata al legislatore. Non a caso tali diritti sono riconosciuti squisitamente ai cittadini e non più agli individui, in quanto il potere deriva dallo Stato²¹. E viene affidato al legislatore il compito di disciplinare e attuare i diritti, con i limiti che lo Stato – ovviamente – vorrà imporre²²: i diritti devono allo Stato la loro esistenza e nulla può quindi impedire allo Stato medesimo di intervenire per limitarli, ove occorra.

A livello positivo, le Costituzioni attribuiscono i diritti ai cittadini, con ampi rinvii alla legge. Emblematico è il caso dello Statuto albertino che dopo aver dedicato i primi 23 articoli alla persona del Re “sacra e inviolabile”, disciplina i “diritti e doveri dei cittadini” a partire dall’art. 24: «Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente di diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve le eccezioni determinate dalle Leggi». Sono gli Stati che concedono e garantiscono i diritti, nel nostro caso ai “regnicoli” (termine emblematico). La garanzia della tutela – ma anche la chiave dei limiti – è la riserva di legge (artt. 24, 26, 2° co., 27, 28, 1° co., e così via), per quanto in un modello di costituzione flessibile.

Questo impianto lo ritroviamo in tutte le Costituzioni dell’Ottocento e del primo Novecento, come possiamo rilevare – con elencazioni comunque meno ampie di quelle rivoluzionarie – ad es., nella Costituzione francese del 1830 (art. 1 ss.), nella Costituzione Argentina del 1853 (artt. 8, 36 ss.), nella Costituzione dell’Impero Ottomano del 1876 (art. 8 ss.), la Costituzione Spagnola del 1876 (art. 1 ss.), nella Costituzione dell’Impero del Giappone del 1889 (art. 18 ss.).

²¹ Ampiamente FIORAVANTI, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne*, Torino, 2014, 99 ss.; e AMATO, *Le istituzioni della democrazia*, Bologna, 2014, 39 ss.

²² Limpida era stata l’intuizione di Rosmini di affidare ad una suprema corte di giustizia il controllo del rispetto sostanziale dei diritti (ROSMINI, *La Costituzione secondo la giustizia sociale* [1848], ora a cura di Picenardi, Roma, 2012).

Insomma, i diritti vengono riconosciuti dallo Stato, e hanno come titolari i cittadini e soltanto in alcuni casi gli stranieri: come, ad es., nell'art. 2 della Costituzione spagnola del 1876 o nell'art. 20 della Costituzione Russa del 1918²³.

I modelli costituzionali dell'Ottocento seguono una impostazione monoclasse borghese, per cui il diritto di voto e quindi la partecipazione ai meccanismi politici sono riservati su base cetuale: anche se riconosciuti a tutti i cittadini, vengono fortemente limitati dalla legislazione²⁴.

Proprio su questo terreno si consumò la lotta ottocentesca per i diritti²⁵: lotta per il suffragio universale, almeno maschile (Seyès, Kant), ma anche per il diritto al lavoro (padre di tutti i diritti "sociali")²⁶. Furono le enormi

²³ Che rispettivamente prevedono:

Art. 2 «Gli stranieri possono stabilirsi liberamente sul territorio spagnolo, esercitare la loro industria, darsi a qualunque professione, purché l'esercizio non sia subordinato dalla legge a titoli di attitudine rilasciati dall'autorità spagnuola. – Gli stranieri che non sono naturalizzati non possono esercitare in Spagna alcun ufficio che implichi autorità o giurisdizione».

Art. 20 «In forza della solidarietà dei lavoratori di tutte le nazioni, la Repubblica Socialista Federativa Sovietica Russa accorda tutti i diritti politici dei cittadini russi agli stranieri che risiedano sul territorio della Repubblica Russa per ragioni di lavoro e che appartengano alla classe operaia oppure ai contadini che non si avvalgano di lavoro altrui, e riconosce ai Soviet locali il diritto di accordare a tali stranieri i diritti della cittadinanza russa senza ulteriori difficoltose formalità».

²⁴ Basta ricordare che nel 1861 l'Italia aveva 22.176.477 di abitanti. Il voto era limitato ai soli maschi di almeno 25 anni, alfabetizzati e di un censo elevato (per pagamento di imposte o appartenenza a determinate categorie). Così erano iscritti alle liste elettorali in 418.695 e i votanti alle prime elezioni italiane furono 239.583: praticamente il 2% di aventi diritto e 1% di votanti. Eleggendo, su 443 deputati, un centinaio di nobili e il resto di alta borghesia e militari.

²⁵ Per una sintesi, COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, cit., 388 ss.

²⁶ Peraltro non mancano tentativi precedenti di riconoscimento di diritti "sociali". La Costituzione francese del 1793, (che, come noto, non entrò mai in vigore), includeva nella Dichiarazione dei diritti l'art. 21: «L'assistenza pubblica è un obbligo sacro. La società deve provvedere al sostentamento dei cittadini poveri, sia procurando ad essi un lavoro, sia assicurando i mezzi di sopravvivenza a chi non è in grado di lavorare». Lo stesso concetto si ritrova nella Costituzione della Seconda Repubblica del 1848: «La Costituzione garantisce ai cittadini la libertà del lavoro e dell'industria. – La società

innovazioni della rivoluzione industriale a portare nei programmi dei partiti, a partire dalla socialdemocrazia tedesca, una lista di diritti sociali (non a caso, qualificati diritti “socialisti” da Schmitt)²⁷.

Così nella Costituzione messicana del 1917 (art. 123) e nella Costituzione della Germania del 1919 (Weimar) furono sanciti i primi diritti sociali (art. 159 ss.), come pure nella Costituzione della neonata Unione Sovietica del 1918 (artt. 3 e 18), sia pure seguendo un percorso opposto, basato sulla creazione di una democrazia “dei poveri”, in cui si privilegia la collettività (Marx, Lenin)²⁸.

Il modello di Stato borghese entrò in crisi nella prima parte del Novecento per la sua intrinseca debolezza politica, la difficoltà di fronteggiare la crisi economica e le tensioni sociali connesse all'emersione delle nuove classi sociali (suffragio universale e superamento della concezione elitaria del potere), nonché per l'assenza di ogni forma di controllo degli abusi del Parlamento rispetto alla Costituzione. Così fu agevole per i modelli autoritari travolgerne l'impianto (Germania, Italia, Spagna), estremizzare lo statualismo e attuare politiche repressive e fortemente limitative dei diritti, anche con forme di esaltazione della razza e relative persecuzioni (degli ebrei, degli armeni, ma anche di rom, omosessuali, disabili, con tutta una serie di inconcepibili “pulizie etniche”).

563

Dopo i totalitarismi e la Seconda guerra mondiale, si recuperò il primato della persona e la tutela dei diritti fondamentali, per costruire modelli che limitassero l'onnipotenza statale. I diritti vengono proclamati come garanzie contro le ingiustizie, comunque affidati alla protezione di una Autorità pubblica²⁹. Emblematico è il lavoro della Assemblea Costituente italiana che non a caso sceglie di collocare i diritti nella prima parte della Costituzione, per indicare anche plasticamente la valenza portante dei diritti nella nuova costruzione.

favorisce ed incoraggia lo sviluppo del lavoro mercé l'insegnamento primario gratuito, l'educazione professionale, l'eguaglianza di rapporti fra il padrone e l'operaio, gli istituti di previdenza e di credito, gli istituti agricoli, le associazioni volontarie, e stabilendo da parte dello Stato, dei dipartimenti e dei comuni lavori pubblici atti ad impiegare le braccia non occupate; fornisce l'assistenza ai ragazzi abbandonati, agli infermi e ai vecchi senza risorse, e che le loro famiglie non possono soccorrere» (art. 13).

²⁷ SCHMITT, *Dottrina della Costituzione* (1928), ed. it., Milano, 1984, spec. 50 ss.

²⁸ Cfr. COSTA, *Diritti fondamentali* (storia), cit., 393 s.

²⁹ Su questo “paradosso”, da ultimo ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti*, Torino, 2016, 3 ss.

Ma intanto il tessuto sociale è profondamente cambiato, in senso pluralista. E le Costituzioni della seconda parte del Novecento non sono più lo specchio garantista della (solida ma fragile) società borghese.

Si amplia così il novero dei diritti e dei valori, quali fondamenti della convivenza organizzata e strumenti di alleggerimento della conflittualità (Haberle, Denninger, Luhmann, Smend). Così vengono riconosciuti, con maggior vigore, diritti non più solo negativi, ma anche positivi (diritti sociali, diritti di partecipazione politica)³⁰; se ne differenzia la titolarità (dei singoli, dei cittadini, dei gruppi) e, pur affidandone la disciplina al legislatore, se ne rafforza la garanzia, con stringenti limiti alla revisione costituzionale e modelli di controllo di costituzionalità. Ma spesso la garanzia è direttamente nella Costituzione, con affermazioni nette come la “inviolabilità” (artt. 2, 13, 14, 15 e 24 Cost. italiana del 1947) o la previsione di riserve di legge “rinforzate”, che indirizzano in maniera precisa il successivo intervento del legislatore. Del resto, la riserva di legge nata come strumento di garanzia (spesso non realizzato) nell’Ottocento diviene piuttosto strumento di sviluppo e attuazione della Costituzione, oltre che tutela contro l’Esecutivo, abbinata al principio di legalità, quale ulteriore vincolo di predeterminazione della incidenza dei poteri pubblici anche su diritti e libertà.

566

Si tratta sempre di diritti riconosciuti in linea di massima ai cittadini. Anche se con interessanti differenziazioni in base ai gruppi. Non più come fino al Medioevo per garantire le posizioni di pochi, ma soprattutto al fine di recuperare posizioni di svantaggio, così da consentire un godimento più universale dei diritti (eguaglianza sostanziale che promuove le posizioni di alcuni gruppi: ad es. pari opportunità per donne; portatori di handicap, minori, etc.).

Parallelamente, anche per superare i totalitarismi e le filosofie di guerra, si amplia la visuale in senso universalistico dei diritti, in un giusnaturalismo

³⁰ Fanno peraltro eccezione la Legge fondamentale tedesca del 1949 e la Costituzione giapponese del 1946; oltre che la CEDU del 1950.

del tutto rinnovato³¹. Così si spiegano i riferimenti ai diritti dell'uomo nei preamboli di alcune Costituzioni, come Francia e Germania³².

Ma ancor più le aperture ad una tutela internazionale dei diritti, a fine di promovimento, controllo, garanzia³³. Prendono piede Carte internazionali dei diritti, a partire dalla Dichiarazione Universale dei Diritti Umani approvata dall'Assemblea Generale dell'ONU nel 1948, il cui Preambolo esordisce: «Considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo». In ambito ONU operano una serie di Convenzioni³⁴ recepite da molti Stati e, con funzione di supervisione e informazione, l'Alto Commissariato delle Nazioni unite per i diritti umani (UNHCHR nella sigla inglese), e il Consiglio per i diritti umani delle Nazioni unite (UNHRC), entrambi con sede a Ginevra.

Interessante è il passaggio successivo che ha portato alla proclamazione di documenti per specifiche aree geo-politiche e per specifiche classi di soggetti, fino ad arrivare a Dichiarazioni dei diritti, a valenza continentale, anche accompagnate dallo strumento di tutela di una apposita Corte.

565

³¹ COSTA, Diritti fondamentali (storia), cit., 395 ss.

³² Costituzione IV Repubblica Francese (1946): «All'indomani della vittoria riportata dai popoli liberi sui regimi che hanno tentato di asservire e di degradare la persona umana, il popolo francese proclama di nuovo che ogni essere umano, senza distinzione di razza, di religione e di credenza, possiede inalienabili e sacri diritti. Riafferma solennemente i diritti e le libertà dell'uomo e del cittadino consacrati dalla Dichiarazione dei diritti del 1789 ed i principi fondamentali riconosciuti dalle leggi della Repubblica».

Costituzione tedesca (1949): «Animato dal desiderio di garantire le libertà e i diritti dell'uomo, di imprimere all'attività della comunità e dell'economia uno spirito di giustizia sociale, di servire la causa del progresso della società, di sviluppare l'amicizia con tutti i popoli e di garantire la pace, il popolo tedesco si è dato la seguente Costituzione».

³³ Sono queste le finalità dell'attività degli organismi internazionali per la tutela dei diritti individuate da BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 35 s.

³⁴ Le principali sono il Patto sui diritti civili e politici e il Patto sui diritti economici, sociali e culturali del 1966; su tali basi operano decine di altre Convenzioni su tematiche specifiche (per eliminare la discriminazione razziale e quella contro le donne; sui diritti del bambino, contro la tortura e altri trattamenti o punizioni degradanti; sullo status dei rifugiati e per la prevenzione e la punizione del crimine del genocidio; sui diritti delle persone che appartengono a minoranze nazionali, etniche, religiose o linguistiche, il diritto allo sviluppo, i diritti dei difensori dei diritti umani).

È il caso della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma nel 1950, ora sottoscritta da 47 Stati europei, in cui opera un meccanismo giurisdizionale permanente che consenta a ogni individuo di richiedere la tutela dei diritti garantiti (peraltro soltanto di libertà), attraverso il ricorso alla Corte Europea dei diritti dell'uomo (con sede a Strasburgo). Con la modifica del 1994, alla Corte europea possono rivolgersi non solo gli Stati membri che lamentano l'inadempimento degli obblighi da parte di un altro Stato membro, ma gli stessi cittadini che hanno patito la violazione dei loro diritti: in tal caso, la Corte può condannare lo Stato colpevole a ristabilire il diritto violato o a risarcire la vittima.

566

Analoga è la Convenzione americana dei diritti umani (Patto di San José di Costa Rica), del 1969, a cui oggi aderiscono 25 Stati (spicca l'assenza di Canada e USA), nel cui sistema opera la Corte interamericana dei diritti (con sede in Costa Rica). In altre aree geografiche abbiamo ulteriori Carte, anche con riconoscimenti di forme interessanti di diritti di "terza generazione", come la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (1981) e la Carta araba dei diritti dell'uomo (1994)³⁵.

Da ultimo anche l'Unione europea, nata negli anni '50 come accordo economico e commerciale, ha espressamente regolato la tutela dei diritti, prima con il richiamo nell'art. F del Trattato di Maastricht sull'Unione europea (1992), poi con la cosiddetta Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) del 2001, ora recepita nel Trattato di Lisbona del 2007, che riconosce a tutti gli individui una serie di diritti di libertà e ai cittadini degli Stati membri una serie di diritti sociali e politici.

A conferma dell'espansione delle forme di tutela sovranazionale dei diritti, in molti Stati europei operano poi specifiche Autorità per la tutela dei

³⁵ Per un quadro recente sulla tutela dei diritti nelle varie aree geografiche FRANCESCHINI, *Lavoro e diritto in Cina*, Bologna, 2016; NARDOCCI, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Napoli, 2016; ZAGREBELSKY-CHENAL-TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016; BASSU, *Tutela giurisdizionale dei diritti e metodo comparato: esperienze dagli antipodi*, Padova, 2017; PASCALE, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo nel continente africano*, Napoli, 2017; POSTIGLIONE, *I diritti dell'uomo nell'islam*, Roma, 2017.

diritti umani. Alcune con incisivi poteri quasi giudiziari (*Equality and Human Rights Commission* nel Regno Unito, *Human Rights Commission* in Irlanda, *Defensor del Pueblo* in Spagna); altre con finalità politiche e consultive (*Commission nationale consultative des droits de l'homme* in Francia; *Beaufragter für Menschenrechtspolitik und Humanitäre Hilfe* in Germania; Commissione nazionale per i diritti umani in Grecia). Non va poi dimenticato il ruolo fondamentale di promozione e tutela ad opera di Organizzazioni Non Governative (come *Amnesty International*, *Human Rights Watch*)³⁶.

PARTE II: TIPI DI DIRITTI

4. Generazioni dei diritti

L'evoluzione storica dei diritti può essere classificata anche in base alle loro "generazioni".

Si parte dalla considerazione che l'elenco dei diritti è una classe variabile: «va modificandosi col mutare delle condizioni storiche, cioè dei bisogni e degli interessi, delle classi al potere, dei mezzi disponibili per la loro attuazione, delle trasformazioni tecniche e così via»³⁷. Non a caso diritti che erano stati dichiarati "sacri e inviolabili" alla fine del Settecento, come la proprietà, sono stati sottoposti a limitazioni radicali nelle Costituzioni successive. Mentre i diritti definiti "sociali" oggi proclamati con grande solennità, erano ignoti fino a tutta la prima metà dell'Ottocento. E, ancora, il futuro farà emergere diritti che oggi possiamo solo immaginare, in relazione all'evoluzione digitale (diritti delle macchine).

567

In fondo i diritti dell'uomo non sono nati tutti insieme, all'improvviso, ma sono e restano comunque *diritti storici*, cioè legati puntualmente alla tutela di determinate posizioni contro i poteri, in date epoche³⁸.

³⁶ ZAPPALÀ, *La tutela internazionale dei diritti umani*, Bologna, 2011; TUOSTO, *Il sistema delle Nazioni Unite per la tutela dei diritti umani*, Napoli, 2012; SCOVAZZI, *Tutela internazionale dei diritti umani*, Milano, 2013; FRANCHI-VIARENGO, *Tutela internazionale dei diritti umani. Casi e materiali*, Torino, 2017.

³⁷ Così BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 9.

³⁸ Cfr. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales*, in *Anuario de derechos humanos*, IV, Madrid, 1986-87, 219 ss.

In tale impostazione si è pensato di distinguere – a fini dogmatici – quattro “generazioni” di diritti³⁹, comunque tenendo sempre presente che le generazioni successive non sostituiscono le precedenti ma accrescono la “famiglia” dei diritti.

I *diritti di prima generazione* sono legati alle libertà classiche e alla partecipazione politica. Nascono dai movimenti rivoluzionari statunitense e francese e servono a proteggere gli uomini, prima ancora dei cittadini, dalle ingerenze dello Stato. Si tratta di diritti quali la libertà personale, la libertà di pensiero, di religione, di comunicazione, di espressione, di riunione, di associazione nonché i diritti di partecipazione politica. Sono anche individuati come diritti della persona (o della personalità)⁴⁰, in quanto legati strettamente alla libertà corporea della persona. Oppure anche come libertà negative, per sottolineare che comportano soprattutto un obbligo di astensione da parte dello Stato e dei poteri pubblici.

I *diritti di seconda generazione* appaiono come declinazioni della eguaglianza intesa in senso non solo formale, ma anche sostanziale. Emergono all’inizio del ‘900 (Germania, URSS) e si consolidano nelle Costituzioni del secondo dopoguerra. Molti li definiscono diritti sociali (o “socialisti”, in quanto di matrice socialista). Sono diritti che mirano al miglioramento delle condizioni di vita del cittadino, comprendendo diritti di natura lavorativa, economica, sociale e culturale, quali i diritti al lavoro, alla sicurezza sociale, all’istruzione, alla salute, alla casa. Sono fattispecie che per la loro piena esplicazione non comportano soltanto una azione negativa da parte dello Stato (come in genere per i diritti di libertà), ma piuttosto azioni concrete, che spesso comportano costi a carico della finanza pubblica. In altri termini, non sono richieste di limiti al potere, ma richieste allo stesso potere di interventi protettivi. Non a caso si parla di “diritti positivi”. I diritti di seconda generazione sono inoltre “condizionati”; nel senso che dipendono quanto alla effettiva realizzazione dalle decisioni della Autorità pubblica.

³⁹ Cfr. soprattutto BOBBIO, *L’età dei diritti*, cit.

⁴⁰ L’espressione viene utilizzata, ad es., nell’art. 24 della legge n. 218/1995, di riforma del diritto internazionale privato: «L’esistenza ed il contenuto dei diritti della personalità sono regolati dalla legge nazionale del soggetto; tuttavia i diritti che derivano da un rapporto di famiglia sono regolati dalla legge applicabile a tale rapporto».

Interessante il tentativo di alcune Costituzioni recenti di assegnare quote minime di bilancio ai singoli diritti sociali (ad es. art. 212 Cost. Brasile)⁴¹.

Le prime due generazioni dei diritti sono alquanto diffuse e consolidate in gran parte degli Stati, vengono tutelate nelle Costituzioni e trovano sostegno a livello internazionale. Basti richiamare la Dichiarazione universale ONU del 1948 (che elenca diritti di “prima” generazione negli artt. dal 3 al 21 e di “seconda” dall’art. 22 al 27) e i due Patti internazionali adottati sempre in sede ONU nel 1966 che non a caso sanciscono, da una parte, i civili e politici e, dall’altra, i diritti economici, sociali e culturali.

I diritti di terza generazione – non a caso detti anche “nuovi diritti” – sono di più recente emersione⁴² e di meno facile delimitazione. Sono diritti di solidarietà che riguardano non tanto i singoli, ma soprattutto le collettività: «costituiscono una categoria ancora troppo eterogenea e vaga per consentirci di capire di cosa esattamente si tratti»⁴³.

569

Si parte da diritti come all’ambiente, alla pace, allo sviluppo – spesso ormai riconosciuti anche in Accordi internazionali⁴⁴ – per poi aggiungere ulteriori diritti collettivi (come all’autodeterminazione dei popoli, alle risorse naturali, alla partecipazione al patrimonio culturale, alla qualità della vita, all’obiezione di coscienza) o diritti di gruppi (delle donne, degli anziani, dei bambini, dei disabili, dei migranti)⁴⁵ fino ad arrivare a diritti come all’equità

⁴¹ Secondo cui: «Annualmente, non meno del diciotto per cento, da parte dell’Unione, e come minimo il venticinque per cento, da parte degli Stati, del Distretto Federale e dei Comuni, delle entrate risultanti da imposte, comprese quelle derivanti da trasferimenti, saranno destinati al mantenimento e allo sviluppo dell’insegnamento» (v. anche artt. 195 e 204).

⁴² Si ritiene che la prima elaborazione sia dovuta a Karel VAŠÁK, *Pour une troisième génération des droits de l’homme*, Inaugural lecture, Tenth Study Session, International Institute of Human Rights, July 1979.

⁴³ BOBBIO, *L’età dei diritti*, cit., XIV.

⁴⁴ Ad es., Dichiarazione sul diritto allo sviluppo adottata dall’Assemblea generale dell’ONU nel 1986 Convenzione di Aarhus sull’ambiente, siglata nel 1998 nel quadro della Commissione delle Nazioni Unite per l’Europa. Per una ricognizione di tali diritti e dei loro riconoscimenti, DE STEFANI, *Diritti umani di terza generazione*, in “Aggiornamenti sociali”, 2009, 11 ss.

⁴⁵ In un’ottica restrittiva alcuni ritengono che la terza generazione dei diritti si riferisca solo ai diritti dei soggetti deboli, mentre tutti gli altri “nuovi” diritti sono da far transitare nella quarta generazione (PÉREZ LUÑO, *Le generazioni dei diritti umani*, in *Nuovi diritti dell’età tecnologica*, a cura di F. Riccobono, Milano 1991, 139-41, 145 s.).

intergenerazionale e alla sostenibilità, così configurando una tutela anche dei diritti delle generazioni future⁴⁶.

Recenti Costituzioni ne riconoscono alcuni: come il diritto alla pace (Giappone, preambolo; Colombia art. 22); il diritto alla protezione dell'ambiente (Spagna, art. 45; Portogallo, art. 66; Svizzera, artt. 73 ss.; Brasile artt. 225 ss.; Slovenia art. 72); i diritti della terza età (Portogallo, art. 72); i diritti del bambino (Polonia, art. 72); il diritto al perseguimento della felicità (Giappone, art. 13), i diritti dei consumatori (Spagna, art. 51); o i diritti delle generazioni future (Giappone, art. 11)⁴⁷.

Dal punto di vista contenutistico, si tratta spesso di diritti “vaghi” rispetto ai quali difficilmente si riescono a configurare precise pretese, ma che tendono piuttosto a orientare le azioni dei governi, con strumenti di *soft-law* o forme di monitoraggio. Per questa ragione, non si è mancato di rilevare come questa “inflazione” di nuovi diritti, pur essendo dettata dalla “generosità” di ampliare le tutele, rischi di togliere alla nozione di diritti dell'uomo il suo carattere operativo e di rendere più difficile la individuazione di titolari, oggetto, garanzie⁴⁸.

Ancora più incerta è la *quarta generazione*⁴⁹ dei diritti, legati al campo della evoluzione tecnologica, nella duplice accezione di diritti conseguenti al “rafforzamento del dominio della tecnica sulla natura” e di diritti come

⁴⁶ BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Profili giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2013; D'ALOIA, *Generazioni future*, in *Enc. Dir.- Annali*, IX, Milano, 2016, 331 ss.

⁴⁷ Secondo cui: «Non sarà impedito al popolo il godimento di alcuno dei diritti fondamentali dell'uomo. Tali diritti fondamentali dell'uomo, garantiti al popolo dalla presente Costituzione, sono riconosciuti al popolo di questa e delle future generazioni come diritti eterni ed inviolabili».

⁴⁸ ALSTON, *A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?*, in “*Netherlands International Law Review*”, 29, 1982, 307; anche PÉREZ LUÑO, *Le generazioni dei diritti umani*, cit., 148.

⁴⁹ È ancora BOBBIO (*L'età dei diritti*, cit., XIV) a rilevare «già si affacciano nuove richieste che non saprei chiamare se non diritti della quarta generazione».

“salvaguardia dai pericoli della tecnica”⁵⁰: sono i diritti dell’uomo nel “villaggio globale”.

Si tratta di una categoria molto ampia e dai confini indeterminati: comprende pretese eterogenee che vanno dalle garanzie contro la manipolazione genetica al diritto di morire con dignità, al diritto alla riservatezza contro le intrusioni dell’informatizzazione universale e a tutti i riflessi delle nuove tecnologie di comunicazione.

Non a caso alcuni dubitano che lo sviluppo tecnologico e la globalizzazione generino nuove categorie di diritti. In fondo lo sviluppo tecnologico non fa altro che ridefinire diritti tradizionali⁵¹: è il caso della riservatezza, che è un aspetto della libertà personale, combinato con la libertà di corrispondenza e di manifestazione del pensiero. Ma forse l’utilità di una quarta generazione risiede nella circostanza che consente di raggruppare e tenere uniti tutti i diritti (a volte evoluzione o modificazione di diritti preesistenti) che si legano allo sviluppo tecnologico.

571

A livello sistematico, va ricordato che le prime tre generazioni vengono anche viste come declinazioni delle tre parole chiave della Rivoluzione francese: *Liberté*, *Egalité*, *Fraternité*⁵². Infatti, i diritti delle prime tre generazioni riguardano rispettivamente la libertà, la eguaglianza e la fratellanza (o solidarietà). Non a caso la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea dedica i tre titoli centrali rispettivamente a “Libertà”, “Uguaglianza”, “Solidarietà”.

Altri hanno cercato di caratterizzare i diritti in maniera cromatica, definendo le tre generazioni come diritti “blu”, “rossi” e “verdi”, con un richiamo ai colori tipici delle ideologie liberali, socialiste e ambientaliste⁵³. Volendo dare un colore alla quarta generazione si potrebbe pensare al grigio, sia perché è il colore tipico delle macchine digitali, sia perché rende l’idea della scarsa definizione delle sfumature.

⁵⁰ DENNINGER, Tutela ed attuazione del diritto nell’età tecnologica, in *Nuovi diritti dell’età tecnologica*, a cura di F. Riccobono, Milano 1991, 65.

⁵¹ ZOLO, *Habeas mentem. Oltre il privatismo e contro i vecchi padroni*, in “Riv. di filosofia”, 1997, 147 ss.

⁵² Per questo parallelismo, VASAK, op. cit.

⁵³ GALTUNG, *Human Rights in Another Key*, New York, 1994, 151 ss.

5. Categorie di diritti (costituzionali, fondamentali, inviolabili, umani)

Nel linguaggio giuridico-costituzionale, il termine “diritti” non si utilizza mai in maniera isolata, ma sempre con aggettivazioni e specificazioni. Sfogliando le Costituzioni si parla di “diritti fondamentali” (artt. 130 ss. Germania 1849; art. 109 ss. Germania 1919; art. 1 ss. Germania 1949; art. 40 ss. Irlanda 1937; artt. 10 e 15 ss. Spagna 1978; art. 5 ss. Brasile 1988; artt. 7 ss. 35 Svizzera 1999); di “diritti dell’uomo” (Dichiarazione di indipendenza statunitense del 1776; Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, del 1793 e del 1795; Preambolo Cost. Francia 1946; Preambolo Cost. Francia 1958; artt. 30 ss. Polonia 1997); di “diritti inviolabili” (art. 2 Italia; art. 10, co. 1, Spagna; art. 11 Giappone; art. 5 Brasile); ancora, si garantiscono “i diritti naturali della persona e della famiglia” (art. 11 Lussemburgo 1868), i “diritti fondamentali e imprescrittibili” (art. 25 Grecia 1975), “i diritti personali” (art. 40 Irlanda; artt. 38 ss. Polonia), le “libertà pubbliche” (art. 13, co. 1, Spagna), le “libertà fondamentali” (Slovenia 1991 art. 14).

572

Si tratta di una categoria unica oppure di categorie differenti?

Proviamo a mettere ordine e chiarezza su queste aggettivazioni, distinguendo innanzitutto il concetto di libertà. In chiave assoluta, la “libertà” è uno “status”: è la condizione di chi ha facoltà di agire a proprio arbitrio ovvero in assenza di costrizioni materiali o morali. Si tratta di una nozione in genere “negativa”, quale non interferenza dello Stato nella sfera delle scelte individuali⁵⁴. A volte viene utilizzata quale sinonimo di “diritto” soprattutto nell’indicare i diritti di prima generazione, cioè le libertà classiche della persona rispetto ad interferenze dello Stato. Possiamo allora dire che i “diritti di libertà” siano una specie del genere diritti.

Più complessa è la differenziazione fra le altre aggettivazioni che accompagnano il lemma “diritti”. Ad ogni modo, si può ragionare rispetto a quattro categorie: “diritti costituzionali”, “diritti fondamentali”, “diritti inviolabili” e “diritti umani”, anche se nell’uso corrente, sono termini utilizzati in modo promiscuo, quasi equivalente, per indicare diritti che

⁵⁴ Sulla nozione giuridica di libertà, per tutti, AMATO, Libertà (diritto costituzionale), in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 272 ss.

dovrebbero essere riconosciuti ad ogni individuo in quanto tale. Ma – a rigore – ciascuna aggettivazione indica testualmente una caratteristica specifica, ponendo in luce un aspetto peculiare (la previsione costituzionale, l'importanza, la tendenziale non modificabilità, il riconoscimento generalizzato).

Diritti costituzionali: sono i diritti previsti e disciplinati nelle Costituzioni. Si tratta di una definizione al limite del lapalissiano, ma che ha il merito di comprendere fedelmente l'ambito di cui ci occupiamo.

Del resto, il vero fattore che differenzia i diritti di rango costituzionale è, appunto, la previsione in Costituzione. Da tale previsione, del resto, discende un effetto di notevole importanza: soprattutto in modelli a Costituzione rigida, i diritti previsti in Costituzione diventano diritti non modificabili a livello di legge ordinaria⁵⁵.

La previsione costituzionale rappresenta per i diritti una garanzia essenziale, anche se «non è la mera previsione costituzionale di un diritto a caratterizzarne la natura» e soprattutto la disciplina⁵⁶. La disciplina applicabile sarà quella volta a volta desumibile dalla portata della norma costituzionale, per come interpretata e attuata. Esempio tipico può essere quello delle situazioni “raccomandate” dal Costituente al legislatore: pur rientrando nella categoria dei diritti costituzionali diventeranno garantite solo se e quando la legge interverrà a disciplinarle e comunque nei limiti di tale disciplina. Si pensi al patrocinio a spese dello Stato (già gratuito patrocinio) previsto nell'art. 24, 3° co., Cost. italiana secondo cui «Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione». O al diritto dei capaci e dei meritevoli di raggiungere i più alti gradi degli studi che l'art. 34, ult. co., disciplina nel senso che «La Repubblica rende effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso». È evidente che tali diritti, come tutti i diritti positivi, diventano effettivi e applicabili solo quando disciplinati dal legislatore, pur essendo costituzionali, in quanto previsti in Costituzione.

573

La configurazione dei diritti costituzionali deve confrontarsi con un problema centrale: le elencazioni costituzionali sono da considerare un

⁵⁵ Per tutti CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 50.

⁵⁶ PACE, *Problematica*, cit., 37 s.

catalogo “chiuso” o “aperto”? Il problema sorge perché molte Costituzioni del secondo dopoguerra introducono anche clausole generali di tutela dei diritti. Tali clausole potrebbero, quindi, diventare appiglio interpretativo per una serie di “nuovi” diritti: si pensi all’art. 2 della Costituzione italiana: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali»; e all’art. 1, punto 2 della Costituzione tedesca: «Il popolo tedesco riconosce gli inviolabili e inalienabili diritti dell’uomo [*unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten*] come fondamento di qualsiasi comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo». Alcuni hanno ritenuto che tali clausole siano da interpretare in maniera “aperta”, così da fornire appiglio costituzionale a nuovi diritti emergenti dalla realtà sociale e non espressamente contemplati nelle Costituzioni⁵⁷. Altri sono apparsi più rigidi, orientandosi verso una lettura chiusa di tali clausole, per dare un senso alla rigidità stessa della Costituzione ed evitare la “nascita di una illimitata serie” di diritti e obblighi⁵⁸.

574

Ovviamente, in una impostazione rigorosa, entrambe le tesi sono da scartare. L’interpretazione “aperta” trascura con eccessiva disinvoltura la rilevanza giuridica dell’esplicita enumerazione dei diritti, lasciando troppa incertezza su quali siano i diritti da accogliere in chiave interpretativa, con rischio di rendere l’elenco dei diritti pressoché infinito. La lettura “chiusa”, all’opposto, comporta un eccessivo irrigidimento dell’ordinamento costituzionale, pressoché pietrificato rispetto a ogni immissione di nuovi diritti che non segua le gravose vie della revisione costituzionale. Limpidamente sintetizza il punto Modugno: «se la concezione della fattispecie chiusa mi appare ‘cieca’ di fronte alla realtà; quella della fattispecie aperta mi sembra ‘vuota’ di criteri e di contenuti giuridicamente accettabili»⁵⁹.

Non a caso, le Corti costituzionali hanno finito con il prediligere una via intermedia, che consiste di ampliare il catalogo costituzionale dei diritti, ma con fondamento nei singoli diritti enumerati, interpretabili in chiave evolutiva. Come rilevato dalla Corte italiana tale ampliamento ermeneutico dei diritti è possibile ricollegando l’art. 2 Cost. «alle norme costituzionali

⁵⁷ Per tutti BARBERA, *sub* art. 2, in *Comm. della Costit. Branca*, Bologna-Roma, 1975, 80 ss.

⁵⁸ PACE, *Problematica*, cit., 4 ss.

⁵⁹ MODUGNO, *I “nuovi” diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 4.

concernenti [singole] garanzie fondamentali, quanto meno nel senso che non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti» (sent. n. 98/1979)⁶⁰.

Pur con tutti gli ampliamenti ermeneutici, tutto sommato, i diritti costituzionali, con una punta di formalismo, appaiono la categoria a confini più certi a differenza di quelle che esamineremo a seguire.

Diritti fondamentali: sono quei diritti attribuiti, riconosciuti, garantiti, da norme fondamentali, cioè da norme cui è riconosciuto, nella cultura giuridica di riferimento, carattere fondamentale⁶¹. Possiamo allora ritenere che i diritti fondamentali non siano semplici pretese soggettive, ma divengano le strutture portanti dell'ordinamento, che individuano le finalità e le priorità⁶².

A rigore, sono ritenuti fondamentali sia i diritti «che danno *fondamento* al sistema giuridico», sia quelli che «non richiedono *fondamento* nel sistema giuridico»⁶³. Nel primo senso, saranno fondamentali i diritti riconosciuti da norme “fondamentali”, che nel nostro costituzionalismo sono in generale le norme costituzionali⁶⁴. Nel secondo, si ritengono fondamentali i diritti che non richiedono fondamento o giustificazione, in quanto hanno una radice antecedente l'ordinamento giuridico.

575

La nozione di diritti fondamentali conosce ampia diffusione soprattutto nell'Ottocento, a partire dalla Germania. Oggi spesso ha ampliato la sua valenza semantica quale parola chiave della giuspubblicistica contemporanea, quasi sovrapponendosi alla nozione di diritti umani. Non a caso Ferrajoli ritiene che sono diritti fondamentali «tutti quei diritti che sono ascritti universalmente a tutti in quanto persone o in quanto cittadini o in quanto

⁶⁰ Percorsi simili ha seguito la Corte Suprema USA soprattutto sotto le Presidenze Warren e Burger (1953-1986), cfr. MICHELMAN, *La democrazia e il potere giudiziario*, ed. it., Bari, 2004.

⁶¹ Così, in generale, PINO, *Diritti e interpretazione*, Torino, 2010, 12.

⁶² Cfr. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari, 2002.

⁶³ Così GUASTINI, *Diritti*, cit., 152. Anche SPADARO, *Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali”*, *DS*, 1991, 455 ss.

⁶⁴ Da ultimo su questo criterio formale e giuridico-positivo, anche BALDINI, *Che cosa è un diritto fondamentale, La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, in www.dirittifondamentali.it, 2016, 4 s.

capaci di agire»⁶⁵. In fondo nei diritti fondamentali si può rinvenire una sorta di nuovo giusnaturalismo, alla ricerca del diritto giusto.

Il riconoscimento dei diritti fondamentali della Costituzione è, ormai, uno degli elementi caratterizzanti lo Stato di diritto: essi trovano le loro garanzie nella “rigidità” della Costituzione e nel controllo di costituzionalità delle leggi affidato alla Corte costituzionale. Possiamo ritenere che i diritti fondamentali non solo costituiscano i principi supremi dell’ordinamento costituzionale, ma qualifichino altresì la stessa struttura democratica dello Stato, la quale verrebbe sovvertita qualora questi fossero diminuiti, decurtati o violati (sent. n. 1146/1988).

Non a caso, per restare al caso italiano, la Corte costituzionale – al pari delle altre Corti supreme nazionali e anche della Corte di Giustizia UE⁶⁶ – ne ha richiamato l’operatività (pur qualificando i diritti ora “fondamentali” ora “inalienabili” ora “inviolabili”) specificamente per limitare l’ingresso di norme esterne, quali le consuetudini internazionali (sent. n. 238/2014 sui danni di guerra della Germania), le norme dell’Unione europea (a partire dalla sent. n. 183 del 1973, poi n. 170 del 1984, n. 232 del 1989, n. 168 del 1991, n. 284 del 2007), le norme di esecuzione dei Patti Lateranensi e del Concordato (sent. n. 18/1982).

576

Va rilevato che, dal punto di vista contenutistico, la nozione di diritti fondamentali non rechi in sé alcuna indicazione su quali siano i diritti

⁶⁵ Così FERRAJOLI, *Iura paria*, cit., 97.

⁶⁶ La Corte di giustizia UE, in riferimento all’impugnazione di un regolamento del Consiglio che disponeva il congelamento dei beni delle persone inserite in un elenco di presunti terroristi predisposto da un organo del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (comitato delle sanzioni), ha anzitutto respinto la tesi del Tribunale di primo grado che aveva sostanzialmente stabilito il difetto di giurisdizione del giudice comunitario, affermandone il dovere di garantire il controllo di legittimità di tutti gli atti dell’Unione, anche di quelli che attuano risoluzioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite. La Corte ha poi affermato che gli obblighi derivanti da un accordo internazionale non possono violare il principio del rispetto dei diritti fondamentali che deve caratterizzare tutti gli atti dell’Unione. L’esito è stato l’annullamento del regolamento comunitario, per quanto di ragione, per la violazione del principio di tutela giurisdizionale effettiva e la mancanza, nel sistema delle Nazioni Unite, di un adeguato meccanismo di controllo del rispetto dei diritti fondamentali (Corte di giustizia UE, sentenza 3 settembre 2008, cause C-402 P e 415/05 P, punti 316 e seguenti, 320 e seguenti).

fondamentali in un dato ordinamento e su chi ne siano i titolari: si tratta di una valutazione da compiere sul piano positivo, nei singoli ordinamenti⁶⁷.

Diritti inviolabili (o inderogabili o indisponibili o inalienabili). La nozione di diritti “inviolabili” è fra le più diffuse negli ultimi decenni, spesso quale sinonimo di diritti fondamentali. Non a caso alcuni ritengono che i diritti inviolabili coincidano con i diritti fondamentali, in quanto diritti che lo Stato non può e non deve violare⁶⁸.

A livello terminologico la inviolabilità indica, del resto, proprio la impossibilità che tali diritti siano violati: «sta ad indicare, nel significato ricavabile anche dall’uso che se ne fa nel linguaggio comune, la giuridica (e perciò legale) impossibilità per tutti» (e quindi anche per i poteri pubblici e per i privati nei loro rapporti)⁶⁹ di determinare «l’eliminazione o anche la sostanziale compressione dei diritti qualificati come tali»⁷⁰. Non a caso alcuni preferiscono parlare di diritti inalienabili o inderogabili⁷¹.

La nozione di inviolabilità indica, quindi, il carattere assoluto e immodificabile dei diritti. Perciò si ritiene che trovi fondamento non semplicemente nel diritto positivo del singolo Stato, ma in una base giusnaturalistica, materiale o etico-sociale, in carte internazionali e nella stessa concezione logica di ordinamento giuridico, quali condizioni a priori della democrazia pluralista⁷².

⁶⁷ Cfr. COSTA [Diritti fondamentali (storia), cit., 365], il quale osserva che alla luce della ampia definizione teorica – a rigore – anche il più futile dei diritti, tipo il diritto dei maschi di oltre 60 anni a fumare la pipa, possa essere fondamentale in un dato ordinamento.

⁶⁸ GUASTINI, *Diritti*, cit., 153.

⁶⁹ I diritti inviolabili sono da rispettare anche fra privati, come confermato dalla giurisprudenza costituzionale (sent. n. 184 del 1986).

⁷⁰ Sono parole di ROSSI, Art. 2, in *Comm. alla Cost. Bifulco-Celotto-Olivetti*, Torino, 2006,

⁷¹ Ad es., CATALDI, Diritti inderogabili, in *Diritti umani. Cultura dei diritti e dignità della persona nell’epoca della globalizzazione*, a cura di Flores, Torino, 2007, I, 382 s.

⁷² Non è questa la sede per ricostruire tali diverse impostazioni, comunque tutte legate alla idea che i diritti inviolabili, in quanto fondamentali, siano preesistenti allo Stato e alla stessa persona umana. È sufficiente rinviare, anche per ampi richiami, a BALDASSARRE, Diritti inviolabili, cit., 4 ss. Sul dibattito, ancora aperto, circa il fondamento dei diritti fondamentali anche LUCIANI, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, a cura di Brunelli-Pugiotto-Veronesi, III, Padova, 2009, 1055 ss., MANGIAMELI, *Il contributo dell’esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in www.giurcost.org, 2006; SPADARO, *Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali”*, cit.

Si ritiene che la nozione di inviolabilità dei diritti nasca, a livello positivo, con le Dichiarazioni dei diritti degli Stati americani e in particolare con la Costituzione della Georgia del 1777, che all'art 61 prevedeva che alcuni diritti (libertà di stampa e ricorso a una giuria) «*remain inviolate forever*». È stata poi la Costituzione di Weimar a utilizzare più volte l'espressione “*unverletzlich*”, consolidando tale nozione nella giuspubblicistica europea.

Nell'ordinamento italiano la inviolabilità ha il suo solenne riconoscimento nell'art. 2 Cost. secondo cui «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità». Va ricordato che in Assemblea Costituente si valutarono diverse aggettivazioni dei diritti dell'uomo, prima di scegliere quella della inviolabilità. Infatti, il testo inizialmente proposto parlava di diritti “inalienabili e sacri”, mentre il testo del progetto di diritti “essenziali”⁷³.

Dato il riconoscimento positivo a livello costituzionale, la nozione di diritti inviolabili è stata affrontata ampiamente anche in giurisprudenza costituzionale, chiarendone la portata. La Corte ha specificato che l'art. 2 Cost. eleva «a regola fondamentale dello Stato, per tutto quanto attiene ai rapporti tra la collettività e i singoli, il riconoscimento di quei diritti che formano il patrimonio irretrattabile della persona umana [e che...] appartengono all'uomo inteso come essere libero» (cfr. sent. n. 11/1956): diritti che, stante il loro «carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal costituente» (sent. n. 366/1991), non possono «essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali» (sent. n. 1146/1988), perché «appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana». Così «è proprio dei diritti inviolabili di essere automaticamente incorporati, quantomeno nel loro contenuto essenziale, anche negli ordinamenti giuridici autonomi, speciali, o comunque diversi da quello statale»⁷⁴.

⁷³ Cfr., in sintesi, FALZONE-PALERMO-COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, nuova ediz., Milano, 1991, 22 ss.

⁷⁴ Sent. n. 539/1990; anche n. 235/1988.

In questa giurisprudenza cogliamo il carattere essenziale della inviolabilità: cioè la circostanza che si tratta di diritti che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale in alcun modo, neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali.

A corollario si rammenti che si tratta comunque di diritti irrinunciabili da parte del titolare⁷⁵.

Al pari della Costituzione italiana molte altre Costituzioni contemporanee garantiscono la inviolabilità dei diritti (ad es. art. 10, 1° co., Spagna; art. 11 Giappone; art. 5 Brasile; art. 1 Germania; art. 1 Finlandia).

Va precisato che i diritti inviolabili sono stati classificati in “originari” e “derivati”. Per diritti inviolabili originari (o generali o in senso stretto) si intendono i diritti di libertà dell’uomo e del cittadino (libertà personale, di domicilio, etc.), che si configurano come essenziali alla stessa forma repubblicana, in quanto condizioni universali della democrazia. I diritti inviolabili derivati (o speciali o in senso ampio) indicano posizioni che la Costituzione valuta come determinanti alla qualificazione pluralistica dell’ordinamento, quali precondizioni specifiche del singolo ordinamento democratico (es. diritto a contrarre matrimonio, diritti connessi alla proprietà, etc.)⁷⁶.

578

La differenziazione – tuttavia non accolta in via applicativa dalla giurisprudenza costituzionale – diviene rilevante per il diverso modo di atteggiarsi della garanzia di inviolabilità. Per i primi, ad essere ritenuto inviolabile è il “contenuto essenziale”⁷⁷, per i secondi la “garanzia d’istituto”: in pratica, ad essere differente è il grado di resistenza del singolo diritto nella

⁷⁵ Cfr., ad es., sent. n. 125/1979, rispetto alla non rinunciabilità dei diritti inviolabili da parte dell’imputato: «L’imputato non può rinunciare ai diritti inviolabili dei quali è titolare, né può disporre delle garanzie che gli derivano dalle norme costituzionali suaccennate (artt. 25, 26, 27, 101, 102, 103 ultimo comma, 109, 111, 112)».

⁷⁶ BALDASSARRE, Diritti inviolabili, cit., 23 ss., anche per gli ampi richiami.

⁷⁷ Ovvero, per utilizzare parole della Corte costituzionale, «la garanzia di un nucleo irriducibile del diritto» protetto dalla Costituzione «come ambito inviolabile della dignità umana» che impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela (sent. n. 252/2001). Per una recente analisi, MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali*, Torino, 2012.

attuazione e nel bilanciamento, nel senso che per i diritti inviolabili derivati è pensabile una maggiore adattabilità e modulabilità⁷⁸.

Diritti umani (o diritti dell'uomo): sono i diritti che si sostiene spettino agli esseri umani in quanto tali, indipendentemente dal loro riconoscimento da parte di un diritto positivo, e che neppure lo Stato possa comprimere nella loro essenza ovvero ostacolare nella loro realizzazione. In questo, i diritti umani si differenzerebbero dai diritti costituzionali che sono invece, in genere, riconosciuti ai cittadini in senso tecnico-giuridico.

La nozione di diritti umani emerge – normativamente - nel Settecento riformatore e trova il suo primo e più solenne riconoscimento nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Dopo la Seconda guerra mondiale, la tutela dei diritti dell'uomo è stata affidata ad atti di diritto internazionale, a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (ONU 1948, affermando all'art. 1 che «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti») e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 (nel cui preambolo si afferma che diritti dell'uomo e libertà fondamentali «costituiscono le basi stesse della giustizia e della pace nel mondo»).

In genere possiamo ritenere che i diritti umani corrispondano, tradizionalmente, ai cosiddetti diritti di prima e di seconda generazione. Ma, a ben vedere i diritti umani non sono il prodotto della natura, ma della civiltà umana, ossia sono diritti storici e in quanto tali mutevoli: per cui possiamo ritenere che un diritto diventi umano quando fondato e riconosciuto con consenso generale⁷⁹.

Alcuni ritengono che siano diritti umani quelli riconosciuti da norme internazionali, mentre fondamentali quelli sanciti nelle Carte costituzionali⁸⁰. Comunque ci avviciniamo alla nozione resa celebre da Dworkin dei diritti “presi sul serio” come esigenza di riconoscere e tutelare i diritti anche al di fuori e al di sopra degli Stati, come vincoli morali ancora prima che costituzionali ai poteri pubblici.

⁷⁸ Per tutti MODUGNO, *I “nuovi” diritti*, cit., 104 s.

⁷⁹ BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 17 ss.; GUASTINI, *Diritti*, cit., 152.

⁸⁰ PARIOTTI, *I diritti umani. Tra giustizia e ordinamenti giuridici*, Torino, 2008, 4 s.

Dai diritti umani occorre distinguere il *diritto internazionale umanitario*, che disciplina le modalità di impiego della forza armata, incluse le armi, e la tutela dei prigionieri di guerra e delle popolazioni civili in caso di conflitti armati. Ha come fonte le quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e i Protocolli aggiuntivi de L'Aja del 1977⁸¹.

PARTE III: DISCIPLINA E GARANZIE DEI DIRITTI

6. Titolarità

A questo punto, dopo la ricognizione storica e definitoria, occorre passare ad un esame più compiuto dei diritti, esaminando i tre aspetti caratterizzanti: titolarità, contenuto e garanzie.

I diritti spettano ai soggetti, cioè alle persone, per come loro attribuiti dagli ordinamenti giuridici. Possiamo allora ritenere che i diritti (soggettivi) sono attribuiti agli uomini dal diritto (oggettivo). Con due precisazioni. Innanzitutto, il diritto oggettivo può attribuire diritti anche a non persone umane, come accade per le persone giuridiche e, almeno in alcuni ordinamenti, agli animali. Abbiamo poi diritti che non sono attribuiti da norme giuridiche, ma da norme di altri contesti sociali nei quali viviamo, come la religione, lo sport, la morale. Ovviamente al diritto oggettivo interessano in prima battuta soltanto i diritti positivamente attribuiti dal diritto oggettivo. E ciascun ordinamento disporrà la titolarità dei diritti: alle persone umane, alle persone giuridiche, a categorie determinate o, più di frequente, ai cittadini.

581

I titolari dei diritti sono infatti, di regola, i cittadini per come identificati dai singoli ordinamenti. Dopo i riconoscimenti generalizzati dei diritti dell'uomo a fine Settecento, le costituzioni dell'Ottocento e del Novecento hanno riservato generalmente ai cittadini il godimento dei diritti fondamentali; quelle recenti, invece, lo estendono per lo più anche agli stranieri, con alcune limitazioni e precisazioni. Del resto, malgrado la sempre più ampia tendenza a un riconoscimento ampio dei diritti umani, per tutto il XX secolo in molti Stati, soprattutto di *common law*, anche in costanza di regimi democratici, si sono verificati gravi problemi di riconoscimento dei

⁸¹ Cfr., di recente, CASTELLANETA, Conflitti armati, in *Enc. dir., Annali V*, Milano, 2012, specie 323 ss.

diritti in favore delle popolazioni indigene, come la segregazione razziale negli USA, l'apartheid in Sudafrica, la questione aborigena in Australia⁸². E anche di recente continuano forme di persecuzione razziale, come ad es. per la questione tibetana in Cina o significative limitazioni dei diritti fondamentali (si pensi alla Turchia o ancora alla Cina, ad es. rispetto alla libertà di stampa e all'utilizzo di internet). Del resto, in altri Stati come l'India continuano ad operare sistemi di stratificazione sociale di carattere ereditario, mediante caste a cui si collegano diritti e prerogative, malgrado la Costituzione del 1950 le abbia rigorosamente vietate⁸³.

582

Ad ogni modo, per quanto sia sempre più ampia – almeno a parole – la tendenza a riconoscere i diritti agli uomini, si è in generale d'accordo nel distinguere tre ambiti di titolarità dei diritti nei singoli ordinamenti: per i cittadini, per gli uomini (quindi anche agli stranieri) e, come una via di mezzo, i diritti “attenuati”, caratterizzati da un grado di tutela variabile⁸⁴.

Passando ad esaminare l'ordinamento italiano, nel concreto la Costituzione e le leggi attribuiscono i diritti a una categoria determinata di beneficiari: ovviamente più si tratta di diritti correlati alla natura umana, più ne sarà ampio il riconoscimento soggettivo. Ma si tratterà sempre di un riconoscimento legale, quale ascrizione ai titolari.

⁸² Sugli aborigeni, esempio emblematico l'art. 25 della Costituzione Australiana del 1900 che legittimava la legge a escludere dal diritto di voto le persone appartenenti a determinate razze residenti nello Stato: MAZZA, *La protezione dei popoli indigeni nei paesi di common law*, Padova 2004; FODELLA, La tutela dei diritti collettivi: popoli, minoranze, popoli indigeni, in *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, a cura di Pineschi, Milano 2015; BASSU, *Tutela giurisdizionale dei diritti e metodo comparato*, cit., 20 ss.

⁸³ Cfr. art. 15: «(1) The State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them.

(2) No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them, be subject to any disability, liability, restriction or condition with regard to: (a) access to shops, public restaurants, hotels and places of public entertainment; or (b) the use of wells, tanks, bathing ghats, roads and places of public resort maintained wholly or partly out of State funds or dedicated to the use of the general public».

E anche art. 46, 325, 330, 335, 338 e 341 della Costituzione dell'India.

⁸⁴ Cfr. FAVOREAU, Diritti dell'uomo, in *Enciclopedia del Novecento*, Supplemento II, Roma, 1998; da ultimo cfr. GIORGIS-GROSSO-LOSANA (a cura di), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'eguaglianza formale*, Milano, 2017.

Alcuni esempi tratti rendono evidente il differente ambito di titolarità dei diritti individuali: art. 17: «I cittadini hanno diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi»; art. 19: «Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa»; art. 36: «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro»; art. 37: «La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore»; art. 38, 2° co.: «Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale». Nella stessa Costituzione troviamo anche ascrizioni di diritti a persone giuridiche: art. 8, 2° co.: «Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti»; art. 33, 2° co.: «Enti e privati hanno il diritto di istituire scuole ed istituti di educazione»; art. 34, 3° co.: «Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato».

583

Questi esempi dimostrano che i titolari dei diritti possono essere i più vari a seconda delle varie posizioni giuridiche, in quanto, comunque, spetta alla norma ascrivitrice di potere individuare chi ne siano i beneficiari.

Passiamo ora ad esaminare in maniera più analitica le singole categorie di possibili titolari.

In linea generale, gran parte dei diritti è testualmente attribuita in Costituzione ai *cittadini*. Anche se la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto che i diritti inviolabili vadano riconosciuti agli esseri umani e quindi anche agli apolidi⁸⁵ e agli stranieri: «Il testuale riferimento dell'art. 3, 1° co., ai soli cittadini non esclude, in effetti, che l'eguaglianza davanti alla legge sia garantita agli stessi stranieri, là dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo»⁸⁶. Da ultimo, si esprime in maniera riassuntiva la sent. n. 245/2011: «è certamente vero che la “basilare differenza esistente tra il cittadino e lo straniero” – “consistente nella circostanza che, mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo” – può “giustificare

⁸⁵ Interessante la sent. n. 172/1999 della Corte costituzionale sull'adempimento del servizio militare da parte degli apolidi.

⁸⁶ Così sent. n. 54/1979, ma anche sentt. n. 120 del 1967, n. 104/1969 e n. 144/1970. Più di recente sent. n. 432/2005; n. 306/2008. In dottrina, LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza: la vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Milano, 2016; ZONCA, *Cittadinanza sociale e diritti degli stranieri*, Padova, 2016.

un loro diverso trattamento” nel godimento di certi diritti (sentenza n. 104/1969), in particolare consentendo l’assoggettamento dello straniero “a discipline legislative e amministrative” ad hoc, l’individuazione delle quali resta “collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici” (sentenza n. 62/1994), quali quelli concernenti “la sicurezza e la sanità pubblica, l’ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione” (citata sentenza n. 62/1994). Tuttavia, resta pur sempre fermo – come questa Corte ha di recente nuovamente precisato – che i diritti inviolabili, di cui all’art. 2 Cost., spettano “ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani”, di talché la “condizione giuridica dello straniero non deve essere pertanto considerata – per quanto riguarda la tutela di tali diritti – come causa ammissibile di trattamenti diversificati e peggiorativi” (sentenza n. 249/2010)».

583

Quanto alla cittadinanza viene poi in rilievo la questione del riconoscimento di diritti ai *cittadini dell’Unione europea*. Sappiamo che la cittadinanza europea è una cittadinanza derivata e complementare, nel senso che spetta automaticamente ai cittadini degli Stati membri dell’Unione europea e non sostituisce la cittadinanza nazionale (ora, art. 20 Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea). La cittadinanza europea comporta una limitata libertà di circolazione e soggiorno negli Stati membri, il diritto di voto nelle elezioni comunali e la tutela consolare (artt. 21, 22, 23 TFUE). La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione aggiunge per i cittadini dell’Unione il diritto di cercare lavoro, il diritto di accesso ai documenti e il diritto di petizione (artt. 15, 42, 44). Non è invece automatico che uno Stato membro riconosca a un cittadino dell’Unione diritti garantiti e tutelati nel proprio ordinamento. Dipende sempre dalla disciplina interna dello Stato: caso emblematico è ad es. il diritto di essere assunti presso amministrazioni pubbliche che la legislazione italiana riconosce ai cittadini di Stati membri UE soltanto «presso amministrazioni pubbliche che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell’interesse nazionale»⁸⁷. Del resto, l’art. 51 della nostra Costituzione riserva testualmente ai “cittadini” l’accesso agli uffici pubblici⁸⁸.

⁸⁷ Art. 38 d.lg. n. 165/2001.

⁸⁸ Non a caso la giurisprudenza in via applicativa appare oscillante: v. il caso del Presidente di Autorità Portuale (T.A.R. Puglia, Lecce, n. 1138/2012; C. St., n.

Interessante rilevare che i singoli ordinamenti possono riconoscere diritti anche *a persone non ancora nate* come l'embrione e il concepito (classico esempio, i diritti successori: art. 462 c.c.)⁸⁹, che comunque la Corte costituzionale ha ritenuto titolari di diritti inviolabili⁹⁰.

Questione molto complessa è la riconoscibilità di diritti *a persone che non siano più in grado di intendere e di volere*. Caso emblematico è quello dei trattamenti di fine vita e della possibilità di esprimere il proprio consenso a forme di eutanasia da parte dei soggetti impossibilitati a farlo (in Italia emblematici i casi Englaro e Welby)⁹¹.

Ovviamente i diritti vanno riconosciuti anche *alle persone in stato di "soggezione speciale"*, tipo i detenuti, sia pure con le ragionevoli limitazioni connesse al regime detentivo⁹², con specificità se si tratti di detenzione militare⁹³.

585

Per quel che riguarda le *persone giuridiche*, a prima impressione non sembra pensabile che possano essere titolari di diritti. Tale preclusione è sicuramente vera per i diritti consustanziali alla corporeità umana (libertà personale, vita, salute, matrimonio). Mentre ormai si riconosce stabilmente – anche alla luce del riconoscimento esplicito dell'art. 2 ai «diritti [...] nelle formazioni sociali»⁹⁴ – che possano essere titolari di diritti relativi alla vita di azione e relazione non corporea (libertà di stampa, libertà di espressione, diritto di proprietà, diritto di agire in giudizio ecc.). Ovviamente tali diritti

1210/2015); e il più recente caso delle nomine di stranieri a Direttori di Musei: cfr. T.A.R. Lazio, n. 6170 e 6171 del 2017; e C. St. (ord.) n. 2471 e 2472 del 2017.

⁸⁹ «Sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione. Salvo prova contraria, si presume concepito al tempo dell'apertura della successione chi è nato entro i trecento giorni dalla morte della persona della cui successione si tratta. Possono inoltre ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti».

⁹⁰ Sent. n. 27/1975. Anche sent. n. 151/2009; e n. 229/2015.

⁹¹ In Europa, ad ora, l'eutanasia è consentita per legge in alcuni Stati, come Belgio e Olanda: cfr. D'ALeia, Eutanasia (dir. cost.), in *Digesto Dig. pubbl.*, Torino, 2012.

⁹² Cfr. Corte cost. sent. n. 26/1999.

⁹³ Cfr. Corte cost. sent. n. 414/1991.

⁹⁴ Cfr. PACE, *Problematica*, cit., 17 s.

sono riconoscibili anche alle persone giuridiche di natura pubblica (soprattutto università, ospedali, ordini professionali)⁹⁵.

La tutela di specifici diritti, specie di nuova generazione, può essere affidata alla *titolarità di gruppi e associazioni esponenziali* (esempio classico, la tutela dell'ambiente: cfr. ora artt. 309 e 301 d.lg. n. 152/2006).

Questione aperta è la titolarità dei diritti da parte degli *animali*. Tradizionalmente oggetto di disciplina a tutela della comune sensibilità (reati di maltrattamento) o a fini commerciali, da molti anni si è sviluppato un dibattito etico sulla soggettività anche giuridica degli animali⁹⁶. Al momento l'affermazione più significativa è quella contenuta nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (per come modificato nel 2007), che all'art. 13 prevede: «Nella formulazione e nell'attuazione delle politiche dell'Unione nei settori dell'agricoltura, della pesca, dei trasporti, del mercato interno, della ricerca e sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione e gli Stati membri tengono pienamente conto delle esigenze in materia di benessere degli animali in quanto esseri senzienti, rispettando nel contempo le disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, le tradizioni culturali e il patrimonio regionale».

Infine, si inizia timidamente ad affacciare una questione che probabilmente diverrà di grande importanza nei prossimi decenni con lo sviluppo dell'intelligenza artificiale, concreto sviluppo delle tre “leggi della robotica” pensate da Asimov fin dall'inizio degli anni '40 del Novecento. Si tratta dei *diritti delle macchine* e soprattutto dei robot, configurando una

⁹⁵ FAVOREAU, *Diritti dell'uomo*, cit. Cfr. anche P. RESCIGNO, *Persona e comunità*, 2 voll., Padova, 1987-88.

⁹⁶ F. RESCIGNO, *I diritti degli animali. Da res a soggetti*, Torino, 2005; CASTIGNONE-LOMBARDI VALLAURI (a cura di), *La Questione Animale, Trattato di Biodiritto*, Milano, 2012, 267; POLLO, *Umani e animali: questioni di etica*, Roma, 2016; PELAGATTI, *Dignità e diritti degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*, in www.dirittifondamentali.it, 2017. La protezione degli animali è comunque prevista nella Costituzione svizzera (art. 80) e nella Costituzione dell'India (art. 48).

“personalità elettronica”, con precisi diritti e doveri, tra cui anche quello di pagare le tasse⁹⁷.

7. Contenuto dei diritti

Il “contenuto” dei diritti può essere affrontato in due sensi differenti: come contenuto giuridico, nel senso di quale sia la pretesa giuridica che i diritti comportano; oppure dal punto di vista sostanziale, per valutare quale sia il bene della vita alla cui protezione mira il riconoscimento del diritto.

Per affrontare il primo aspetto, occorre partire dalla considerazione che il concetto di diritto soggettivo (con le sue varianti) è uno dei più importanti e dibattuti dell’intera scienza giuridica, anche nelle implicazioni filosofiche⁹⁸.

Per quel che riguarda le posizioni soggettive che si sviluppano nei rapporti con il potere pubblico, ormai è consolidata la posizione che sia impossibile differenziarle contenutisticamente, come avevano cercato di fare i sostenitori dei diritti pubblici soggettivi (Jellinek, von Gerber, S. Romano). La dottrina più avveduta ha messo puntualmente in luce che i diritti pubblici soggettivi sono una categoria insoddisfacente, approssimativa e non esatta: «al diritto soggettivo non si addice la distinzione fra pubblico e privato», perché «il diritto soggettivo non possiede nel campo del diritto pubblico delle particolarità»⁹⁹. Del resto, è rimasta insuperata l’obiezione che anche il diritto «ad allacciarsi le scarpe può essere un diritto pubblico subiettivo, se il cittadino ha la pretesa a non essere molestato dagli organi pubblici mentre lo fa»¹⁰⁰.

587

⁹⁷ Si prenda ad esempio il progetto di relazione recante “Raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL))” presentato al Parlamento europeo il 31-5-2016.

⁹⁸ Per una ricognizione dei problemi di deduzione dei diritti soggettivi dal diritto oggettivo è sufficiente rinviare a CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 659 ss.

⁹⁹ Le citazioni sono rispettivamente di Casetta, *Diritti pubblici subiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 796; e Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, 504; ampiamente, Pierandrei, *I diritti subiettivi pubblici nell’evoluzione della dottrina germanica*, Torino, 1940.

¹⁰⁰ Amato, *Le istituzioni della democrazia*, cit., 68.

I diritti che vengono a rilevare in campo pubblicistico sono per natura assai simili – anzi identici¹⁰¹ – a quelli privatistici. Sono tutti intrecciati del medesimo tessuto normativo, ma si caratterizzano perché ad essi non corrispondono situazioni giuridiche soggettive rispetto ad altre persone, bensì «interessi e valori fondamentali della vita dell'uomo, come individuo e come componente la collettività o società politicamente organizzata, valori e interessi che la stessa organizzazione giuridico-politica deve riconoscere e tutelare»¹⁰². Sono diritti a rilevanza pubblica, nel senso che operano nei rapporti fra cittadini e Stato.

Anche dal punto di vista della posizione giuridica soggettiva, i diritti a rilevanza pubblica non si differenziano da quelli a rilevanza privata. A seconda della stessa struttura della norma costituzionale ascrivitiva, all'interno del singolo diritto si configureranno diritti soggettivi, permessi, facoltà, interessi legittimi, interessi collettivi¹⁰³. L'orientamento più rigoroso propende, invece, per una impostazione più formalistica, ritenendo che i diritti previsti in Costituzione possano recare solamente diritti soggettivi, in quanto l'interesse legittimo viene in rilievo rispetto ad atti soggettivamente e oggettivamente amministrativi. Sarà quindi l'intervento del legislatore a poter configurare alcune posizioni di diritti previsti in Costituzione anche in termini di interessi legittimi. Gli interessi legittimi cioè discenderanno dagli atti amministrativi sulla cui base si darà concreta esplicazione ai diritti costituzionali (si pensi al preavviso rispetto alla libertà di riunione)¹⁰⁴.

Passando al secondo profilo contenutistico, quello della “sostanza” dei diritti, occorre inevitabilmente partire dalla individuazione di “quali” sono i diritti riconosciuti, garantiti e tutelati.

Le attuali Costituzioni democratiche pluralistiche si pongono come tavola ordinativa di un processo di integrazione, per cui i cataloghi dei diritti

¹⁰¹ In fondo la struttura dei diritti è analoga alla struttura della materia: si tratta dei medesimi elementi che si combinano in maniera differente, per i diritti rispetto ai beneficiari e ai soggetti verso cui si pone la tutela.

¹⁰² Sono parole di ORESTANO, *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 705.

¹⁰³ BARILE, *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali: un'introduzione*, in *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, a cura di Lanfranchi, Roma, 1997, 16 s.

¹⁰⁴ PACE, *Problematica*, cit., 38 s.

non sono espressione di assetti monodimensionali, ispirati da un criterio guida univoco, ma sono aperti a molteplici virtualità di temperamento, proprio in forza del pluralismo¹⁰⁵. Così possiamo assistere a una dilatazione del catalogo dei diritti, proiettandosi sempre di più verso diritti collegati con lo sviluppo reale della vita e delle condizioni sociali. Ne discende che il tentativo di classificare in maniera veramente adeguata il contenuto dei diritti positivizzati in tutte le Costituzioni del mondo possa essere esaudito soltanto operando come i cartografi di Borges, i quali, volendo realizzare una carta geografica veramente fedele si accorsero che l'unica soluzione veramente soddisfacente consisteva nella perfetta mimesi dei luoghi geografici e, quindi, finirono per preparare una (del tutto inutile) carta dell'Impero grande come l'intero Impero¹⁰⁶.

Data questa premessa, le principali classificazioni contenutistiche dei diritti vanno comunque affrontate nella consapevolezza che si tratta di catalogazioni approssimative se non fuorvianti¹⁰⁷.

Tradizionalmente si parte dai quattro “status” fondamentali del cittadino, utilizzati da Jellinek per classificare i diritti pubblici soggettivi¹⁰⁸:

589

- “*status passivus*”, che esprime la subordinazione alla legge;
- “*status negativus*”, che indica la sfera di libertà del cittadino dallo Stato;
- “*status positivus*”, che attiene alle pretese del singolo nei confronti dello Stato;
- “*status activus*”, relativo ai diritti di partecipazione politica.

Segue la medesima impostazione anche la classificazione proposta a inizio Novecento da Santi Romano: diritti della personalità, diritti funzionali, diritti pubblici di prestazione, diritti pubblici reali e diritti pubblici di monopolio¹⁰⁹. Si tratta ovviamente di approcci ormai superati, fondati sulla soggezione dei cittadini al potere statale e limitata alla garanzia della mera capacità giuridica del soggetto¹¹⁰.

¹⁰⁵ Così, ora, RIDOLA, Diritti costituzionali, in *Enc. giur.*, Milano, 2007, 5, 141 s.

¹⁰⁶ Cfr. BORGES, *Del riposo della scienza*, in *Tutte le opere*, I, Milano, 1984, 1252.

¹⁰⁷ Cfr. da ultimo BALDINI, *Che cosa è un diritto fondamentale*, cit., 30.

¹⁰⁸ JELLINEK *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, ediz. italiana a cura di V.E. Orlando, Milano, 1912, 105 ss.

¹⁰⁹ S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale generale*, IV ediz. Padova, 1931, 74 ss.

¹¹⁰ Cfr. PACE, *Problematica*, cit., 30 s.; RIDOLA, Diritti costituzionali, cit., 140 s.

Negli ultimi decenni si è proposta una classificazione sulla base della struttura dei diritti, differenziando fra¹¹¹:

- a) diritti della persona (a vita, onore, reputazione, libertà, dignità);
- b) diritti matrimoniali e familiari;
- c) diritti di proprietà privata;
- d) diritti di prestazione positive (diritti sociali) e negative;
- e) diritto al pari trattamento (eguaglianza);
- f) diritti politici (voto, petizione, iniziativa legislativa, referendum);
- g) diritti di autotutela (es. sciopero);
- h) diritto alla tutela giurisdizionale.

Si tratta di una classificazione utile, ma comunque parziale, come tutti i tentativi di differenziare i diritti per struttura e contenuto. A rigore, soltanto all'interno di un singolo ordinamento costituzionale potrebbe essere pensata una mappatura, comunque con le intersezioni e le sovrapposizioni con i livelli di tutela sovranazionale dei diritti.

590

A livello generale, può essere proficuo mettere in luce talune classificazioni che fanno emergere aspetti rilevanti dei caratteri contenutistici propri dei diritti¹¹².

- *Individuali o ad esercizio collettivo*. Dal punto di vista della titolarità dell'esercizio possiamo differenziare i diritti che vengono esercitati a livello individuale (manifestazione del pensiero, corrispondenza, domicilio) da quelli che implicano un esercizio necessariamente collettivo (diritto di sposarsi, diritto di sciopero, riunione, associazione). Ovviamente anche le persone giuridiche possono esercitare libertà individuali (es. la libertà di domicilio).

- *Assoluti o relativi*. Rispetto ai destinatari, viene tradizionalmente utilizzata la differenziazione privatistica¹¹³ fra diritti assoluti, che possono essere fatti valere *erga omnes* e diritti relativi che invece prevedono destinatari individuati. In genere le libertà classiche operano in maniera

¹¹¹ Cfr. PACE, *Problematica*, cit., 43 ss.

¹¹² Cfr., riassuntivamente, OLIVETTI, *I diritti fondamentali. Lezioni*, Foggia, 2015, 18 ss.

¹¹³ Per tutti, SANTORO PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 748 ss.

assoluta, mentre i diritti sociali sono esigibili soltanto rispetto ai soggetti tenuti a erogare la prestazione.

- *Positivi o negativi.* Distinzione altrettanto classica viene operata rispetto alla tipologia di prestazione contenuta nella posizione soggettiva. I diritti positivi implicano una prestazione da parte dello Stato (diritti sociali), mentre i diritti negativi consistono in mero obbligo di astensione (libertà classiche), dato che l'intero contenuto del diritto si risolve «nella pretesa di escludere altri, siano privati e sia la pubblica autorità, dall'intervenire nella sfera lasciata alla disponibilità dei loro titolari»¹¹⁴. In pratica, i diritti positivi corrispondono a obblighi di fare, i diritti negativi a obblighi di non fare.

- *Individualistici o funzionali.* Dal punto di vista della struttura interna del diritto si è differenziato fra i diritti «attribuiti all'uomo come tale e a vantaggio dell'uomo [...] per l'appagamento egoistico dei suoi bisogni e desideri individuali»; e i diritti che vengono attribuiti al soggetto «nella sua specifica qualità di membro o di partecipe di determinate comunità per le funzioni che in esse il singolo debba esplicare, sicché tale partecipazione determina il contenuto ed i limiti del diritto»¹¹⁵. In tal modo si mette in rilievo se il diritto nel suo esercizio sia libero oppure finalizzato al perseguimento di interessi anche diversi da quelli del titolare. Alla prima categoria apparterranno i diritti tradizionali della persona; al secondo i diritti politici e le potestà familiari.

591

Altre classificazioni, proposte negli anni facendo leva sulle categorie più tipicamente civilistiche (trasmissibilità, rinunciabilità, esercizio solo personale o delegabile)¹¹⁶, oggi non sono più considerate, in quanto legate alla teoria dei diritti pubblici soggettivi.

8. Impianto e portata dei diritti nella Costituzione italiana

Dal punto di vista contenutistico, è ovviamente più agevole classificare i diritti di un dato ordinamento positivo, partendo dai diritti disciplinati nella Carta costituzionale.

¹¹⁴ Sono parole di MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1035 s.

¹¹⁵ Le parole sono di ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 8.

¹¹⁶ Cfr. S. ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, cit., 78 s.

Dalla Costituzione italiana – al pari delle altre Costituzioni europee coeve – emerge un quadro di diritti molto ampio e articolato, che assorbe gli orientamenti della cultura antifascista e si pone come compromesso fra le diverse culture politiche presenti in Assemblea Costituente. Come ben noto, la scrittura della Costituzione mise a confronto tre grandi schieramenti, ispirati da principi differenti e anche antagonisti: la cultura cattolica, quella liberale e quella comunista-socialista. Lo spirito costituente riuscì a smussare i contrasti, con soluzioni spesso di compromesso. Come la coesistenza del principio pluralista (art. 2) con l'eguaglianza sostanziale (art. 3, 2° co.), la armonizzazione fra libertà classiche e diritti sociali e, scendendo più nello specifico, la piena garanzia della libertà religiosa assieme a un regime comunque differenziato per la Chiesa cattolica, la visione cattolica del matrimonio (società naturale), ma senza la garanzia della indissolubilità del vincolo (art. 29) e così via.

592

Ad ogni modo, l'attuale impianto dei diritti della persona si fonda sulla eguaglianza sancita nell'art. 3 Cost., in chiave formale e sostanziale. E soprattutto sull'art. 2 secondo cui «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità».

L'art. 2 Cost. rappresenta la “pietra d'angolo”¹¹⁷ del modello costituzionale, al punto che per molti mesi in Assemblea costituente si era pensato di collocare tale disposizione come primo articolo. Si tratta della puntuale declinazione dei principi personalista, pluralista e solidarista, ponendo al centro del sistema i diritti inviolabili (e i doveri inderogabili) dell'uomo, non certo attribuiti – ma solo riconosciuti – dalla Costituzione¹¹⁸, in una costruzione “a piramide rovesciata”¹¹⁹.

¹¹⁷ Fu La Pira ad utilizzare questa espressione tipicamente biblica. Cfr. DE SIERVO, *Il pluralismo sociale dalla costituzione repubblicana ad oggi*, in AA.VV., *Il Pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, 1980, 62.

¹¹⁸ Per una sintesi sulle molte implicazioni di tali scelte del Costituente, cfr. ROSSI, Art. 2, cit., 38 ss.

¹¹⁹ Come suggerito da Aldo Moro, per mostrare che la tutela dei diritti fondamentali poneva al livello più basso la persona, per poi allargarsi verso l'alto nelle formazioni sociali dove la persona è chiamata a operare (famiglia, scuola, confessione religiosa, comunità del lavoro, sindacato, partito). Cfr. ora CHELI, *Nata per unire*, Bologna, 2012, 69 s.

Particolare attenzione è stata posta alla scelta del verbo “riconosce” per la attribuzione dei diritti dell’uomo, in cui si intravede – quanto meno – in controluce, la volontà di affermare il carattere pre-statale dei diritti, quale formula “dichiarativa di una realtà che preesiste allo stato e ne condiziona la attività, trovando così il suo fondamento nel diritto naturale”¹²⁰, anche se in dottrina il dibattito sul fondamento dei diritti fondamentali resta aperto¹²¹.

Su questa base i diritti dei cittadini (insieme ai doveri) sono puntualmente disciplinati nella parte I, “Diritti e doveri dei cittadini”, divisa in quattro titoli, che rispecchiano l’impostazione classica della prima e della seconda generazione dei diritti:

- Titolo I – Rapporti civili (artt. 13-28);
- Titolo II – Rapporti etico-sociali (artt. 29-34);
- Titolo III – Rapporti economici (artt. 35-47);
- Titolo IV – Rapporti politici (artt. 48-54).

593

Inoltre, la Carta fondamentale riconosce diritti anche nelle altre parti della Costituzione. Così accade per i “Principi fondamentali”, che fondano quanto meno il diritto al lavoro (art. 4 Cost.), alla tutela delle minoranze linguistiche (art. 6), i diritti delle confessioni religiose (artt. 7 e 8), la tutela del paesaggio e del patrimonio artistico da cui si fa discendere anche la tutela dell’ambiente (art. 9), il diritto di asilo e i diritti degli stranieri (art. 10). Ulteriori diritti discendono anche dalla parte II “Ordinamento della repubblica”, come i diritti politici di democrazia diretta (artt. 71 e 75), la libertà di comportamento del parlamentare (art. 67), l’immunità parlamentare (art. 68), i diritti dei magistrati (artt. 107 e 108), il diritto di azione e difesa (artt. 111 e 113 che completano quanto introdotto dall’art. 24). Ancora, nelle disposizioni finali troviamo soprattutto limitazioni di diritti, come la riorganizzazione del partito fascista, “limitazioni temporanee al diritto di voto e alla eleggibilità per i capi responsabili del regime fascista” (XII disp.) e i limiti a ingresso, soggiorno e diritti politici per membri e discendenti di casa Savoia (XIII disp.).

¹²⁰ Così, anche se in chiave comunque perplessa, MORTATI, *Istituzioni*, cit., II, 1037.

¹²¹ Cfr. LUCIANI, *Positività, meta positività e parapositività dei diritti*, cit.; MANGIAMELI, *Il contributo dell’esperienza costituzionale italiana*, cit.; SPADARO, *Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali”*, cit.

Ovviamente per comprendere l'impianto dei diritti in un singolo ordinamento non è certo sufficiente una analisi formale del testo costituzionale, ma occorre valutare come e quali diritti siano stati individuati e applicati¹²², soprattutto nella giurisprudenza costituzionale.

9. Quali sono i diritti “inviolabili”?

Dal punto di vista terminologico, la Costituzione italiana utilizza la nozione di diritti “fondamentali” soltanto per il diritto alla salute (art. 32 Cost.) e fa esplicito riferimento ai diritti “dell'uomo” nell'art. 2 Cost. All'art. 119, 6° co. (nel testo modificato nel 2001) si parla di “diritti della persona”. Utilizza più di frequente il concetto di “inviolabilità”, sia nella clausola generale dell'art. 2, sia per qualificare alcuni diritti specifici (artt. 13, 14, 15 e 24 Cost.).

594

Non a caso, la nozione più approfondita nella dottrina e nella giurisprudenza è proprio quella di inviolabilità, per capire, data la definizione generica dell'art. 2 Cost. e di là dalle possibili impostazioni ermeneutiche (in chiave aperta o chiusa, cfr. *supra*), quali siano puntualmente i diritti che sono ritenuti inviolabili.

Volendo impostare l'analisi su un piano meramente testuale, ad essere inviolabili nella nostra Costituzione sono soltanto quattro diritti: la «libertà personale» (art. 13), il «domicilio» (art. 14), «la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione» (art. 15) «la difesa [...] in ogni stato e grado del procedimento» (art. 24, 2° co.).

Tuttavia, questa impostazione formalistica negherebbe ogni possibilità di lettura dinamica ed evolutiva dei diritti¹²³. Ecco allora che la giurisprudenza ha operato un notevole ampliamento del catalogo dei diritti ritenuti inviolabili,

¹²² A livello operativo, per valutare l'applicazione dei diritti in Italia, è sempre utile la consultazione dell'*Annuario italiano dei diritti umani*, pubblicato ogni anno dal Centro di Ateneo per i Diritti Umani dell'Università di Padova; <http://unipd-centrodirittiumani.it>.

¹²³ MODUGNO, *I “nuovi” diritti*, cit., 86.

con operazioni talora audaci¹²⁴. Per non disperderci, limitiamo qui la nostra analisi alla sola giurisprudenza della Corte costituzionale, del resto interprete privilegiato della Costituzione.

La Corte ha affermato, in via complessiva, che l'art. 2 Cost., nel tutelare i diritti inviolabili dell'uomo, si riferisce a diritti garantiti specificamente in altre norme della Costituzione (n. 29/1962, n. 238/1975; n. 188/1980) e che, esclusa la violazione della norma della Costituzione che tutela specificamente ogni singolo diritto inviolabile, è automaticamente esclusa anche la violazione dell'art. 2 Cost. (sent. n. 77/1972 e n. 577/1976)¹²⁵.

A livello specifico, la Corte ha riconosciuto il carattere della inviolabilità ai diritti inclusi nel titolo primo della parte I della Costituzione (relativo ai "rapporti civili"). Lo ha affermato in via generale: «nel titolo primo della prima parte della Costituzione vengono affermati, garantiti e tutelati alcuni fondamentali diritti di libertà – in gran parte compresi nella categoria dei diritti inviolabili dell'uomo genericamente contemplati nell'art. 2 –, che al singolo sono riconosciuti e che il singolo deve poter far valere *erga omnes*» (sent. n. 122/1970). E specificamente per i singoli diritti, come per la libertà di associazione (sent. n. 239/1984, sulla adesione obbligatorie alle comunità israelitiche), la libertà religiosa (da ultimo sent. n. 63/2016), la libertà di manifestazione del pensiero (sent. n. 122/1970, n. 168/1971, n. 470/1989, n. 467/1991), il diritto alla tutela giurisdizionale (sent. n. 18/1982 e n. 232/1989; limitabile nei rapporti con gli Stati stranieri: sent. n. 238/2014), il principio di legalità in materia penale (sent. n. 24/2017), il diritto alla vita («specificamente protetto – in sede penale – dall'art. 27, 4° co., Cost.»: sent. n. 54/1979).

Ugualmente lo ha riconosciuto rispetto a diritti contemplati nel Titolo II e nel Titolo III della parte prima (Rapporti etico-sociali e Rapporti economici), pur lasciando sul campo una serie di difficoltà ricostruttive circa la garanzia della inviolabilità rispetto a diritti che impongono prestazioni

¹²⁴ Emblematico, a fine anni '90, il caso del c.d. Multi-trattamento Di Bella, costoso farmaco sperimentale con cui si pensava di poter curare i tumori, posto a carico del SSN da una serie di decisioni di giudici di merito. Intervenne poi la Corte costituzionale con sent. n. 185/1998, comunque riconoscendo che «nei casi di esigenze terapeutiche estreme, [...] scaturiscono indubbiamente aspettative comprese nel contenuto minimo del diritto alla salute».

¹²⁵ Così, riassuntivamente, sent. n. 283/1987.

positive da parte dello Stato¹²⁶. Così si è affermata la inviolabilità per la libertà di contrarre matrimonio (sent. n. 245/2011); i diritti della famiglia (sent. n. 181/1976 e 414/1991); il diritto all'adozione da parte del minore abbandonato (sent. n. 199/1986); il diritto alla salute (di recente sent. n. 432/2005; n. 61/2011 e n. 235/2014), specie come integrità personale (sent. n. 319/1989; n. 235/2014), riconosciuto anche allo straniero irregolarmente presente nel territorio nazionale (sent. n. 252/2001); il diritto all'istruzione (sent. n. 215/1987); il diritto al lavoro (sent. n. 414/1991); la libertà di emigrazione (sent. n. 269/1986); il diritto al riposo *ex art.* 36 (sent. n. 102/1976); il diritto alla assistenza e alla previdenza (sent. n. 160/1974, n. 319/1989); il diritto all'abitazione (sent. n. 217/1988 e n. 404/1988, n. 559/1989, n. 106/2018 e 166/2018, n. 44/2020 e 79/2020); il diritto all'assistenza delle persone con disabilità (sent. n. 84/2018 e 137/2018, n. 83/2019).

E ancora per i diritti politici, come l'accesso alle cariche politiche (sent. n. 539/1990) e il diritto di elettorato passivo (da ultimo, sent. n. 235/2015).

Ma l'opera di estensione non si è fermata qui. La Corte infatti ha riconosciuto una serie di ulteriori diritti inviolabili (o fondamentali, dato che la giurisprudenza usa i termini spesso come sinonimi)¹²⁷, ovviamente in maniera analitica e non sistematica¹²⁸. A rigore qui si tratta già di “nuovi” diritti, in quanto comunque ulteriori rispetto al catalogo testuale contenuto nelle disposizioni costituzionali. Ma si tratta non soltanto di “nuovi” diritti, ma anche inviolabili.

Così, facendo leva direttamente sull'art. 2 Cost., ha riconosciuto il diritto alla vita «primo dei diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti dall'art. 2 Cost.» (sent. la sent. n. 223/1996), anche se in altri casi lo ha ricollegato direttamente all'art. 27, 4° co., Cost. (cfr. sent. n. 54/1979); il diritto alla identità personale (sent. n. 332/2000); il diritto al nome (sent. n. 13/1994); il diritto alla identità sessuale (sent. n. 161/1985 e n. 221/2015, anche se nella sent. n. 98/1979 lo aveva negato); il diritto alla libertà sessuale (sent. n. 561/1987); la libertà di coscienza (sent. n. 467/1991); il diritto alla convivenza *more uxorio* (sent. n. 140/2009); il diritto di abbandonare il proprio paese

¹²⁶ Cfr. MODUGNO, *I “nuovi” diritti*, cit., 65 ss.

¹²⁷ MODUGNO, *I “nuovi” diritti*, cit., 85.

¹²⁸ BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 27; MODUGNO, *I “nuovi” diritti*, cit., 82 ss.

(sent. n. 278/1992); il diritto al volontariato (sent. n. 75/1992); il diritto di trasmettere al figlio anche il cognome materno (sent. n. 286/2016).

In altri casi la Corte ha utilizzato l'art. 2 Cost. in combinato disposto ad altre norme costituzionali per riconoscere ulteriori diritti inviolabili. Come il diritto a decoro, onore, rispettabilità, riservatezza, intimità e reputazione (sent. n. 38/1973) oppure, onore e reputazione, sempre in connessione agli artt. 3 e 13 Cost. (sent. n. 1150/1988; sent. n. 86/1974); il diritto alla obiezione di coscienza, per l'operare congiunto degli artt. 2, 19 e 21 Cost. (sent. n. 467/1991); il diritto alla salute psico-fisica del disabile, *ex artt.* 2 e 32 Cost. (sent. n. 213/2016); la tutela del concepito (ai sensi degli artt. 2 e 31 Cost.; sent. n. 27/1975) e dell'embrione (sent. n. 151/2009; e n. 229/2015); il diritto al risarcimento del danno (art. 2 e 13 Cost.: sent. n. 132/1985); il diritto della coppia ad avere figli anche mediante fecondazione eterologa, in forza del congiunto operare degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost. (sent. n. 162/2014); il diritto di colui che subisce una perquisizione personale e/o domiciliare, autorizzata dal pubblico ministero per via telefonica, a conoscere per iscritto le ragioni di siffatta misura restrittiva, in forza del combinato disposto degli artt. 2, 3, 13, 14 e 24 Cost. (sent. n. 252/2020); il diritto di disporre di spazi adeguati per poter concretamente esercitare la libertà di culto (sent. n. 254/2019, in base agli artt. 2, 3 e 19 Cost.).

597

Spesso il combinato disposto per enucleare nuovi diritti inviolabili è tratto dagli artt. 2 e 24 Cost.: così per il diritto alla riparazione degli errori giudiziari (sent. n. 28/1969); il diritto al contraddittorio (sent. n. 356/1995); l'uso della lingua madre nella difesa in giudizio (sent. n. 62/1992); ancora, per la tutela del personale navigante anche nel procedimento disciplinare (sent. 364/1991), il diritto al silenzio dell'imputato (*ex multis*, sent. n. 238/2014 e ord. n. 117/2019).

Ovviamente non sempre e non tutti i diritti sono stati riconosciuti come “inviolabili”. Così la Corte ha negato il carattere della inviolabilità a una serie di diritti che pure avrebbero aggancio nelle disposizioni costituzionali¹²⁹: è il caso della autonomia contrattuale degli imprenditori agricoli (sent. n. 16/1968; e n. 56/1975); il diritto alla pubblicità del dibattimento (sent. n. 17/1981); l'interesse del contribuente alla giusta imposizione fiscale (sent. n. 283/1987); il trattamento pensionistico di reversibilità nelle coppie *more uxorio* (sent. n. 461/2000); la piena garanzia ai conviventi del diritto di

¹²⁹ Cfr. MODUGNO, *I “nuovi” diritti*, cit., 82 s.

successione *mortis causa* (sent. n. 310/1989); il contenuto afflittivo della consegna di rigore in ambito militare (sent. n. 406/2000); l'aspirazione dei singoli ad adottare, non riconducibile all'art. 2 Cost. (sent. n. 281/1994); il diritto dell'offeso a vedere punito l'offensore (sent. n. 300/1984); la costituzione di parte civile nei procedimenti di competenza del giudice militare (sent. n. 106/1977).

In altre occasioni ancora la Corte ha escluso la riconducibilità a diritti inviolabili di peculiari situazioni configurate dai giudici *a quibus*: come per il diritto di potersi conformare liberamente alla legge, anziché rispettarla (sent. n. 74/1975) oppure per l'obbligo di indossare le cinture di sicurezza, che ugualmente non comprime i diritti inviolabili dell'uomo (sent. n. 49/2009); oppure ancora, nell'escludere che la prostituzione volontaria partecipi della natura di diritto inviolabile, quale forma di estrinsecazione della libertà di autodeterminazione sessuale (sent. n. 141/2019). Interessante che la Corte abbia anche negato la tesi della "costituzionalizzazione" del principio di irretroattività in tutti i casi in cui la Costituzione ponga una riserva di legge per la disciplina di diritti inviolabili (sent. n. 235/2015).

598

Ad ogni modo, a livello sistematico, va considerato che è proprio alla stregua della giurisprudenza costituzionale che «va condotto ogni possibile discorso ricostruttivo, non solo perché da essa – molto più che dalla dottrina – sono venuti i maggiori contributi all'intendimento del ruolo pervasivo dei diritti fondamentali e i maggiori progressi nell'estensione e nella efficace garanzia di essi, ma soprattutto perché – piaccia o non piaccia – essa rappresenta quello che è il diritto costituzionale vigente ed effettivo»¹³⁰.

Anche se la circostanza che la qualifica di inviolabilità sia stata riconosciuta a decine e decine di diritti lascia comunque perplessi.

10. I “nuovi” diritti

L'operazione di tutela ermeneutica della Corte costituzionale è andata ancora oltre, avendo riconosciuto una serie di diritti ulteriori rispetto a quelli costituzionalmente elencati, cioè “nuovi” diritti.

¹³⁰ MODUGNO, *I “nuovi” diritti*, cit., 21.

La nozione di “nuovi” diritti è un concetto di relazione rispetto ai diritti tutelati espressamente nelle Costituzioni. La nostra ricostruzione si basa sull’assunto che i diritti oggi tutelati da un ordinamento siano essenzialmente quelli positivamente previsti in Costituzione (con tutti i dubbi sul se siano tutti o solo alcuni di essi inviolabili e/o fondamentali). Così possiamo intendere per “nuovi” diritti quelli non espressamente menzionati in Costituzione¹³¹.

L’ambito dei “nuovi” diritti è davvero enorme. Soprattutto in quanto con il consolidamento di una tutela sovranazionale dei diritti (ONU, CEDU, UE) sono emerse una serie di nuove posizioni soggettive, in chiave multi-livello, che rappresentano una risposta al bisogno di protezione degli individui e dei gruppi, scaturito dalle ansie e dalle inquietudini della società e dell’uomo contemporaneo, che negli ultimi anni sembrano aver subito una notevole moltiplicazione, anche in chiave universale, facendo emergere diritti umani del tutto innovativi (si pensi, per fare un solo esempio, al diritto all’acqua e al diritto al cibo). Ovviamente si aprono complessi scenari sulla tutela, le garanzie, i costi, i bilanciamenti.

599

In questa sede non possiamo che propendere per una nozione ristretta di “nuovi diritti”, esaminando soltanto quelli riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale. Si tratta di un criterio formale che tuttavia comporta un risultato significativamente utile: i “nuovi” diritti affermati in giurisprudenza costituzionale sono sicuramente di rango costituzionale.

Abbiamo già visto nella rassegna sui diritti inviolabili, come la Corte abbia individuato una notevole serie ulteriore di “nuovi” diritti affermandone anche la inviolabilità. Per memoria, si tratta dei diritti alla vita, alla tutela del concepito, al nome, alla identità personale, alla identità sessuale, alla libertà sessuale, all’onore e alla reputazione, alla libertà di coscienza, all’obiezione di coscienza, alla convivenza *more uxorio*, ad avere figli anche mediante fecondazione eterologa, a trasmettere al figlio anche il cognome materno, al contraddittorio, all’uso della lingua madre nella difesa in giudizio, al risarcimento del danno, alla riparazione degli errori giudiziari, al volontariato,

¹³¹ Per la lucida individuazione di questa categoria, MODUGNO, *I “nuovi” diritti*, cit.; MANGIAMELI, Nuovi diritti, in *Dizionari sistematici de Il Sole 24 ore – Diritto costituzionale*, Milano, 2008, 433 ss.; CARTABIA, I nuovi diritti, in *Scritti in onore di F. Modugno*, Napoli, 2011, I, 625 ss. Da ultimo, anche MARTELLI, I nuovi diritti, in MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, 2013, 609 ss.; CAVALIERE, *Questioni attuali in tema di “nuovi” diritti*, in www.dirittifondamentali, 2015; ancora CARTABIA, *Nuovi diritti e leggi imperfette*, I, 2016, 153 ss.

alla salute psico-fisica del disabile, ad abbandonare il proprio paese, alla tutela del personale navigante anche nel procedimento disciplinare.

Recentemente, molto interesse ha destato il caso del suicidio assistito, tradizionalmente punito dal codice penale (art. 580 cod. pen). Nella vicenda nota come caso Cappato – DJ Fabo, la Corte ha riconosciuto, in base agli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., che il divieto assoluto di aiuto al suicidio comprime in maniera irragionevole il diritto all'autodeterminazione del malato, nei casi in cui “venga agevolata l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella trova intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli” (sent. n. 242/2019, dopo la ord. n. 207/2018).

600

Accanto a questi “nuovi” diritti anche inviolabili, la Corte italiana ha riconosciuto anche una serie ulteriore di diritti, enucleabili in chiave interpretativa dal testo costituzionale e come tali degni di tutela (anche se senza assurgere al rango della inviolabilità). Per fare alcuni recenti esempi, si tratta di ipotesi quali: il diritto all'indennizzo di coloro che siano stati sottoposti a vaccinazione (ex artt. 2 e 32 Cost. sentt. n. 307/1990, 118/1996, 27/1998; 423/2000); il diritto alle cure gratuite assicurato anche al cittadino che, in disagiate condizioni economiche, si rechi all'estero anche per motivi diversi dal lavoro e dallo studio, in una lettura ampia dell'art. 32 Cost. (sent. n. 309/1999); il diritto a una più favorevole disciplina delle agevolazioni fiscali per l'acquisto della prima casa (ex artt. 3 e 24 Cost: sent. n. 416/2000); l'effettività del diritto all'istruzione degli alunni disabili anche dopo il compimento del diciottesimo anno (sent. n. 226/ 2001); il diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che presti la propria attività lavorativa alle dipendenze dell'amministrazione carceraria ai sensi artt. 27, 3° co. e 36 Cost. (sent. n. 158/2001); il diritto degli stranieri totalmente invalidi alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico (sent. n. 432/2005); il diritto alla salute del tossicodipendente detenuto, in forza degli artt. 27 e 32 Cost. (sent. n. 45/2014); il diritto alla detenzione domiciliare speciale per le madri condannate ex artt. 3, 27, 3° co., e 31 Cost. (sent. n. 76/2017); il diritto del detenuto, sottoposto al regime differenziato – consistente nell'impedire le comunicazioni con l'esterno – a scambiare oggetti con gli altri detenuti, se

non ricorrono motivate ragioni di tutela della sicurezza dei cittadini (sent. n. 97/2020).

Si tratta di ampliamenti comunque significativi, che arricchiscono il catalogo costituzionale di tutela dei diritti, ma che rischiano di rendere troppo incerto e ampio l'ambito di tutela. Del resto, come limpidamente osservato già nel 1998 dal Presidente della Corte costituzionale Granata: i diritti fondamentali sono un «catalogo – come noto non precisamente definito – già molto ampio e tuttora in fase di espansione»¹³².

Comunque, in altri casi, anche per posizioni soggettive di grande portata, la Corte si è comunque limitata a indirizzare incisivi moniti al Parlamento, nel pieno riconoscimento del limite della discrezionalità legislativa. Si prenda il caso – a cui è stato poi dato seguito legislativo – del diritto al matrimonio omosessuale, riconosciuto nella sent. n. 138/2010 e n. 170/2014 (v. poi legge n. 76/2016). O il più recente caso, in materia di *stepchild adoption*, dei diritti dei bambini nati da coppie dello stesso sesso, in cui la Corte ha invitato il legislatore ad “adeguare il diritto vigente alle esigenze di tutela degli interessi dei bambini nati da maternità surrogata – nel contesto del difficile bilanciamento tra la legittima finalità di disincentivare il ricorso a questa pratica, e l'imprescindibile necessità di assicurare il rispetto dei diritti dei minori” (sent. n. 32 e 33/2021). O ancora per chiedere al Parlamento una disciplina dell'ergastolo “ostativo” più compatibile con i diritti dei detenuti (ord. n. 97/2021)

601

Dal punto di vista contenutistico, va rilevato come i nuovi diritti nascano senza limiti, proprio perché di origine giurisdizionale. Non si può certo pensare che un giudice, al di là dei bilanciamenti concreti, possa porre limitazioni stabili alla disciplina, non rientrando certo nel ruolo, squisitamente analitico, del giudice¹³³.

11. La garanzia dei diritti

Tradizionalmente si è pensato che per garantire l'effettiva applicazione dei diritti bastasse il riconoscimento in Costituzione. Negli anni, ci si è accorti che si tratta di una impostazione un po' ingenua, in quanto presuppone una «visione quasi “taumaturgica” della Costituzione, come se il mero

¹³² Conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale Renato Granata, 11-2-1998.

¹³³ Cfr. CARTABIA, *In tema di “nuovi” diritti*, cit., 639 s.

riconoscimento costituzionale di un interesse possa assicurarne, di per sé solo, la concreta realizzazione»¹³⁴.

Del resto, i fatti storici hanno ampiamente dimostrato come la semplice enunciazione dei diritti non servisse certo a garantirli, come accaduto – ad es. – nella seconda parte del Novecento per i paesi comunisti dell’Est europeo, in particolare dell’Unione Sovietica, nella cui Costituzione venivano enunciate «trionfalmente interminabili dichiarazioni di diritti che tutti consideravano prive di qualsiasi efficacia giuridica»¹³⁵.

Ecco che soprattutto dopo la Seconda guerra mondiale le Costituzioni si sono poste il problema di garantire la effettiva applicazione dei diritti, con una serie di tecniche di garanzia, in maniera da rafforzare la tutela accordata ai diritti dal mero riconoscimento costituzionale. Si tratta di meccanismi tesi a garantire il pieno godimento dei diritti, evitando interferenze dei diversi poteri dello Stato (legislatore, esecutivo, giudici). Per meglio intendere tali forme di garanzia possiamo prendere gli esempi dal modello costituzionale italiano, in cui abbiamo: diretta applicabilità, rigidità costituzionale, riserva di legge, riserva di giurisdizione e tutela giurisdizionale.

602

Diretta applicabilità. Tradizionalmente le norme costituzionali, soprattutto ove recanti affermazioni di principio dal sapore quasi filosofico e morale, sono state ritenute prive di efficacia normativa, nel senso che non potessero essere applicate direttamente dai giudici in assenza di un intervento del legislatore che le rendesse operative.

Ecco, allora, che alcune Costituzioni recano clausole espresse che affermano la diretta applicabilità dei diritti. Così accade in Germania: «I diritti fondamentali qui enunciati vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritti direttamente applicabili» (art. 1, 3° co.). In Spagna: «I diritti e libertà riconosciuti nel capitolo secondo del presente Titolo vincolano tutti i pubblici poteri» (art. 53, 1° co.). E in Portogallo: «I precetti costituzionali riguardanti i diritti, le libertà e le garanzie sono direttamente applicabili e vincolano gli enti pubblici e privati» (art. 18, 1° co.).

¹³⁴ Sono parole di PACE, *Problematica*, cit., 77.

¹³⁵ FAVOREAU, *Diritti dell’uomo*, cit., 3.

In Italia, invece, in assenza di una clausola costituzionale del genere si è consumato un lungo dibattito sulla natura programmatica delle norme costituzionali. La giurisprudenza si orientò subito nel senso di distinguere fra norme precettive e programmatiche, osservando: «La Costituzione è un complesso di norme giuridiche che sono principalmente precettive, ma che possono pure essere soltanto direttive programmatiche, in quanto hanno per destinatario, oltre i soggetti di diritto, anche il futuro legislatore ordinario, di fronte al quale la norma giuridica costituzionale è posta in un grado giuridico più elevato»¹³⁶. Si finiva così per riconoscere che gran parte delle disposizioni costituzionali, anche sui diritti, non fossero immediatamente applicabili e quindi prive di diretta efficacia giuridica, come avvenne ad es. per l'accesso delle donne a talune professioni apicali (prefettura e la magistratura), malgrado il chiaro disposto degli artt. 3 e 51 Cost. Dopo le ferme reazioni della dottrina¹³⁷, tale tesi è stata poi decisamente rigettata dalla Corte costituzionale che, a partire dalla sent. n. 1/1956, ha affermato: «la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche, tanto più che in questa categoria vogliono essere comprese norme costituzionali di contenuto diverso: da quelle che si limitano a tracciare programmi generici di futura ed incerta attuazione, perché subordinata al verificarsi di situazioni che la consentano, a norme dove il programma, se così si voglia denominarlo, ha concretezza che non può non vincolare immediatamente il legislatore, ripercuotersi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa; vi sono pure norme le quali fissano principi fondamentali, che anche essi si riverberano sull'intera legislazione».

Questa impostazione si è ampliata con il riconoscimento che l'efficacia dei diritti non si opera soltanto nei confronti dello Stato, ma consiste nell'obbligo per lo Stato di proteggere i diritti fondamentali da lesioni provenienti da terzi e fa operare la Costituzione direttamente nei rapporti giuridici "orizzontali" tra privati (ad esempio, diritto alla salute e divieto di

¹³⁶ Così Cass. pen. S.U., 7-2-1948, in *Foro It.*, 1948, II, 57. In dottrina, cfr. AZZARITI, *La nuova Costituzione e le leggi anteriori*, *ibidem*, IV, 81.

¹³⁷ Il dibattito è emblematicamente rappresentato da CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, cit., 27 ss.; ed è riassunto in CALAMANDREI, *La costituzione e le leggi per attuarla*, in AA. VV., *Dieci anni dopo (1945-1955)*, Bari, 1955, 227. ss.

discriminazione): in questi casi recependo l'impostazione tedesca si parla di cosiddetta *Drittwirkung*¹³⁸.

In buona sostanza i diritti stabiliti in Costituzione – ci piace usare le parole della sent. n. 11/1956 che per prima ha affermato la diretta applicabilità dell'art. 13 Cost. – hanno un contenuto: “compiuto, concreto, categorico”. Da cui discende che «questo precetto in ragione della sua natura costituzionale, e perciò della maggiore forza formale, dispiega la sua naturale efficacia in senso invalidante, determinando l'illegittimità delle disposizioni che con esso contrastino».

Rigidità costituzionale. Come ben sappiamo, le Costituzioni dopo la Seconda guerra mondiale, hanno cercato una garanzia della loro primarietà nei confronti degli altri poteri dello Stato. Nasce così la teoria della rigidità costituzionale, che opera mediante la sottrazione alla legge ordinaria della capacità di modificare le norme costituzionali. In Italia la rigidità si esprime mediante il procedimento aggravato di riforma di cui all'art. 138 Cost. Questo procedimento consiste anche in una forma di garanzia dei diritti, in generale perché tutti i diritti costituzionali non sono modificabili da legge ordinaria, con la protezione ulteriore rappresentata dal controllo di legittimità costituzionale. Tale garanzia si rinforza rispetto ai diritti considerati inviolabili, specie per quelli considerati come “originari”, che sono anche ritenuti non modificabili in sede di revisione costituzionale, nemmeno da leggi di grado costituzionale, nel senso che «la revisione è effettuabile, ma limitatamente alle particolari modalità dell'esercizio dei diritti da considerare applicative dei principi stessi», senza che si «incida sul nucleo essenziale del diritto»¹³⁹ (cfr. anche C. Cost., n. 1146/1988).

Riserva di legge. È lo strumento per garantire che soltanto il Parlamento, quale potere rappresentativo del popolo, possa regolare la materia dei diritti mediante proprie leggi¹⁴⁰. Mentre nei modelli Ottocenteschi la riserva era la modalità per le Costituzioni di rimettere alla legge la concreta disciplina dei diritti, negli attuali sistemi a Costituzione rigida si tratta di una

¹³⁸ Si veda per tutti CRISAFULLI, *La Costituzione*, cit.; e più di recente CORSO, *La Costituzione come fonte di diritti*, in “Ragion pratica”, 11, 1998, 87-100.

¹³⁹ Così MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II; IX ediz., cit., 1039.

¹⁴⁰ Per tutti FOIS, *La riserva di legge*, Milano, 1963.

forma di garanzia, escludendo interventi autonomi dell'Esecutivo e dell'Amministrazione. Così, da strumento di esaltazione della maggioranza parlamentare del momento, è divenuta strumento di applicazione fedele della Costituzione, proprio perché presidiata dalla garanzia della rigidità e dal controllo di costituzionalità, ponendosi anche quale criterio di distribuzione del potere normativo fra Parlamento e Governo¹⁴¹.

In alcune Costituzioni esiste una previsione generale della riserva alla legge per regolare e limitare i diritti. Come in Spagna: «Soltanto mediante una legge, che in ogni caso dovrà rispettare il loro contenuto essenziale, si potrà regolare l'esercizio di tali diritti e libertà» (art. 53); in Svizzera: «Le restrizioni dei diritti fondamentali devono avere una base legale» (art. 36); in Portogallo: «Solo la legge può restringere i diritti, le libertà e le garanzie nei casi espressamente previsti nella Costituzione, dovendo le restrizioni limitarsi al necessario per salvaguardare altri diritti o interessi costituzionalmente protetti. Le leggi restrittive dei diritti, delle libertà e delle garanzie devono avere carattere generale e astratto e non possono avere effetto retroattivo, né diminuire l'estensione e la portata del contenuto essenziale delle previsioni costituzionali» (art. 18, 2° e 3° co.).

Molto più frequente è invece la previsione delle riserve di legge rispetto ai singoli diritti. Così accade per gran parte dei diritti della Costituzione italiana, specie quelli di libertà, che sono presidiati da riserve di legge, quasi tutte assolute (l'art. 13 prevede che la libertà personale possa essere limitata “nei soli casi e modi previsti dalla legge”; al pari dell'art. 14 per ispezioni, perquisizioni o sequestri nel domicilio; l'art. 15 dispone che la limitazione di libertà e segretezza della corrispondenza possa avvenire solo “con le garanzie stabilite dalla legge”). In alcuni casi le riserve diventano anche rinforzate, nel senso di indicare anche i fini della disciplina legislativa o i modi di intervento: ad es. l'art. 14 dispone che devono essere leggi speciali a regolare «accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali»; l'art. 16 Cost. prevede che la libertà di circolazione e soggiorno possa essere limitata, con legge «per soli fini di sanità e sicurezza»; e così via. Altre libertà, specie economiche, sono presidiate da riserve relative, richiedendo soltanto che la legge detti una disciplina di principio (ad es. artt. 40, 41, 3° co. e 42, 2° co.).

¹⁴¹ Su tale evoluzione CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 92 s.

In via applicativa, non occorre qui dilungarsi sulla idoneità degli atti con forza di legge a intervenire nelle materie riservate, né sull'evoluzione interpretativa che ha portato a distinguere fra riserve assolute e relative, indicando il differente spazio di intervento lasciato alle fonti regolamentari.

Va, invece, messo in luce che le disposizioni che limitano i diritti hanno natura eccezionale e come tali sono da interpretare in maniera rigorosamente restrittiva e non in via analogica. La Corte costituzionale ha osservato che «i diritti inviolabili dell'uomo, primo tra tutti quello alla libertà personale, sono espressione di valori fondamentali; per tal motivo la loro limitazione (nei soli casi e modi previsti dalla Costituzione e dalla legge) ha carattere derogatorio ad una regola generale e presenta natura eccezionale: le norme suscettibili di incidere su tali diritti, pertanto, non possono essere applicate per analogia e vanno interpretate in modo rigorosamente restrittivo» (così sent. n. 298/1994; v. anche sent. n. 349/1993).

Riserva di giurisdizione. La tutela dei diritti prevede ancora che determinati interventi di limitazione possano essere disposti soltanto con l'intervento della magistratura, a cui la Costituzione garantisce indipendenza, imparzialità e terzietà. È il caso, per l'Italia, delle restrizioni alla libertà personale, di domicilio e di corrispondenza nonché dei sequestri alla stampa che possono avvenire solo «per atto motivato dell'autorità giudiziaria» (artt. 13, 2° co., 14, 2° co., 15, 2° co., 21, 3° co., Cost.). Ugualmente, nelle ipotesi in cui la Costituzione consenta forme di restrizioni in via di necessità e di urgenza da parte della autorità di pubblica sicurezza è comunque necessaria la tempestiva convalida da parte del giudice, a pena di nullità (art. 13, 3° co., e art. 21, 4° co., che, rispettivamente dispongono: «In casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori, che devono essere comunicati entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria e, se questa non li convalida nelle successive quarantotto ore, si intendono revocati e restano privi di ogni effetto»; e «quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto»).

Tutela giurisdizionale. La garanzia più ampia e capillare posta a difesa dei diritti consiste nella possibilità di tutela giudiziaria. Nel modello italiano tale tutela è riconosciuta a tutti dall'art. 24 Cost.: «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi». Questa garanzia assume ancor più senso se collegata alla indipendenza e terzietà della magistratura (artt. 101 ss.), alla garanzia di precostituzione del giudice naturale (art. 25), al diritto inviolabile di difesa (art. 24) e ai principi del giusto processo (art. 111 Cost.).

Si tratta di una ulteriore forma di sottrazione dei diritti alla discrezionalità dell'Amministrazione, con le garanzie tipiche dell'autorità giudiziaria.

Nei confronti della Pubblica amministrazione la tutela dei diritti, che talora degradano a interessi legittimi, è assicurata non solo mediante i rimedi giurisdizionali (art. 113 Cost.), ma anche attraverso i controlli preventivi di legittimità (che spettano alla Corte dei Conti), i principi di imparzialità e di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.) e la responsabilità diretta, secondo le leggi penali, civili e amministrative, dei funzionari e dipendenti pubblici «che compiano atti in violazione dei diritti» (art. 28 Cost.).

607

Altri ordinamenti contemplano anche un ricorso diretto alla Corte costituzionale a tutela dei diritti fondamentali. È il caso della Germania e della Spagna che prevedono in Costituzione «ricorsi di costituzionalità che possono essere promossi da chiunque ritenga di essere stato leso dalla pubblica autorità in uno dei suoi diritti fondamentali» (art. 93, 1° co., punto 4a, Germania; in termini pressoché analoghi art. 53, 2° co., Cost. Spagna)¹⁴². Si tratta di uno strumento molto efficace che evita il rischio di “zone franche” dalla tutela, ma che nell'esperienza applicativa (non solo tedesca e spagnola) ha visto proporre ogni anno migliaia di ricorsi anche pretestuosi, che hanno costretto a inventare un meccanismo filtro, portando a giudicare meno del 2% dei ricorsi presentati¹⁴³.

¹⁴² Che prevede «ricorsi di costituzionalità che possono essere promossi da chiunque ritenga di essere stato leso dalla pubblica autorità in uno dei suoi diritti fondamentali».

¹⁴³ Cfr., tra gli altri, ROMBOLI, *La protezione dei diritti fondamentali dopo la c.d. “oggettivizzazione” dell'amparo costituzionale in Spagna: un'analisi comparata con l'esperienza italiana*, in www.rivistaAIC.it, 2009.

In molti ordinamenti, infine, anche per dar seguito a indirizzi dell'Unione europea, si sono diffuse Autorità indipendenti di garanzia, che operano anche a tutela dei diritti fondamentali (in Italia: Agenzia per le Garanzie nelle Comunicazioni – AGCOM; Garante per la protezione dei dati personali; Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali; Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza).

12. I limiti ai diritti

Non è pensabile che i diritti – per quanto fondamentali, inviolabili, assoluti – non incontrino limiti nella loro operatività. La Corte costituzionale ha puntualmente affermato che «i diritti primari e fondamentali dell'uomo diverrebbero illusori per tutti, se ciascuno potesse esercitarli fuori dell'ambito della legge, della civile regolamentazione, del costume corrente, per cui tali diritti devono venir temperati con le esigenze di una tollerabile convivenza» (sent. n. 168/1971). Tuttavia, la regola da seguire perché tali limiti siano ammissibili è quella della «necessarietà e ragionevolezza della limitazione» (sentenza n. 141/1996).

608

Il discorso sui limiti ai diritti va innanzitutto affrontato dal punto di vista formale, esaminando i limiti “definizionali”, nel senso che discendono direttamente dalle disposizioni costituzionali che definiscono e riconoscono i diritti.

Le Costituzioni prevedono limitazioni ai diritti in via generale per fronteggiare situazioni eccezionali (guerra e altre emergenze); oppure pongono limiti specifici per i singoli diritti. Nel primo caso possiamo parlare di *limiti generali* ai diritti, ipotizzabili in caso di guerra, di attacco terroristico o di altre emergenze. Nel secondo, di *limiti speciali* previsti e disciplinati per ciascun singolo diritto e, come tali, da esaminare analiticamente (per fare un solo esempio, la libertà di riunione ai sensi dell'art. 17 Cost. incontra i limiti del “pacificamente e senz'armi”)¹⁴⁴.

¹⁴⁴ L'analisi della operatività di tali restrizioni non è un discorso “particolarmente complesso”, ma riveste “notevole importanza”; come rileva PACE, *Problematica*, cit., 156 s.

Numerose Costituzioni prevedono limiti generali ai diritti.

Un esempio può essere l'art. 19 della Costituzione del Portogallo, rubricato proprio "Sospensione dell'esercizio dei diritti": «1. Gli organi sovrani non possono congiuntamente o separatamente, sospendere l'esercizio dei diritti, delle libertà e delle garanzie, eccetto in caso di stato di polizia o di stato di emergenza, dichiarati nella forma prevista nella Costituzione. 2. Lo stato di polizia o lo stato di emergenza possono essere dichiarati, in tutto o in una parte del territorio nazionale, soltanto nei casi di aggressione effettiva o imminente di forze straniere; di grave minaccia o perturbazione dell'ordine costituzionale democratico o di calamità pubblica. 3. Lo stato di emergenza è dichiarato quando i presupposti riferiti nel comma precedente rivestono minore gravità e può determinare la sospensione di alcuni soltanto dei diritti, delle libertà e delle garanzie suscettibili di essere sospesi». Disposizioni analoghe le troviamo, ad es., nelle Costituzioni di Slovenia e Svizzera¹⁴⁵.

Vengono delineate due ipotesi generali – stato di polizia o stato di emergenza – la cui gravità può comportare sospensione totale o parziale di diritti. Sono poi i fatti della storia a determinarne le concrete applicazioni in singoli Stati (si pensi, da ultimo, ai casi della Turchia e del Venezuela) o anche a livello più ampio, come per fronteggiare il terrorismo internazionale di matrice islamica.

609

Per l'Italia, in Assemblea Costituente fu proposto nella seduta del 14-10-1947 dall'on. Crispo un art. 74 bis, secondo cui «l'esercizio dei diritti di

¹⁴⁵ Slovenia art 16: «Con la presente Costituzione, determinati diritti dell'uomo e libertà fondamentali possono in via eccezionale essere temporaneamente abrogati ovvero limitati in stato di guerra e di emergenza. I diritti dell'uomo e le libertà fondamentali possono essere abrogati o limitati soltanto per il periodo della durata dello stato di guerra o di emergenza, tuttavia nella misura richiesta da tale stato e in maniera che i provvedimenti adottati non causino ineguaglianze fondate solamente su razza, appartenenza nazionale, sesso, lingua, religione, ideologia politica o altra, situazione patrimoniale, origine, istruzione, posizione sociale ovvero su qualsiasi altra circostanza personale. La disposizione del precedente capoverso non ammette alcuna abrogazione temporanea o limitazione dei diritti stabiliti negli articoli 17, 18, 21, 27, 28, 29 e 41».

Svizzera art 36: «1. Le restrizioni dei diritti fondamentali devono avere una base legale. Se gravi, devono essere previste dalla legge medesima. Sono eccettuate le restrizioni ordinate in caso di pericolo grave, immediato e non altrimenti evitabile. 2. Le restrizioni dei diritti fondamentali devono essere giustificate da un interesse pubblico o dalla protezione di diritti fondamentali altrui. 3. Esse devono essere proporzionate allo scopo. 4. I diritti fondamentali sono intangibili nella loro essenza».

libertà può essere limitato o sospeso per necessità di difesa, determinate dal tempo e dallo stato di guerra, nonché per motivi di ordine pubblico, durante lo stato di assedio». Tale articolo venne accantonato, ma la dottrina giustamente desume che «nessuno dei costituenti escluse che durante lo stato di guerra le libertà potessero essere sospese»¹⁴⁶.

A livello operativo, possiamo ritenere che una limitazione o sospensione dei diritti, sull'intero territorio nazionale o in alcune parti, sia ipotizzabile a fronte di eventi che mettano a rischio la sicurezza e la stabilità nazionale. Questi eventi possono avere un rilievo internazionale (guerra, terrorismo) o solo interno (attività criminali, disordini, guerra civile) e, a seconda della gravità, comporteranno provvedimenti più o meno gravi. Si parlerà in generale di stato di guerra, stato di emergenza, stato di necessità, stato di polizia, da affrontare nelle forme costituzionali (artt. 77 e 78 Cost.), salva la necessità come fonte autonoma del diritto¹⁴⁷. Nel nostro ordinamento, sono ipotesi finora mai verificate. Il momento di più alta tensione si raggiunse con il terrorismo degli anni '70, culminato nel rapimento di Aldo Moro (1978). Parlamento e Governo reagirono senza sospendere la legalità costituzionale, ma con una serie di misure penali di emergenza (fermo di polizia e termini di carcerazione preventiva: legge n. 158/1975 e d.l. n. 625/1979). Tali misure furono sottoposte all'esame della Corte costituzionale che ha significativamente osservato: «di fronte ad una situazione d'emergenza [...] Parlamento e Governo hanno non solo il diritto e potere, ma anche il preciso ed indeclinabile dovere di provvedere, adottando una apposita legislazione d'emergenza»; aggiungendo che «l'emergenza, nella sua accezione più propria, è una condizione certamente anomala e grave, ma anche essenzialmente temporanea. ne consegue che essa legittima, sì, misure insolite, ma che queste perdono legittimità, se ingiustificatamente protratte nel tempo» (sent. n. 15/1982).

Un altro limite generale per i diritti, specie per quelli sociali e di prestazione, può derivare dalle contingenze economiche. Trattandosi di diritti finanziariamente condizionati¹⁴⁸, in epoche di crisi – come quella che sta

¹⁴⁶ SCUDIERO, *Aspetti dei poteri necessari per lo stato di guerra*, Napoli, 1969, 120.

¹⁴⁷ Cfr. PACE, *Problematica*, cit., 157 ss.

¹⁴⁸ HOLMES-SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (1999), Bologna, 2000.

colpendo l'Italia dal 2008, con un picco nell'estate 2011 – le limitazioni dei diritti diventano necessariamente più incisive¹⁴⁹. Anche se la Corte costituzionale ha cercato comunque di assicurarne il pieno godimento, arrivando ad affermare che «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (sent. n. 275/2016), richiedendo una motivazione adeguata delle occorrenze finanziarie da considerare (ad es. sent. n. 70/2015) e precisando, ad esempio, che «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana» (sent. n. 309/1999).

Ulteriori limiti generali possono operare per particolari categorie di persone. Si tratta soprattutto delle situazioni che vengono definite di “soggezione speciale”, cioè che si realizzano laddove l'individuo si trova sottoposto a particolari poteri autoritativi legittimamente previsti dall'ordinamento: è il caso dei militari, dei detenuti, degli ammalati, ma anche – in misura minore – dei figli minorenni all'interno della famiglia, degli studenti nelle scuole e dei lavoratori sul luogo di lavoro¹⁵⁰. Ad ogni modo, la tutela dei diritti fondamentali può comunque temperare il rigore di tali regimi, come riconosciuto della Corte costituzionale per il diritto alla detenzione domiciliare dei militari, rilevando che «il valore della dignità e della salute di ciascun essere umano è valore supremo che non conosce distinzioni e graduazioni di status personali e dunque annienta ogni separazione tra cittadini e soldati» (così sent. n. 414/1991).

611

Per quel che riguarda, infine, i limiti “speciali” occorre necessariamente un esame casistico, legato alla concreta disciplina dei singoli diritti. Per fare un solo esempio tratto dalla giurisprudenza costituzionale la Corte ha posto in rilievo che «la stretta attinenza di tale diritto al nucleo essenziale dei valori di personalità – che inducono a qualificarlo come parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana – comporta una

¹⁴⁹ Per una recente panoramica, GALLO, *Diritti socio-economici ed equilibri di bilancio*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, 11 ss.; anche CAVASINO-SCALA-VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, Napoli, 2013; FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione*, Milano, 2014; GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica: Problemi e prospettive*, Torino, 2015.

¹⁵⁰ Cfr., anche per le specifiche casistiche, CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 271 ss., 288 ss.; OLIVETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 124 ss.

duplice caratterizzazione della sua inviolabilità. [...] In base all'art. 15 della Costituzione, lo stesso diritto è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfacimento di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante, sempreché l'intervento limitativo posto in essere sia strettamente necessario alla tutela di quell'interesse e sia rispettata la duplice garanzia che la disciplina prevista risponda ai requisiti propri della riserva assoluta di legge e la misura limitativa sia disposta con atto motivato dell'autorità giudiziaria» (sent. n. 366/1991).

Una riflessione meritano le ampie limitazioni ai diritti dovute all'epidemia di Covid-19.

Come ben ricordiamo, con il diffondersi di una imprevedibile epidemia mondiale, dall'inizio 2020, l'Italia ha disposto blocchi, quarantene e chiusure, dal sapore medievale. Misure inimmaginabili per i molti di noi che hanno soltanto sentito raccontare la II guerra mondiale.

612

Così soprattutto sono stati fortemente limitati la libertà personale, la libertà di circolazione e soggiorno, la libertà di riunione, la libertà religiosa, il diritto al lavoro, la libertà di iniziativa economica (avendo chiuso gran parte degli esercizi commerciali e delle aziende), i diritti all'istruzione e alla cultura (con la chiusura di scuole e musei), i diritti connessi alla giustizia (data la sospensione di quasi tutti i processi), il diritto al voto (visto il rinvio di elezioni regionali e comunali e del referendum costituzionale), la funzionalità della pubblica amministrazione (e i connessi diritti e interessi dei cittadini). Queste limitazioni sono state giustificate perché tutti questi diritti, nel bilanciamento, sono stati ritenuti recessivi rispetto al diritto alla salute, quale interesse anche collettivo e non solo individuale.

Tali interventi sono stati disposti mediante una serie di decreti-legge e di DPCM, cioè di decreti emergenziali del Presidente del Consiglio, oltre a una serie di ordinanze regionali e comunali, anche in ragione della mancanza nella nostra Costituzione di uno statuto dell'emergenza, salvo il caso della guerra (art. 78 Cost.).

Probabilmente non siamo ancora in grado di esprimere un giudizio compiuto su tali limitazioni, visto che l'epidemia non si è ancora conclusa.

Ad ogni modo, nei mesi sono stati espressi molti dubbi sulla adeguatezza delle misure – pensiamo alle autocertificazioni per gli spostamenti: erano realmente utili? – e anche sulla violazione della garanzia della riserva di legge, essendo state le limitazioni disposte quasi tutte dal Governo, relegando Parlamento e Regioni ad un ruolo marginale¹⁵¹.

Tuttavia, la giurisprudenza ha ritenuto legittimo l’impianto di queste limitazioni. Con sent. n. 37/2021 la Corte costituzionale ha ricondotto gli interventi alla competenza esclusiva dello stato in materia di profilassi internazionale (art. 117, 2° comma, lett. q, Cost.)¹⁵². E’ stato condiviso anche il modello di intervento mediante decreti-legge e DPCM, rilevando che “a causa della rapidità e della imprevedibilità con cui il contagio si spande, ha imposto l’impiego di strumenti capaci di adattarsi alle pieghe di una situazione di crisi in costante divenire” (sent. 37/2021, § 9)¹⁵³.

Ad ogni modo, la pandemia ci ha fatto capire che anche diritti tradizionalmente ritenuti stabili e acquisiti, come le libertà di prima generazione, posso subire severe restrizioni. In fondo, i diritti sono sempre relativi e da valutare nel bilanciamento concreto di ogni momento storico.

613

13. I conflitti fra i diritti: interpretazione e bilanciamento

Fino ad ora abbiamo ragionato di limiti ai diritti sul piano teorico: i limiti generali e speciali sono quelli previsti – sulla carta – nelle Costituzioni (nel senso che sono limiti “formali” e definizionali).

¹⁵¹ Cfr. CELOTTO, “*Necessitas non habet legem. Prime considerazioni sulla gestione costituzionale dell’emergenza Coronavirus*”, Modena, 2020.

¹⁵² Osservando che “A fronte di malattie altamente contagiose in grado di diffondersi a livello globale, «ragioni logiche, prima che giuridiche» (sentenza n. 5 del 2018) radicano nell’ordinamento costituzionale l’esigenza di una disciplina unitaria, di carattere nazionale, idonea a preservare l’uguaglianza delle persone nell’esercizio del fondamentale diritto alla salute e a tutelare contemporaneamente l’interesse della collettività (sentenze n. 169 del 2017, n. 338 del 2003 e n. 282 del 2002)” (sent. 37/2021, § 7.1).

¹⁵³ Il Consiglio di Stato si è orientato nello stesso senso, ritenendo che “la assoluta novità e l’inusitata gravità di questa emergenza globale, nonché la ancora scarsa conoscenza di questo fenomeno pandemico, hanno comprensibilmente richiesto l’adozione di misure ordinamentali emergenziali particolarmente rapide e duttili” (Consiglio di Stato, parere n. 850 del 13 maggio 2021, § 6.7.1).

Tuttavia, i profili più interessanti di limitazioni ai diritti emergono dal punto di vista operativo. Va considerato che, nel concreto, i diritti non operano mai in maniera isolata, ma si intrecciano e si sovrappongono nel fascio dei rapporti reali, creando delicati problemi concreti: in pratica, creando conflitti fra diritti. Anche in ragione dell'ampiezza dei cataloghi di diritti, dobbiamo ritenere che ormai tutti i diritti costituzionali non possono essere ritenuti assoluti, ma «in quanto intrinsecamente limitati, nascono tutti soggetti a bilanciamento tra sé medesimi, l'uno rispetto agli altri, e tra sé e altri valori costituzionali»¹⁵⁴. Un esempio classico: il diritto all'aborto di una madre non può essere valutato in sé, in quanto deve sempre considerare di dover contemperare la libertà di scelta della madre, il diritto alla salute della madre e il diritto alla vita del concepito. Ed un esempio dall'attualità: si prenda il caso dell'ILVA di Taranto, che in fondo altro non è se non il bilanciamento e la armonizzazione tra diritti diversi e potenzialmente confliggenti (al lavoro, all'ambiente, alla salute, alla produzione industriale; cfr. C. Cost., n. 85/2013; più di recente, v. C. Cost., n. 58/2018).

614

Emergono così limiti specifici ai diritti, che sono il risultato del conflitto (e del bilanciamento) fra i singoli diritti a livello operativo. Sono limiti concreti che emergono nel diritto "vivente".

Come vanno affrontati a livello ermeneutico i conflitti fra i diritti?

Appare riduttivo affrontare l'interpretazione dei diritti costituzionali con i tradizionali criteri di risoluzione delle antinomie: i criteri cronologico, di specialità, gerarchico e della competenza si ritengono adatti a risolvere conflitti fra norme, sul piano legislativo. I diritti operano sul piano costituzionale per cui entrano in gioco elementi di interpretazione ulteriori, che devono tener conto della primarietà dei principi costituzionali e del peculiare ruolo della Corte costituzionale¹⁵⁵, data la differenza fra principi e regole¹⁵⁶. Ecco allora che si preferiscono tecniche di interpretazione

¹⁵⁴ MODUGNO, *I "nuovi" diritti*, cit., 104 s.

¹⁵⁵ Su tali peculiarità dell'interpretazione costituzionale, cfr. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di L. Paladin*, III, Napoli, 2004.

¹⁵⁶ ZAGREBELSKY, *Il diritto, mite*, Torino, 1992, specie 147 s.

peculiari¹⁵⁷, maggiormente casistiche che portano a valutazioni in termini di bilanciamento e ragionevolezza, come tali finalizzate a limitare un diritto «in ragione della salvaguardia dei valori con esso configgenti»¹⁵⁸.

Alcuni esempi tratti dalla recente giurisprudenza ci aiutano a capire come si imposta il problema.

In via generale, la Corte costituzionale ha osservato che: «Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264/2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona» (così sent. n. 85/2013).

615

Passando a casi più specifici, rispetto al risarcimento dei danni, la sent. n. 235/2014 ha rilevato che il bilanciamento tra i diritti inviolabili della persona ed il dovere di solidarietà (di cui, rispettivamente, al 1° e 2° co. dell'art. 2 Cost.), riguardo alla individuazione del livello di danno alla persona risarcibile «va, quindi, condotto non già assumendo quel diritto come valore assoluto e intangibile, bensì verificando la ragionevolezza del suo bilanciamento con altri valori, che sia eventualmente alla base della disciplina censurata». Ugualmente, nel caso del rifiuto del servizio militare per gli obiettori di coscienza, la Corte ha ritenuto: «Un effetto del genere non è conforme alla regola della ragionevole proporzionalità e della necessità della limitazione di un diritto inviolabile dell'uomo in riferimento all'adempimento di un dovere costituzionale inderogabile, qual è l'obbligo di prestare il servizio militare di leva in tempo di pace. Quella regola, infatti, impone che il legislatore, nel suo discrezionale bilanciamento dei valori costituzionali, possa restringere il contenuto di un diritto inviolabile dell'uomo soltanto nei limiti strettamente necessari alla protezione

¹⁵⁷ PALADIN, *Le fonti del diritto*, Bologna, 1996, 111.

¹⁵⁸ In questi termini, MODUGNO, *I “nuovi” diritti*, cit., 101. In generale cfr. anche R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 309 ss.; MORRONE, *Il “custode” della ragionevolezza*, Milano, 2001, 275 ss.; CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, 374 ss.

dell'interesse pubblico sottostante al dovere costituzionale contrapposto» (sent. n. 467/1991). Ancora ha osservato che la discrezionalità del legislatore nel disciplinare ingresso e soggiorno degli stranieri: «non è assoluta, dovendo rispecchiare un ragionevole e proporzionato bilanciamento di tutti i diritti e gli interessi coinvolti, soprattutto quando la disciplina dell'immigrazione sia suscettibile di incidere sui diritti fondamentali, che la Costituzione protegge egualmente nei confronti del cittadino e del non cittadino» (così sent. n. 202/2013). In altro recente caso, sul principio di legalità penale, la Corte ha osservato che «la garanzia del principio di legalità (art. 25, secondo comma, Cost.) nel suo complesso (tale perciò da coprire anche le implicazioni sostanziali delle norme processuali) dà corpo e contenuto a un diritto fondamentale della persona accusata di aver commesso un reato, diritto che (...) non è comprimibile non entrando in bilanciamento con altri diritti in ipotesi antagonisti; si tratta, infatti, di una garanzia della persona contro i possibili arbitri del legislatore, la quale rappresenta un valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali» (sent. 278/2020).

616

Emerge in maniera evidente che il bilanciamento dei diritti deve essere verificato sulla base della ragionevolezza e della proporzionalità della scelta applicativa del legislatore o dell'Amministrazione. Anche la giurisprudenza di legittimità si orienta inevitabilmente in tal senso, rilevando come il bilanciamento «non possa costituire una valutazione in astratto»; ma un «accertamento in concreto» degli interessi coinvolti (così Cass. n. 26767/2016; v. anche cfr. Cass. n. 9561/2017).

In buona sostanza, si opera un bilanciamento in concreto, sulla base di proporzionalità e ragionevolezza, in quanto la «Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi, nel rispetto dei canoni di proporzionalità e di ragionevolezza» (sono parole della sent. n. 20/2017 della Corte costituzionale).

Del resto, le norme costituzionali nulla ci dicono circa il loro rango e, di conseguenza, nulla ci dicono circa i criteri con cui procedere alla loro ricostruzione. Le ponderazioni, quindi, sono insuscettibili di essere generalizzate, non potendosi mai stabilire se una posizione costituzionale sia sovraordinata ad altre. Le tecniche di bilanciamento allora, più

semplicemente, mirano a stabilire se un certo valore, rispetto ad una certa fattispecie sia prevalente o recessivo rispetto ad altro valore (o principio). Più che un “*definitional balancing*” si opera attraverso un “*balancing ad hoc*”¹⁵⁹.

Si tratta cioè di una verifica non certo sistematica fra i vari diritti in astratto coinvolti, ma piuttosto analitica, da effettuare caso per caso, con riferimento alla specifica fattispecie, affinché l’esercizio di un diritto fondamentale non venga a confliggere con altri interessi e diritti di pari rilievo. Per usare le parole di Paladin, le tecniche di bilanciamento appaiono «il culmine degli sforzi di sistemazione dell’ordinamento giuridico, riguardato *in apicibus*», pur sfuggendo «a qualunque canone interpretativo compiutamente prestabilito»¹⁶⁰.

Questa impostazione è stata profondamente messa in discussione da parte della dottrina, paventando il rischio di valutazioni del tutto libere e asistematiche e richiamando l’esigenza di interpretazioni più attente al testo, alla certezza e alla prevedibilità delle decisioni, anche per non mettere in crisi la stessa unità dell’ordinamento giuridico¹⁶¹. Del resto, una valutazione solo casistica del bilanciamento concreto moltiplica il rischio paventato da Carlo Esposito: affidare alle Corti il ruolo di controllare se le leggi siano “giuste”, «istituendo un presunto regno o una presunta repubblica della giustizia in terra»¹⁶², con problemi che rifluiscono sulla stessa legittimazione delle Corti.

Si è allora proposto di procedere alla creazione di un modello di principi-valori, in maniera che si possa individuare una gerarchia di fondo con la quale procedere ai singoli bilanciamenti concreti. Si muovono in questo senso sia le interpretazioni per valori, che rinvergono alla base della costituzione un ordine oggettivo di valori omogenei¹⁶³ sia le interpretazioni in

¹⁵⁹ Si utilizzano le terminologie di CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1997, 247.

¹⁶⁰ PALADIN, *Le fonti del diritto*, cit., 112.

¹⁶¹ Per tutti, PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, Quad. C, 2001, 35 ss.

¹⁶² ESPOSITO, Eguaglianza e giustizia nell’art. 3 della Costituzione, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 17 ss.

¹⁶³ Cfr. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, PD, 1991; LUCIANI, Corte costituzionale e unità nel nome dei valori, in *La giustizia costituzionale a una svolta*, a cura di Romboli, Torino, 1991, 170 ss.; spunti anche in MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in www.costituzionalismo.it, 2005; AZZARITI, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, 2010, specie 216 ss.; VIGNUDELLI, *Interpretazione e Costituzione. Miti, mode e luoghi comuni del pensiero giuridico*, Torino, 2011,

chiave gerarchica, tentando di creare una tavola di riferimento gradualistica sulla cui base orientare la soluzione dei bilanciamenti concreti¹⁶⁴.

Non è certo questa la sede per affrontare in maniera compiuta questa problematica, che si intreccia con i tentativi di delineare caratteri e percorsi della interpretazione costituzionale, campo su cui si confrontano costruzioni sofisticate che vanno dalle teorie del circolo ermeneutico e della precomprensione di Gadamer ed Esser, alle teorie dell'argomentazione di Perelman e Giuliani, alla teoria del ragionamento giuridico di Alexy.

Volendo semplificare, per quel che riguarda il bilanciamento operativo dei diritti, si confrontano due modelli: il metodo casistico e il metodo sistematico, rispetto ai quali non c'è unitarietà di posizione nemmeno sulla terminologia da utilizzare, parlandosi anche di metodo "coerentista", metodo "pluralista" e così via¹⁶⁵. Si tratta di due visioni del mondo con radici opposte, tendendo ad affermare da un lato lo Stato di giustizia, dall'altro lo Stato di diritto. Non mancano tentativi di conciliare le due visioni, ritenendo che «non debbano escludersi, ma integrarsi a vicenda»: in tale impostazione si valorizza l'apporto delle supreme magistrature nella formazione di un "diritto vivente", in maniera che l'ordinamento, pur essendo in continua evoluzione, non implichi «che volta per volta faccia difetto un sistema sia pure tendenziale» né che si produca «il predominio di un metodo casistico esasperato, attento unicamente alle peculiarità delle singole decisioni giurisprudenziali»¹⁶⁶.

TRONCOSO REIGADA, *Interpretazione costituzionale. Una riflessione*, Padova, 2012, specie 371 ss.; LONGO, *Tempo. Interpretazione. Costituzione, I. Premesse teoriche*, Napoli, 2013; CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014.

¹⁶⁴ MODUGNO, *I "nuovi" diritti*, cit., 99 s.; RUGGERI, *Giurisprudenza costituzionale e valori*, in *Dir. Pubbl.*, 1998; DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura, Ars interpretandi*, 1997.

¹⁶⁵ Cfr., ad es., PINO, *Diritti e interpretazione*, cit., 143 ss.; BARBERIS, *I conflitti fra diritti tra monismo e pluralismo etico*, in *Analisi e diritto*, 2005; CELANO, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*, *Filosofia Politica*, 2005, 427.

¹⁶⁶ Le citazioni sono di PALADIN, *Le fonti del diritto*, cit., 118, 120. Cfr., più ampiamente NANIA, *Principi costituzionali e ordine pubblico internazionale*, *DS*, 1979, 421 ss.; ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Padova, 1990.

Va infine considerato che a rendere ancor più complesso il bilanciamento dei diritti nel loro concreto operare, va inclusa la tutela multi-livello, in quanto numerose istanze sovranazionali tutelano i diritti, anche in forma vincolante per l'ordinamento italiano (CEDU e Unione Europea).

La giurisprudenza della Corte costituzionale è da anni orientata a una lettura integrata dei diversi livelli: «Indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale (tra le molte, sent. n. 188/1980 e sent. n. 315/1990), mentre spetta al legislatore dare ad esse attuazione (sent. n. 172/1987), è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione (cfr. sent. n. 399/1998): non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona (cfr. sent. n. 167/1999), ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione» (così sent. n. 388/1999; v. anche la più recente sent. n. 264/2012). Ma resta aperta tutta una serie di problemi applicativi, sulla sovrapposizione dei livelli di tutela – pur recando sia la CEDU sia la CDFUE clausole che salvaguardano la maggior tutela ai diritti concessa a livello nazionale¹⁶⁷ – e sugli intrecci fra le interpretazioni conformi alla Costituzione, al diritto UE e alla CEDU, fra i quali non è agevole stabilire criteri di priorità¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Art. 52 CEDU: «Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi». Art. 53 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

¹⁶⁸ Per una enucleazione di tali problematiche sia consentito rinviare a CELOTTO-PISTORIO, *Interpretazioni comunitariamente e convenzionalmente conformi*, GI, 2010, 1978 ss.; più di recente PISTORIO, *Interpretazioni e Giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012; RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti*

PARTE IV: IL FUTURO DEI DIRITTI

14. L'impatto delle nuove tecnologie

Negli ultimi decenni si stanno sviluppando in maniera rapidissima nuove tecnologie, in particolare di comunicazione e informazione.

Come sappiamo internet è il più grande spazio comune che l'umanità abbia mai conosciuto¹⁶⁹. Uno spazio di comunicazione e informazione fondato su un linguaggio che consente ai computer di parlarsi tra loro, con tecnologie di proprietà privata, governato da autorità che per ora restano fondamentalmente tecniche e che persegue soprattutto finalità di mercato. Internet, tuttavia, consente anche lo sviluppo di nuove forme di rapporti sociali, incidendo inevitabilmente anche sulle forme di stato e di governo.

620

Dal punto di vista della regolazione giuridica, internet è un fenomeno incommensurabile: non può essere disciplinato con gli strumenti normativi tradizionali. Si tratta di una rivoluzione epocale, un po' come quando emerse l'esigenza di regolare il diritto del mare e ci si rese conto che era impossibile farlo con il semplice *nomos* della terra¹⁷⁰: oggi non è certo pensabile di poter regolare la rete con i tradizionali strumenti legislativi dei singoli Stati¹⁷¹.

Per semplificare, rispetto ai diritti emergono due ambiti di problemi: da un lato, lo sviluppo di internet impone di valutare la regolazione di nuovi diritti; dall'altro, va ad intaccare i diritti tradizionali.

fondamentali, in www.forumcostituzionale.it, 2014; LUCIANI, Interpretazione conforme a costituzione, in *Enc. dir.- Annali*, IX, Milano, 2016, specie 451 ss.; GUARNIER, Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato, Napoli, 2014.

¹⁶⁹ Per una lucida sintesi dei problemi dei diritti rispetto al mondo di internet, cfr. per tutti RODOTÀ, *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma-Bari, 2014.

¹⁷⁰ SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"* (1950), ed. it., Milano, 1991.

¹⁷¹ MARONGIU, *Organizzazione e diritto di internet*, Milano, 2013; e, da ultimo, CAROTTI, *Il sistema di governo di internet*, Milano, 2016.

Dal primo punto di vista, va innanzitutto considerato l'accesso a internet¹⁷². Gran parte della popolazione mondiale non riesce a utilizzare le opportunità offerte dalle tecnologie digitali, sia per questioni di età e di alfabetizzazione informatica, sia per questioni geografiche e sociali. Come osserva il Rapporto ONU 2011: «essendo internet diventato uno strumento indispensabile per rendere effettivo un gran numero di diritti fondamentali, per combattere la disuguaglianza e per accelerare lo sviluppo e il progresso civile, la garanzia di un accesso universale a internet deve rappresentare una priorità per tutti gli Stati»¹⁷³. Si tratta allora di capire come superare il *digital divide*¹⁷⁴ e configurare un diritto di accesso a internet. Alcuni più che di esclusione da internet addirittura parlano di “segregazione”, mettendo in evidenza come chi resta escluso da internet resta al di fuori della possibilità di contribuire alla costruzione del mondo futuro¹⁷⁵.

All'opposto, si pone il problema di non tracciare le attività in rete (diritto a rendere silenzioso il chip) e di poter cancellare le informazioni personali. Si può parlare di diritto all'oblio¹⁷⁶, cioè del diritto alla non diffusione di informazioni personali specie in rete, dove l'“io digitale” resta sempre accessibile e sempre disponibile (come nel caso Google c. Agenzia

¹⁷² Riconosciuto, ad es., dal *Conseil constitutionnel* francese con sent. n. 580/2009. A livello di legislazione europea, si veda invece il Regolamento UE del Parlamento e del Consiglio del 25.11.2015.

¹⁷³ LA RUE, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, ONU – Assemblea Generale, 16-5-2011.

¹⁷⁴ Si ritiene che il termine sia stato utilizzato per la prima volta dal vice-Presidente USA Al Gore in un discorso del 1996 in Tennessee: «That our children will never be separated by a digital divide».

¹⁷⁵ DE BIASE-SOLDAVINI, *Diritti e digital divide*, in *Atlante Geopolitico*, Treccani, Roma, 2013; cfr. anche VENANZONI, *Dissolvenze: il diritto pubblico davanti a Internet, Ciberspazio e Diritto*, n. 3, 2016, 227 ss.

¹⁷⁶ Cfr. M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, 2009. Sul diritto all'oblio e sul suo difficile bilanciamento con il diritto di cronaca, si veda Cass., sent. n. 13161 del 24 giugno 2016.

spagnola dati personali)¹⁷⁷. Internet è come il Funes di Borges¹⁷⁸: condannato a ricordare tutto, deve imparare a dimenticare. Si tratta di una questione di così grande impatto, che inizia a porsi anche dopo la morte dell'interessato¹⁷⁹.

Dal secondo punto di vista, va considerato l'impatto della tecnologia sui diritti tradizionali. Emblematico è il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea ove si sottolinea la necessità impellente di «rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici». Innanzitutto, è un problema dei nuovi mezzi di informazione e comunicazione, con i riflessi su riservatezza, protezione dei dati personali, tutela della libertà di comunicazione e manifestazione del pensiero. In quest'ambito si tratta preliminarmente di verificare come «ritenere comprese nelle già esistenti garanzie costituzionali le nuove modalità di azione offerte dalla rete»¹⁸⁰. In linea di principio rispetto all'accesso alla rete non occorre individuare un nuovo diritto fondamentale, visto che è possibile ricomprenderlo negli artt. 15 e 21 Cost., che tutelano la libertà di comunicazione «in ogni altra forma» e la libertà di manifestazione del pensiero con «ogni altro mezzo di diffusione» e nei profili di tutela di identità

¹⁷⁷ Deciso dalla C. Giust. UE con sent. 13-5-2014, C-131/12, osservando «si deve verificare in particolare se l'interessato abbia diritto a che l'informazione in questione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome, senza per questo che la constatazione di un diritto siffatto presupponga che l'inclusione dell'informazione in questione in tale elenco arrechi un pregiudizio a detto interessato. Dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico in virtù della sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi».

¹⁷⁸ Il riferimento è al racconto *Funes el memorioso*, contenuto in *Finzioni*, 1944.

¹⁷⁹ ZICCARDI, *Il libro digitale dei morti*, Torino, 2017.

¹⁸⁰ RODOTÀ, *Il mondo della rete*, cit., 12.

e riservatezza¹⁸¹. Ma non si sa fino a quando sarà sufficiente. Si prenda il caso del trattamento dei dati personali nella piattaforma di Facebook. Alcuni utenti hanno contestato a FB una pratica commerciale scorretta, ritenendo ingannevole le modalità di iscrizione e soprattutto la finta gratuità del servizio. La piattaforma dichiarava di essere gratuita, con la sua celebre frase di iscrizione (ora eliminata): “Iscriviti. È gratis e lo sarà per sempre”, mentre i dati degli utenti sono raccolti a fini informativi e commerciali. Per questa ragione la Autorità garante della concorrenza e del mercato ha condannato FB a una multa milionaria per "indebito condizionamento del consumatore-utente attraverso la richiesta dell'inserimento dei suoi dati sulla piattaforma, destinandoli poi alla profilazione commerciale con finalità di marketing, quale passaggio vincolante per poter accedere alla iscrizione, che veniva proclamata gratuita"¹⁸².

Prendiamo un altro diritto ormai classico, come la riservatezza. Sappiamo che la privacy nasce a fine ‘800 come “right to be left alone”¹⁸³. Poi si è poi evoluta per diventare una forma di consapevolezza della diffusione dei nostri dati, soprattutto attraverso il consenso informato. Ora la società digitale mette profondamente in crisi la concezione stessa di privacy, visto che siamo continuamente tracciati e profilati da app e siti. Anzi, a ben pensarci, la schedatura delle nostre abitudini digitali avviene in tempo reale, secondo per secondo, attraverso l’uso continuo che facciamo della rete mediante computer e telefoni cellulari “smart”. Diventa sempre più importante cercare una forma di adeguata tutela, ripensando profondamente lo stesso concetto di riservatezza. Altro versante, che implica profili forse ancora più allarmanti, riguarda gli impatti della bioetica, che vanno dal diritto alla vita e alla salute, dalla fecondazione assistita alla eutanasia, mettendo in discussione gli stessi canoni essenziali della persona umana e quindi della sua proiezione giuridica¹⁸⁴. Ad ogni modo, oggi siamo soltanto in una fase iniziale

¹⁸¹ In linea con quanto prevedono l’art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti ONU, l’art. 11 CEDU e l’art. 10 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo. Da ultimo, BIANCA-GAMBINO-MESSINETTI, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali: profili applicativi nei social network*, Milano, 2016.

¹⁸² Provvedimenti AGCM 29 novembre 2018 e del 9 febbraio 2021; confermati dal Consiglio di Stato, con sentenza 29 marzo 2021, n. 2631.

¹⁸³ WARREN - BRANDEIS, *The right to Privacy*, in Harvard Law Review, 1890.

¹⁸⁴ Sui diversi profili, cfr. RODOTÀ-ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto*, 6 voll., Milano, 2010-2012; AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, Milano, 2012; CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, 2013; CANESTRARI, *Bioetica e diritto penale: materiali per una discussione*, Torino, 2014; MARRA, *Disabilità, bioetica e ragionevolezza*, Padova, 2016;

e di transizione: lo sviluppo della scienza e della tecnologia non farà che ampliare tali problematiche, estendendole anche ai profili di intersezione fra i diritti delle persone e i diritti degli automi.

Di grande impatto sono anche le problematiche connesse alla decisione elettronica, cioè dell'utilizzo di algoritmi e forme di intelligenza artificiale per affiancare o sostituire le decisioni pubbliche, come avviene per la giustizia o per la pubblica amministrazione¹⁸⁵. Visto che a decidere sono gli algoritmi occorre anche decidere come regolare gli algoritmi, dato che possono incidere pesantemente sui diritti di tutti noi.

E' aperto un vivace dibattito per stabilire regole di "algoretica", cioè regole di etica per gli algoritmi, per evitare l' "algocrazia", cioè il potere arbitrario degli algoritmi. Gli interventi degli Stati latitano, per la difficoltà giuridica di regolare la tecnica.

624

Ad oggi non abbiamo ancora regole o leggi vincolanti. Abbiamo soltanto Carte, Raccomandazioni e Libri bianchi, in genere di livello sovranazionale¹⁸⁶. Sono atti ricchi di spunti, che non pongono regole puntuali. Ma piuttosto principi generali di equità, dignità, giustizia, non

D'AVACK, *Il progetto filiazione nell'era tecnologica: percorsi etici e giuridici*, Torino, 2016.

¹⁸⁵ Sono noti i casi dell'algoritmo Compas che in Wisconsin affianca in giudici a definire le pene, con dubbi di scarsa imparzialità. Lo stesso che è accaduto in Inghilterra con l'algoritmo che ha assegnato i voti all'esame di maturità 2020 (A-levels), non svolta causa Covid, favorendo gli studenti delle scuole migliori. Oppure dell'algoritmo che ha gestito la procedura di trasferimento dei docenti per l'anno scolastico 2016/2017 (c.d. buona scuola), rispetto al quale i giudici amministrativi hanno ammesso il pieno diritto alla conoscenza dell'algoritmo, in quanto anche la decisione robotizzata, come atto amministrativo informatico, <deve essere "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico> (così Cons. Stato sent. n. 2270/2019; anche TAR Lazio Roma, n. 3769/2017).

¹⁸⁶ Come, negli ultimi mesi, le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa sull'impatto dei sistemi algoritmici sui diritti umani (aprile 2020), lo studio del Parlamento europeo sull'Intelligenza artificiale (giugno 2020) o il documento del nostro Ministero dello sviluppo economico sulla Strategia italiana per l'Intelligenza Artificiale (giugno 2020). Cfr. CELOTTO, *Algoritmi e algoretica: quali regole per l'intelligenza artificiale?*, in www.giurcost.org, 27 marzo 2020.

discriminazione al fine di tutelare anche rispetto alle nuove tecnologie la garanzia delle libertà e dei principali diritti individuali e collettivi. Con il rischio di essere scarsamente efficaci.

Comunque, il problema del futuro tecnologico dei diritti era già stato intuito da Bobbio, auspicando «che la storia conduca al Regno dei diritti dell'uomo anziché al Regno del Grande Fratello»¹⁸⁷.

15. Chi regola i diritti in rete?

Uno degli aspetti che fa maggiormente riflettere è la sostanziale incapacità degli Stati di regolare i fenomeni della Rete. Gli OTT appaiono troppo autonomi e troppo forti anche economicamente per potersi assoggettare a decisioni dei Parlamenti nazionali.

Prendiamo i social network. Sempre di più Instagram, Facebook, Twitter, TikTok sono parte delle nostre vite, come strumenti di comunicazione, di informazione, di svago, di contatto. In pratica stanno diventando sempre di più una specie di mondi paralleli in cui viviamo¹⁸⁸.

625

Diventa sempre più importante capire chi e come regola queste piattaforme. A rigore si tratta di siti privati, nel senso che sono nati da una persona o da una società che ne è proprietario: e che quindi fissa le regole, come ciascuno di noi potrebbe fare in casa propria.

Ma non è così semplice. I social coinvolgono troppe persone e interessi e incidono in maniera significativa sulla vita anche pubblica di tutti. Basti pensare alla “espulsione” al presidente USA Trump da Twitter e da Facebook dopo l’assalto al Congresso di Washington del 6 gennaio 2021. Tale espulsione è stata disposta dagli stessi social e confermata dai loro organi interni (“Oversight Board”), senza alcun intervento degli Stati.

E’ giusto o è sufficiente che sia lo stesso social a decidere chi e cosa censurare?

¹⁸⁷ BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 249. I diritti umani devono cioè restare garanzia della persona umana contro ogni forma di potere e non certo diventare essi stessi strumento di esercizio di potere (cfr. anche CARTABIA, *In tema di “nuovi” diritti*, cit., 643).

¹⁸⁸ Mondi affollatissimi, calcolando che, al 2021, FB ha quasi 3,5 miliardi di utenti, Whatsapp ha 1 miliardo e 600 mila iscritti con oltre 65 miliardi di messaggi al giorno, Instagram un miliardo di utenti, Tik Tok 800 mila e così via.

A pensarci bene, gli Stati non hanno ancora trovato un modo per regolare la vita dentro ai social. O meglio gli Stati si possono limitare a fare una sola cosa: vietare di accedervi, come accade, in varie forme, in Cina, Russia, Turchia. Ma non riescono certo con le loro leggi stabilire le regole interne alle piattaforme.

I social sono consapevoli di quanto sia importante la regolazione e la trasparenza del loro operare e, quindi, fissano in maniera dettagliata le regole di accesso, chiamandole “Guidelines”. Sono quelle regoline scritte in piccolo che ci appaiono appena scarichi una nuova app e che non si fa nemmeno in tempo a leggere nella fretta di accedere.

Lì ci sono le “regole di funzionamento” per gli utenti, cioè i criteri con cui limitano i tipi di contenuti e di contributi¹⁸⁹.

626

E’ interessante notare che non tutti i social pongono regole uguali. A inizio 2021, l’Università del Colorado ha pubblicato un confronto fra le Linee guida degli 11 principali social, rilevando che nel complesso vietano 66 tipi di comportamenti. In genere sono vietati la pornografia, il bullismo, l’incitamento al crimine e all’odio razziale, ma con importanti differenze. Ad esempio, quasi tutti vietano il bullismo su minori e la pornografia minorile, ma soltanto Facebook e Twitter vietano il commercio di organi umani. Altri siti sono più avanzati nel controllo delle “fake news”, utilizzando dei propri i fact-checker indipendenti per identificare e bloccare contenuti falsi, come ad esempio fa Instagram. O nel controllo sui profili falsi, come ad esempio Facebook.

La lettura del rapporto lascia molti dubbi. Innanzitutto, sulle differenze fra i social che mantengono politiche diverse. Si prenda il caso di Twitter che è molto permissivo sui contenuti esplicitamente pornografici. O di Pinterest non vieta le molestie. O di altri che lasciano spazio alla vendita on line di alcolici, tabacco e marijuana.

¹⁸⁹ Prendiamo le linee guida 2021 di Instagram. Ad esempio, possiamo leggere che: “Instagram non è un luogo dove sostenere o elogiare il terrorismo, la criminalità organizzata o gruppi inneggianti all’odio. Inoltre, non è permesso offrire né prestazioni sessuali, né compravendita di armi da fuoco, alcolici e tabacco tra privati”. E così via.

In effetti, i social sono siti privati, dove il proprietario decide cosa si può fare. Ma in tal modo, a ben vedere, sono gli stessi gestori dei social a incidere sui diritti di noi utenti, senza alcuna intermediazione degli Stati e senza che noi utenti possiamo fare molto per interloquire con i social stessi. In fondo, nei social noi utenti non siamo più cittadini, ma sudditi, nel senso che rispettiamo le regole di un capo superiore, senza molte possibilità di interlocuzione democratica. Pur essendo, in apparenza, i social un luogo di estrema libertà.

Questo ci fa capire ancora di più che è insufficiente lasciare ai singoli social la loro regolazione autonoma. Proprio in quanto sono diventati strumenti di interesse generale hanno bisogno di regole imposte dall'esterno, cioè di regole "eteronome", come le chiamiamo noi giuristi, per individuare le regole poste dallo Stato sui comportamenti dei privati.

627

Il problema centrale è proprio questo: gli Stati non riescono a incidere sui grandi della Rete, sugli OTT. Anzi, le nuove tecnologie e la rete stanno mettendo in discussione - se non in crisi - anche l'idea stessa di Stato.

Da due punti di vista. Innanzitutto, gli Stati tradizionali faticano a regolare la rete. Oltre al caso delle "Guidelines" dei social altro esempio emblematico sono le nuove leggi emanate in Germania e in Francia per combattere il c.d. odio in rete. Le semplici sanzioni statali sono insufficienti e ineffettive, rispetto all'obiettivo primario della persona sistematicamente offesa: che vuole innanzitutto rimuovere al più presto il contenuto ingiurioso. Ecco allora che gli interventi legislativi degli Stati si rivolgono direttamente ai provider, imponendo di rimuovere tempestivamente i contenuti illeciti, con sanzioni pecuniarie molto significative (da 500.000 a 5.000.000 di euro). In altre parole, lo Stato non è in grado di applicare direttamente le sue sanzioni, ma chiede la necessaria collaborazione dei Giganti della Rete.

Il punto davvero problematico è un altro. A ben vedere, i grandi provider hanno fatto un passo avanti: si stanno loro stessi trasformando in Stati!

Sicuramente hanno “cittadini” e “territorio”, nel senso che gli iscritti sono il popolo di un social e il territorio è la piattaforma su cui si opera¹⁹⁰. Ma ormai i provider pongono anche regole di governo, rispetto a ciò che accade sulla piattaforma, non soltanto con le “Guidelines”.

Ad esempio, Facebook sta iniziando a porre regole che lo fanno sempre più somigliare a uno Stato.

Tutti sappiamo che da mesi si sta lavorando alla moneta di Facebook, che dovrebbe chiamarsi Libra e dovrebbe diventare lo strumento di scambio in rete. Fuori da ogni controllo e tassazione statale.

E sappiamo anche che ormai opera il Tribunale di Facebook - “Oversight Board” - a cui gli utenti possono fare ricorso contro la censura all’interno del social network¹⁹¹. Del resto, se Facebook censura un post sul mio profilo, è piuttosto inutile che io faccia ricorso al Tribunale di Roma, no? Meglio fare ricorso al loro Tribunale interno.

628

Facebook ha fatto anche un ulteriore passo in avanti. Andando a regolare anche i profili più squisitamente civilistici fra i suoi utenti. E’ il caso del «Contatto erede»: visto che negli ultimi anni erano sorti molti dubbi di cosa fare di un profilo dopo la morte del titolare, adesso FB offre la possibilità di lasciare in eredità il profilo social dopo la morte, in maniera da individuare chi debba continuare a gestirlo “in memoria” oppure modificarlo o chiuderlo. Una vera e propria successione da codice civile.

Nei prossimi anni, dovremo sempre più confrontarci con l’ “affiancamento” dei giganti della rete rispetto agli Stati tradizionali. Nel senso che sulla scena mondiale i veri protagonisti rischieranno di essere Google, Amazon, Apple, Microsoft e Facebook. Non solo perché avranno accesso a una quantità enorme di dati su comportamenti e abitudini di noi umani. Ma

¹⁹⁰ Prendiamo il caso di Facebook che è il più grande “Stato virtuale” della rete. Con oltre 3,5 miliardi di iscritti, in pratica un terzo della popolazione mondiale e il doppio rispetto agli Stati più popolosi (Cina e India).

¹⁹¹ Questo Tribunale è composto da 11 esperti scelti da Facebook con criteri di indipendenza, opera 18 lingue e deve emettere i suoi verdeti entro 90 giorni dalla segnalazione del caso. Vedi: oversightboard.com.

anche perché avranno una forza economica paragonabile se non superiore a quella degli Stati¹⁹².

Visti i tassi di crescita di queste aziende, nulla esclude che fra pochi anni avranno un valore economico che eguaglierà quello delle grandi potenze economiche del mondo. Ma a quel punto al G-7 non dovranno avere posto soltanto Stati uniti, Giappone, Germania, etc. ma anche i grandi Stati della Rete. Che avranno una potenza economica e giuridica anche superiore agli Stati nazionali. In un futuro da “grande fratello”.

Ovviamente resta aperto il problema della democraticità di questi nuovi Stati. Rispetto agli OTT noi utenti non siamo certo cittadini, cioè non abbiamo diritti garantiti e possibilità di partecipare alla formazione della decisione. In rete, noi altro non siamo che sudditi, cioè destinatari delle decisioni altrui, con poca possibilità di interloquire, partecipare e decidere. In una paradossale retrocessione: da cittadini statali a sudditi digitali.

Si tratta di una materia nuova, sfuggente, complessa, in cui il diritto annaspa, perché cerca di regolare territori sconosciuti. *Hic sunt leones*. Come si narra che fosse scritto nelle antiche carte geografiche.

629

16. L'età dei “non” diritti

La carrellata storica e giuridica sui diritti ci porta a qualche considerazione di insieme.

Oggi il mondo dei diritti è tanto caotico e disordinato, al punto da essere giustamente ritenuto in “subbuglio”¹⁹³: non solo per l'impatto delle nuove tecnologie, ma anche per la loro moltiplicazione e universalizzazione.

La moltiplicazione dei diritti era già stata limpidamente immaginata da Bobbio, in ragione dell'aumento della quantità di beni considerati meritevoli

¹⁹² Oggi Amazon ha un fatturato annuo di 280 miliardi di dollari annui e Apple di 274. In pratica, hanno un fatturato paragonabile con quello di uno Stato come la Finlandia o l'Egitto, collocandosi al 40 posto nella classifica mondiale degli Stati per fatturato. Ma se prendiamo in considerazione la capitalizzazione, cioè il valore di borsa, Microsoft supera i 1000 miliardi di dollari e Google (anzi Alphabet che è la capogruppo) sfiora i 900 miliardi. Cioè stiamo parlando di valori che collocherebbero queste Società tra i primi 20 Stati del mondo come PIL, al livello dell'Indonesia o del Messico.

¹⁹³ GLENDON, *Tradizioni in subbuglio* (2006), ediz. it. Soveria Mannelli, 2009.

di tutela e dell'ampliamento dei titolari di diritti¹⁹⁴. Ma di certo non era prevedibile quella che è ormai una vera e propria esplosione¹⁹⁵.

Le Costituzioni più recenti e una serie sempre più ampia di Carte internazionali hanno enunciato nuovi diritti, creando anche conflitti fra i livelli di tutela, per la difficoltà di rinvenire standard minimi comuni e la varietà di approcci esegetici¹⁹⁶. Ma sono state soprattutto le Corti costituzionali ad operare un significativo ampliamento interpretativo dei diritti da tutelare. Purtroppo, in chiave analitica e non certo sistematica, per le caratteristiche proprie dell'operare dei giudici.

Il quadro si complica ancora di più perché i diritti fondamentali sono anche un grande «campo di battaglia» fra le diverse visioni (politiche, culturali, religiose) del mondo, quanto meno su tre versanti:

630

- a livello sociale, possiamo assistere a una proliferazione di nuovi diritti, sia a carattere individuale sia collettivo: come il diritto al cibo¹⁹⁷, all'acqua, ad essere amati, all'accesso a Internet, all'autodeterminazione dei popoli, all'integrità genetica della persona. Sono diritti rivendicati da organizzazioni e movimenti nazionali e internazionali, da minoranze linguistiche e culturali, partiti, sindacati, organizzazioni, gruppi. Molto spesso difficili da attuare.
- in politica internazionale, la difesa dei diritti umani è divenuta una forma di imperialismo, comportando boicottaggi economici e interventi militari, spesso sulla base di deliberazioni ONU: così i diritti diventano strumento di guerra e, anzi, pretesto per gli interventi militari.
- sul versante economico, i diritti sono diventati il campo di rilevanti interessi, soprattutto da parte dei grandi gruppi: così possono essere spiegati movimenti che affermano il diritto al turismo, il diritto al gioco d'azzardo, il diritto al fumo o all'uso libero delle droghe leggere. In tal

¹⁹⁴ BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 66 ss.

¹⁹⁵ Secondo la terminologia di FERRARESE, *Il diritto al presente: globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002, 65 ss.

¹⁹⁶ Cfr. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali*, ed. it., Milano, 2012, specie 141 ss.

¹⁹⁷ Ad es., GUSMAI, *Il diritto fondamentale al cibo adeguato tra illusioni e realtà*, in www.dirittifondamentali.it, 2015.

ambito i diritti vengono sbandierati per legittimare campagne commerciali e muovere interessi.

Insomma, i diritti sono divenuti «veleno e cura del loro stesso veleno», ambigualmente bifronti: «sono stati, ancora sono, strumento di un imperialismo culturale che apre la strada all'imperialismo economico e sociale attraverso la distruzione delle culture che sono incompatibili con lo sviluppo economico, sociale e politico di cui essi sono presupposto», ma, nello stesso tempo, sono «anche argine e difesa» contro l'imperialismo stesso¹⁹⁸. In fondo, oggi accade spesso che i diritti umani, «anziché servire allo scopo originario di baluardo della persona umana contro le degenerazioni del potere [...] diventano essi stessi – magari in buona fede – strumenti di potere»¹⁹⁹.

Ma il lato oscuro e davvero paradossale di questa moltiplicazione (e forse degenerazione) dei diritti riguarda la loro effettiva tutela. Attualmente non assistiamo a un accrescimento complessivo di tutele, ma anzi a un loro indebolimento.

631

In via generale, questa massa di nuovi diritti – apparentemente universalizzati e planetari²⁰⁰ – viene soltanto affermata e pretesa ma non certo effettivamente protetta, anche perché molti di tali nuovi diritti sono a base sociale – strutturalmente incompiuti²⁰¹, ineffettivi e inascoltati²⁰² – comportano (costose) prestazioni positive da parte degli Stati²⁰³. Del resto, i diritti non sono mai “a somma zero”, nel senso che «ogni progresso nel riconoscimento di un diritto o nella garanzia di una libertà comporta un regresso nel riconoscimento di un altro diritto o nella garanzia di un'altra libertà»²⁰⁴.

¹⁹⁸ Le parole sono di PITCH, *L'antropologia dei diritti umani*, in GIASANTI-MAGGIONI, *I diritti nascosti. Approccio antropologico e prospettiva sociologica*, Milano, 1995, 195 s.; cfr. anche LATOUCHE, *L'occidentalizzazione del mondo* (1989), Torino, 1992, 142 ss.; da ultimo, ALGOSTINO, *I diritti umani e la sfida dell'universalità*, in www.dirittifondamentali.it, 2017, 23; OLIVETTI, *I diritti fondamentali*, cit., 39.

¹⁹⁹ Così CARTABIA, *In tema di “nuovi” diritti*, cit., 643.

²⁰⁰ In sintesi, COSTA, *Diritti fondamentali (storia)*, cit., 407 ss.; RIDOLA, *Diritti costituzionali*, cit., 156 ss.

²⁰¹ Nel senso di non avere una precisa e univoca consistenza sostanziale che ne ammette la tutela di là di precisi interventi attuativi, che spesso comportano il riconoscimento di prestazioni; da ultimo, BALDINI, *Che cosa è un diritto fondamentale*, cit., 53.

²⁰² Cfr. ZOLO, *Nuovi diritti e globalizzazione*, in *XXI Secolo*, Treccani, 2009.

²⁰³ BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit., 66 ss.

²⁰⁴ BIN, *I diritti di chi non consuma*, in www.forumcostituzionale.it, 2007, 1.

A ciò si aggiunge, poi, che spesso gli interventi internazionali a tutela dei diritti in singoli Stati comportano un peggioramento della tutela delle popolazioni. Infatti, le sanzioni internazionali – comunque strumentali alle politiche interventiste delle grandi potenze – implicano misure restrittive (spedizioni militari, boicottaggi commerciali, embarghi) che toccano soprattutto per gli strati più inermi della popolazione dello Stato sanzionato, restringendone ulteriormente i diritti²⁰⁵ (gli esempi sono noti a tutti: Iran, Iraq, Jugoslavia, Siria, Corea del Nord).

Questo è forse il più grande problema di questi anni: il rischio che molti dei diritti restino sulla carta o nelle parole. Può sembrare assurdo, ma anche le prime due generazioni di diritti soffrono limitazioni significative: i classici diritti di libertà, soprattutto la libertà personale e quella di manifestazione del pensiero, hanno subito limitazioni in nome della sicurezza per regole antiterrorismo molto invadenti e quasi stabilizzate (in una contraddittoria normalizzazione dell'emergenza) e poi in nome della tutela sanitaria per la pandemia; dall'altro lato, i diritti sociali vengono affievoliti in nome delle esigenze del pareggio di bilancio e degli effetti della crisi economica²⁰⁶.

Siamo di fronte a una fase di regressione nella tutela dei diritti²⁰⁷, che potrebbe incidere anche sull'esigenza di proteggere i diritti delle generazioni future: per decine di secoli, le decisioni umane e politiche hanno pensato soltanto agli effetti immediati, al "qui e ora", mentre ora si sta giustamente consolidando l'esigenza di considerare anche l'impatto sulle generazioni che verranno, ad esempio per gli effetti sull'ambiente o sui bilanci pubblici²⁰⁸.

²⁰⁵ Cfr. RICCOBONO, *Diritti*, cit., 5.

²⁰⁶ ALGOSTINO, *I diritti umani e la sfida dell'universalità*, cit.

²⁰⁷ Cfr. DE MINICO, *Costituzione, emergenza e terrorismo*, Napoli, 2016; nonché i contributi raccolti nei due volumi CONSORTI-DAL CANTO-PANIZZA, *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica*, Pisa, 2016 e ID., *Le libertà spaventate*, Pisa, 2016; in particolare, sinteticamente, il contributo di ROSSI, *Alcune considerazioni sul bilanciamento*, in *Le libertà spaventate*, cit., 63 ss.

²⁰⁸ Dalla fine degli anni '70 del secolo scorso si è fatta strada l'esigenza di tutelare l'ambiente e i cambi climatici, di considerare anche i diritti di coloro che verranno quando si incide su patrimonio culturale, ingegneria genetica e sviluppi bioetici, robotica, welfare

Da un altro punto di vista, va considerato che la nostra persona si tra sempre più sdoppiando fra un “io fisico” e un “io digitale” e che non sempre le forme classiche di tutela e garanzie dei diritti riescono a proteggere.

Si tratta di capire se questa profonda trasformazione – e forse involuzione - della tutela classica dei diritti rappresenta soltanto una fase temporanea o lascerà tracce permanenti. Ci avviamo davvero verso l’età dei “non” diritti o quanto meno dei diritti di pochi? Sarebbe un paradossale ritorno al punto di partenza, in pratica annullando oltre secoli di lotta per i diritti di tutti.

Bibliografia

L’ampiezza dei temi che riguardano i diritti rende pressoché sterminata la bibliografia di riferimento. Per un quadro aggiornato sulle effettive tutele dei diritti nel mondo, si ricorda il rapporto annuale di Amnesty international sulla situazione dei diritti umani nel mondo. Oltre alle opere nelle note a piè di pagina, ci si limita a qualche indicazione di livello monografico. AA.VV., *I diritti fondamentali oggi*, Padova, 1995; AA.VV., *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*. Atti dell’incontro di studio svoltosi a Messina il 14-12-2006, Torino, 2007; ALEXU, *Teoria dei diritti fondamentali*, ed. it., Bologna, 2012; ALGOSTINO, *L’ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Napoli, 2005; ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-

e dinamiche economiche, perché anche il debito pubblico e le pensioni incidono sulle generazioni future.

Questa esigenza ha portato a importanti riconoscimenti normativi e costituzionali.

Si prenda la modifica del 2012 all’art. 81 della nostra Costituzione, garantendo che “Lo Stato assicura l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio e la sostenibilità del debito”. O la modifica del 1994 all’art. 20 della Costituzione tedesca, aggiungendo che “Lo Stato tutela, assumendo con ciò la propria responsabilità nei confronti delle generazioni future, i fondamenti naturali della vita”. In giurisprudenza costituzionale si è riconosciuto relativamente alle regole di tutela dell’ambiente e dell’ecosistema, che lo Stato può e deve porre limiti invalicabili “nell’apprestare cioè una «tutela piena ed adeguata», capace di assicurare la conservazione dell’ambiente per la presente e per le future generazioni” (Corte cost., sent. n. 288 del 2012). E sul bilancio che “L’equità intergenerazionale comporta, altresì, la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo” (sent. n. 18 del 2019). Volendo, cfr. CELOTTO, *I diritti delle generazioni future*, in www.giustamm.it, aprile 2021

Bari, 1993; ANGIOLINI, *Sulla rotta dei diritti*, Torino, 2016; ARA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, 1990; BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali*, Napoli, 2015; BARBANO, *Troppi diritti. L'Italia tradita dalla libertà*, Milano, 2018; BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; BASSU, *Tutela giurisdizionale dei diritti e metodo comparato: esperienze dagli antipodi*, Padova, 2017; BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Roma, 2008; BISOGNI-BRONZINI-PICCONE (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009; CAMMARATA-MANCINI-TINCANI, *Diritti e culture: Un'antologia critica*, Torino, 2014; CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, 1968; CARDIA, *Genesi dei diritti umani*, Torino, 2005; CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Torino, 2005; CASAVOLA, *I diritti umani*, Padova, 1997; CASSESE A., *Il sogno dei diritti umani*, Milano, 2008; ID., *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2016; CASSESE S., *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2016; CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, 2012; CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, 2013; CLAVERO, *Derecho indigeno y cultura constitucional en America*, Madrid, 1994; CONTI, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2010; COSTA, *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2009; D'AGOSTINO, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Torino, 1997; D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Roma, 2016; D'AVACK, *Ordine giuridico e ordine tecnologico*, Torino, 1998; D'IGNAZIO-GAMBINO (a cura di), *Immigrazione e diritti fondamentali*, Milano, 2010; DANISI, *Tutela dei diritti umani, non discriminazione e orientamento sessuale*, Napoli, 2015; DE GIACOMO, *Identità e soggetti nella teoria dei diritti*, Napoli, 1995; DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, ed. it. Torino, 1998; DURANTE-GENNARELLI, *I diritti dell'uomo in Italia. L'applicazione della Dichiarazione universale nell'ordinamento italiano*, 2 voll., Milano, 1998; DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, (1977), nuova ed. it., Bologna, 2010; FERRAJOLI, *Dei diritti e delle garanzie. Conversazione con M. Barberis*, Bologna, 2013; ID., *Iura paria. I fondamenti della democrazia costituzionale*, Napoli, 2015; FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; FERRARI, *Giustizia e diritti umani*, Milano, 1995; FERREYRA, *Investigaciones sobre derechos constitucionales. Materiales para su estudio*, Buenos Aires, 2004; FIORAVANTI, *Appunti di storia delle Costituzioni*

moderne. *Le libertà fondamentali*, Torino, 2014; FLORES (a cura di), *Diritti umani. Culture dei diritti e dignità della persona nell'epoca della globalizzazione*, 6 voll., Torino, 2007; FLORES, *Storia dei diritti umani*, Torino, 2012; FROSINI, *La lotta per i diritti. Le ragioni del costituzionalismo*, Napoli, 2011; GAMBINO (a cura di), *Diritti fondamentali e Unione Europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009; GIORGIS-GROSSO-LOSANA (a cura di), *Diritti uguali per tutti? Gli stranieri e la garanzia dell'eguaglianza formale*, Milano, 2017; GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996; HABERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, ed. it., Roma, 2005; HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, ed. it., Roma-Bari, 2013; IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani (2001)*, trad. it., Milano, 2003; JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino (1895)*, ed. it. a cura di Damiano Nocilla, Milano, 2002; LANA, *I diritti umani visti da un ostinato testimone*, Napoli, 2014; LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Torino, 2001; LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970; MASERA – SCORZA, *Internet, i nostri diritti*, Roma-Bari, 2016; MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà*, Torino, 1976; MAZZARESE-PAROLARI, *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Torino, 2010; MEZZETTI-DRIGO (a cura di), *Diritti umani. Protezione internazionale e ordinamenti nazionali*, Pisa, 2021; MOCHI ONORY, *Studi sulle origini dei diritti essenziali della persona*, Bologna, 1937; MODUGNO, *I “nuovi” diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995; NANIA-RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, 2 voll., Torino, 2001; NUSSBAUM, *Diventare persone. Donne e universalità dei diritti*, ed. it., Bologna, 2001; OLIVETTI, *I diritti fondamentali. Lezioni*, Foggia, 2015; PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, p. gen.*, Padova, 2003; PACE, *Libertà individuali e qualità della vita*, Napoli, 2008; PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari, 2002; PECES BARBA MARTÍNEZ, *Teoria dei diritti fondamentali (1991)*, trad. it., Milano, 1993; PÉREZ LUÑO, *Nuevas tecnologías, sociedad y derecho*, Madrid, 1987; PERLINGERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972; PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Torino, 2010; PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999; POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino, 2011; PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza*, Napoli, 1986; RABINOVICH-BERKMAN,

¿Cómo se hicieron los derechos humanos?, Buenos Aires, 2014; RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012; REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli, 2011; RESTA, *Poteri e diritti*, Torino, 1996; ID., *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2005; RICCOBONO, *I diritti e lo Stato*, Torino, 2004; RIDOLA, *Democrazia pluralista e libertà associative*, Milano, 1987; ID., *Diritti fondamentali*, Torino, 2006; RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012; ID., *Il mondo nella rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma-Bari, 2014; ROLLA, *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010; ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989; RUOTOLO, *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Napoli, 2012; SAVINI-REGGIO D'ACI, *La tutela dei diritti fondamentali delle persone giuridiche*, Torino, 2011; TALLACCHINI, *Diritto per la natura. Ecologia e Filosofia del diritto*, Torino, 1996; TRIOLO, *Primato del diritto e giustizia. Diritti fondamentali e Costituzione*, Torino, 1996; VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1985; VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009; VIOLA, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Roma-Bari, 1997; ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; ID., *Diritti per forza*, Torino, 2017; ZAGREBELSKY - CHENAL - TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2019; ZULLO, *La dimensione normativa dei diritti sociali*, Torino, 2013.

El principio de separación de poderes y su contenido para el ejercicio de las relaciones Ejecutivo-Legislativo

A propósito de las Sentencias N° 0006-2018-PI/TC y N° 0006-2019-CC/TC

The principle of separation of powers and its content for the exercise of Executive-Legislative relations

Regarding Judgments No. 0006-2018-PI/TC and No. 0006-2019-CC/TC

637

✍ CARLOS HAKANSSON¹

Resumen

La separación de poderes es un principio tan antiguo como vigente para el constitucionalismo. Su significado y propósito es claro y cerrado desde su nacimiento y difusión de las formas constitucionales de gobierno, por eso los jueces deben reconocer que la idea del contenido constitucionalmente protegido no sólo se circunscribe al ámbito de los derechos fundamentales, su parte dogmática, sino también a las instituciones políticas que se agrupan en la llamada parte orgánica. El presente trabajo se ocupa de explicar el contenido del principio de

¹Abogado. Bachiller por la Universidad de Lima. Licenciado en Derecho por la Universidad de Lima. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Constitucional Comparado e Integración en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Titular de la Cátedra Jean Monnet (Comisión Europea). Contacto: carlos.hakansson@udep.edu.pe; carlos.hakansson@fulbrightmail.org. Una primera versión de este trabajo fue publicada en BOBADILLA RODRÍGUEZ, Francisco (coordinador): *La Constitución de 1993: presente y futuro*, Editorial Jurídica Themis, Asociación Civil Thémis, Lima, 2022.

separación de poderes y sus recientes erosiones en sendas resoluciones del Tribunal Constitucional.

Palabras clave

Separación de poderes, autonomía funcional, balance de poderes, cuestión de confianza, disolución parlamentaria

Abstract

The separation of powers is a principle as old as it is valid for constitutionalism. Its meaning and purpose is clear and closed since its birth and diffusion of the constitutional forms of government, that is why judges must recognize that the idea of constitutionally protected content is not only circumscribed to the field of fundamental rights, its dogmatic part, but also to the political institutions that are grouped in the so-called organic part. This paper is concerned with explaining the content of the principle of separation of powers and its recent erosions in two rulings of the Constitutional Court

638

Keywords

Separation of powers, functional autonomy, balance of powers, question of trust, parliamentary dissolution

Sumilla

I. ¿ES UNA TÉCNICA PARA GOBERNAR O LA FILOSOFÍA DEL BUEN GOBIERNO CIVIL? II. LOS PRESUPUESTOS INSTITUCIONALES BÁSICOS PARA LA CONSTITUCIONALIDAD III. ¿CUÁL ES EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA SEPARACIÓN DE PODERES? IV. LAS AFECTACIONES AL CONTENIDO DE LA SEPARACIÓN DE PODERES V. LA SEPARACIÓN DE PODERES: PRINCIPIO LONGEVO, VIGENTE Y SIN REEMPLAZO A LA VISTA.

I. ¿ES UNA TÉCNICA PARA GOBERNAR O LA FILOSOFÍA DEL BUEN GOBIERNO CIVIL?

En mi primer viaje a la Argentina, con motivo de una clase de postgrado impartida en la Universidad Austral en Buenos Aires, tuve un inolvidable recorrido por el centro de su bella ciudad, fina cortesía de los profesores de la misma casa de estudios². Durante el paseo, cuando transitamos por la Avenida de Mayo, que comienza en la Calle Bolívar y su trazo, de este a oeste de la ciudad, que conecta la histórica Plaza de Mayo, sede del ejecutivo (también conocida como la Casa Rosada) con la Plaza del Congreso en el extremo opuesto, los profesores me contaron que su significado urbanístico revela que ambas instituciones, debidamente separadas por la distancia de unas diez cuadras aproximadamente, que “son los poderes que se miran y también se controlan”³. Una anécdota que nos invita a reflexionar si la separación de poderes posee un contenido constitucionalmente. En ese sentido, el funcionamiento de la cuestión de confianza y la disolución parlamentaria prevista en la forma de gobierno peruana no son ajenas al respeto del principio de separación y equilibrio de poderes, cuando incluye entre sus disposiciones un conjunto de garantías para evitar su afectación durante el llamado interregno parlamentario.

639

¿La separación de poderes es una técnica o una filosofía? La respuesta dependerá por dónde se mire. Quedarnos solamente en una forma de gobierno con determinados grados de relación, más o menos tajante entre poderes, nos llevaría a pensar más en una técnica o regla; pero si la observamos desde el punto de vista cultural podríamos sorprendernos sobre su profundidad. En el cine norteamericano apreciamos ejemplos de una cultura de libertades; por ejemplo, en la película titulada “La búsqueda del tesoro. El libro de los secretos”, donde el protagonista, Benjamín Gates, junto con su amigo y mediante un *drone* tratan de leer la inscripción en una de las copias de la Estatua de la Libertad, ubicada en la Isla de los Cisnes del Río Sena (Paris), cuando dos policías galos lo detienen para reprenderlo por el ruido y hacerle las preguntas de rigor. Benjamín, acercándose a ellos, les recordó cómo un compatriota suyo influyera con

²Agradecido con los profesores, doctores Juan Cianciardo y Fernando Toller de la Universidad Austral de Buenos Aires.

³Se trata de los profesores, doctores Juan Cianciardo y Fernando Toller, compañeros de doctorado en la Universidad de Navarra (Pamplona, España) durante mi primera visita a Buenos Aires, el 24 de octubre de 2007.

sus ideas en la Constitución federal estadounidense, refiriéndose nada menos que a Montesquieu⁴. Por eso, estamos más cerca a un modo de comprender la forma que los ciudadanos libres desean ser gobernados por nuestras autoridades, “sin que uno tema del otro” como sostenía el señor de la Brède.

En el presente trabajo explicaremos el contenido constitucional del principio de separación de poderes y sus garantías para el funcionamiento de su forma de gobierno. Para dar inicio a nuestros argumentos, recordemos que la teoría constitucional divide en dos las materias que comprende una carta magna codificada, una parte dogmática y otra orgánica. La primera dedicada a los derechos humanos y las garantías para su protección, es decir, su fundamentación y estudio del contenido constitucionalmente protegido de los derechos, su dimensión individual y social, la discusión sobre la posibilidad, o no, que los derechos puedan colisionar, si el test de ponderación deba estar referida a los derechos o las circunstancias (Castillo, 2007). En el ámbito supranacional, el ejercicio del llamado control de convencionalidad, que también produce un efecto vinculante en los estados miembros que reconocen la competencia contenciosa de Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵; por otra parte, las materias que corresponden a la parte orgánica, que se ocupa del estudio de las instituciones políticas, sus funciones, competencias y relaciones que dependen de su forma de gobierno.

640

Aludir a la parte dogmática y orgánica en una Constitución responde a una división metodológica que, si no lo advertimos, nos puede conducir a errores e injustas valoraciones, pues, una estricta distinción como la propuesta, restringe la dogmática a los derechos fundamentales reconocidos, su interpretación e instrumentos procesales de garantía, concluyendo que las instituciones que conforman un sistema de gobierno pueden carecer de principios para su debido funcionamiento, es decir, reducirlas a una suerte de reglas mecánicas para comprender la relación entre instituciones estatales, un conjunto de procedimientos reglados para la solución de las crisis de gobernabilidad mediante el control político.

⁴Película producida por Walt Disney Pictures (2007) y dirigida por Jon Turteltaub.

⁵Véase, el Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 26 de septiembre de 2006.

Al igual que los derechos fundamentales reconocidos, descubrimos insumos dogmáticos entre las relaciones de las instituciones de la parte orgánica⁶, es más, consideramos que es posible determinar un contenido constitucional para el principio que rige su comportamiento en el marco constitucional: la separación de poderes. Si recurrimos a los textos constitucionales históricos, el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano de 1789, reconoce que “[u]na sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”, un vínculo indisoluble, irreductible, incuestionable de dos materias que conforman la unidad dogmática de ambos conceptos para la configuración de un Estado constitucional de derecho. Un estrecho vínculo entre ambas, reconocimiento de libertades a través de la dispersión del poder y que juntas producen una realidad: la Constitución. Como señala el Profesor Pereira Menaut, “[l]a separación de poderes no es una técnica sino una filosofía, la misma del constitucionalismo. No se agota en ninguna formulación legal ni institucional, pues es relativamente fácil cumplir la letra mientras se defrauda el espíritu” (Pereira, p. 229).

641

La teoría sobre el contenido constitucional de los derechos también debe aplicarse al principio de separación de poderes, es decir, la necesidad de reconocer los elementos que lo configuran y permiten su plena realización para el funcionamiento de la forma de gobierno de una comunidad política. En otras palabras, si es posible reconocer el contenido abierto que poseen los derechos fundamentales, por ejemplo, si la libertad de información protege la veracidad, ponderándose si existe un interés público, o no, para determinar su regular ejercicio por un medio de comunicación; de lo contrario, si se tratara de una información privada y su ejercicio forma parte del derecho a la intimidad, *mutatis mutandi*, también podríamos realizar un ejercicio similar sobre el contenido de otras instituciones constitucionales, como el principio de separación de poderes.

⁶ La propia sentencia del Tribunal Constitucional afirma, como si se trata de un núcleo duro e irreductible para toda carta magna, que “[l]os conceptos de democracia y limitación o separación de poderes, esenciales para los Estados constitucionales modernos”; cfr. Exp. N° 0006-2019-CC/TC (Fundamento N°13).

II. LOS PRESUPUESTOS INSTITUCIONALES BÁSICOS PARA LA CONSTITUCIONALIDAD

Un ordenamiento constitucional que prescinda de la democracia y la representación política resulta inviable. El sistema del gobierno de la mayoría que respeta a la minoría, sumado al significado que el ganador “no se lo lleva todo” sino que debe respetar las competencias ajenas, así como la opinión y decisiones de la oposición política, todas ellas son condiciones indispensables para el respeto de sus instituciones. La democracia como concepto más longevo desde la Edad Antigua, se emparentó con la Constitución a partir del siglo XVIII junto con la representación política. Son dos presupuestos básicos que comentamos a continuación.

A) El principio democrático

Es el principio que demanda a los representantes de los poderes estatales para que sean electos en sufragios libres y transparentes, recibiendo un mandato directo de los ciudadanos que otorga legitimidad, es decir, un justo título para el mando, observando los límites para el ejercicio de sus competencias. A partir de la elección de los poderes del estado, las disposiciones constitucionales y legales establecen los procedimientos para el nombramiento del resto de miembros de la administración pública, los cuales también reciben una legitimidad, pero derivada de los titulares del parlamento, gobierno y judicatura.

La democracia es un presupuesto básico en toda forma constitucional de gobierno, presupone que los poderes estatales guardan una separación de funciones, no puede afirmarse lo mismo respecto a las llamadas constituciones semánticas, propias de regímenes autoritarios y dictaduras, en esos casos sería aplicable lo dispuesto por la declaración francesa del siglo XVIII. Se trata de un principio donde si bien gobierna la mayoría electa, el ejercicio de gobierno se realiza respetando a la minoría, lo cual demanda diálogo para la consecución de acuerdos ejecutivo-legislativo, especialmente cuando no se cuenta con mayoría parlamentaria;

por eso, también se le conoce como principio de solución democrática de las controversias⁷.

B) El principio de representación política

Se apoya en la democracia para dotar de legitimidad el ejercicio de cada poder, es decir, del justo título de quienes ocupan los altos cargos públicos para ejercer sus competencias; en efecto, la legitimidad que se otorga a los titulares de las instituciones, fortalece y brinda sustento a la representación política, un principio de derecho privado aplicado al derecho público (Pereira, 2001), precisamente, cuando las autoridades abusan o comenten arbitrariedades en el ejercicio del cargo, se pierde ese justo título para el mando, por tanto, se pierde su legitimidad y, en consecuencia, la representación política reconocida en un proceso electoral.

La representación política en democracia demanda pluralidad, la presencia de un gobierno cohesionado demanda una oposición organizada que sostenga ante la ciudadanía que las acciones del ejecutivo pudieron ser mejores o más acertadas en favor del bien común y que se encuentran preparados cuando sean gobierno. Si durante un proceso electoral y resultados finales nos crean un clima democrático, el trabajo de la oposición nos permite mantenerla en el tiempo gracias al ejercicio de las libertades civiles y políticas. Una clara afectación a este principio se produce cuando su labor es malinterpretada por un progresivo cambio de percepción ciudadana, es decir, no controla y fiscaliza, sino que obstruye al gobierno.

643

⁷Al respecto, el Tribunal Constitucional reconoce entre sus argumentos al principio de solución democrática que, de acuerdo con el máximo intérprete, “(...) pone de relieve que frente a un entrapamiento o crisis política o institucional que no puede superarse a través de los medios institucionales habituales debe preferirse, en primer lugar, las salidas deliberadas, es decir, mediante el diálogo institucional o a través de los espacios de deliberación pertinentes y adecuados para enfrentar los conflictos políticos”; cfr. Exp. N° 0006-2019-CC/TC (Fundamento N°32); en otras palabras, que tanto la búsqueda como creación de oportunidad para establecer consensos debe agotarse entre los poderes ejecutivo y legislativo, buscando puntos de encuentro por ambas partes, pues, siempre será más saludable que la exigencia de responsabilidad política como una renovación de la confianza parlamentaria solicitada por el primer ministro.

La creación de estereotipos en las relaciones entre poderes, ejecutivo “débil que lucha contra la pobreza, la corrupción, etcétera” contra un legislativo “mayoritario y soberbio” que representa a la clase tradicional, es una manifestación del populismo que también afecta la representación política. Otro problema que afecta la percepción ciudadana sobre representación es la concepción de partidos políticos como simples estructuras electorales, más que reales vehículos para el ejercicio de la democracia representativa, con presencia permanente y consciente de los problemas de su provincia o región como de sus electores, así como organizaciones con propuestas de solución de llegar al gobierno y parlamento.

La salud del principio democrático y la representación política determinará el correcto funcionamiento de la separación de poderes en una forma de gobierno. Una manera de medir su temperatura es a través del estado de los principios que forman parte de su contenido, como son los principios de manifestación popular, participación, gobierno de la mayoría respetando a la minoría y alternancia en el poder. Teniendo en cuenta esta afirmación, conozcamos los principios que contiene la separación de poderes. Al respecto, en nuestra forma de gobierno podemos distinguir los tres grados de relación entre los poderes. El primero es la investidura que produce la relación fiduciaria entre ejecutivo y legislativo a partir de la aprobación de la cuestión de confianza al primer ministro. De acuerdo con la teoría de las formas constitucionales de gobierno, la denominada investidura justifica que el Congreso luego pueda censurar al gobierno electo directamente por el pueblo. El segundo nivel lo componen el ejercicio de las invitaciones, preguntas, interpretaciones y comisiones (control político), que conforman la conocida “gimnasia parlamentaria”. En tercer lugar, la negación de la cuestión de confianza y moción de censura (exigencia de responsabilidad política). Siendo así los tipos de relación, una primera conclusión será reconocer que nuestra forma de gobierno comprende una separación menos tajante entre poderes, un modelo atípico al presidencialismo clásico.

III. ¿CUÁL ES EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LA SEPARACIÓN DE PODERES?

El contenido constitucional de un derecho fundamental responde al conjunto de atribuciones que un bien humano debido depara para su titular, realizando a la persona y que permite reconocer al derecho como tal y no uno con una naturaleza y significado distinto. La argumentación jurídica aplicada para explicar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos también se extiende a todas las instituciones jurídico-políticas. Es probable que la principal diferencia sea que mientras los derechos humanos cuentan con un contenido abierto por derivar de la dignidad humana, las instituciones de la parte orgánica gozan de principios cerrados y no negociables en el marco de cualquier reforma política; a pesar que no siempre se ha respetado la naturaleza y exigencias de las instituciones para su correcto funcionamiento.

645

Sólo por poner unos ejemplos recientes, reformar la Constitución para prohibir la reelección inmediata y eliminar la inmunidad parlamentaria termina por vaciar de contenido la institución del Congreso. En sentido contrario, si se reconoce judicialmente que la jefatura de Estado puede interpretar la denegación fáctica de un pedido de cuestión de confianza sobre una competencia propia del Congreso, permite una invasión en sus atribuciones constitucionales.

El principio de separación de poderes reposa en otros que permiten su realización y evitan vaciarlo de contenido: la autonomía funcional, el balance de poderes y la cooperación son los cuatro pilares indispensables para la salud de cualquier forma constitucional de gobierno, pues, cabe añadir que no existe una amplia gama de variantes, básicamente son dos: parlamentarismo y presidencialismo, a través de ellas se han derivado otras menos difundidas por razones históricas y circunstancias excepcionales, como el semipresidencialismo (Loewenstein, 1986). En todos los modelos, la separación de poderes opera, en unos de forma más tajante, el presidencialismo, o menos tajante, el tradicional modelo parlamentarista, como explicaremos más adelante. En todos los casos, la democracia y la representación política, como principios rectores, sumada a la autonomía funcional, balance y cooperación, se convierten en pilares para la configuración de la separación de poderes, hagamos referencia a la vital importancia de cada uno:

A) La autonomía funcional

Una vez conocida la relación de la democracia y representación política dentro del contenido de la separación de poderes de un Estado constitucional de derecho, la autonomía funcional confirma la división de competencias entre las principales instituciones del Estado. Se trata de un principio que se vale de los dos anteriores para el ejercicio de las atribuciones que la Constitución y las leyes le otorgan, respectivamente, a cada institución estatal que ejerce su cuota de poder con independencia, dado que su conformación ha sido fruto de una elección democrática, gozan de una representación política que les permite el ejercicio de competencias constitucionales con legitimidad (Hamilton, Madison & Jay, 2001). Se trata de un principio que opera como una garantía institucional, que prohíbe cualquier tipo de invasión o menoscabo de funciones por otro poder estatal⁸; sin embargo, la operatividad del ejecutivo y legislativo en las formas de gobierno no resulta una suerte de compartimentos estancos, pues, como adelantamos, el principio de separación de poderes admite la colaboración entre órganos, la cual no es espontánea sino debidamente regulada en las disposiciones constitucionales.

646

B) El balance o equilibrio entre poderes

La Constitución estadounidense fue la primera que instaura la necesidad que los poderes no estén separados de modo tajante, sino que colaboren en la perfección de una decisión política institucional. Desde la publicación de los papeles del federalista se le conoce como *checks and balances*, una suerte o arte de equilibrio que modera las decisiones entre las funciones del poder para evitar arbitrariedades (Friedrich, 1975).

Se trata de un principio que promueve la salud y correcto funcionamiento de la separación de poderes, la cual puede ser tajante o más tajante, no carente de un mínimo de funciones en la cual ejecutivo y legislativo concursan en aras de perfeccionar la decisión política, pero que se encuentren debidamente establecidas y regulado su procedimiento en la

⁸Como sostiene el Tribunal Constitucional, el respeto a la autonomía de los otros poderes y órganos constitucionales autónomos son parte de los mecanismos de equilibrio entre poderes; véase Exp. N° 0006-2019-CC/TC (Fundamento jurídico 31).

Constitución, no sólo mediante una ley orgánica. Como mencionamos, el principio de separación de poderes no debe interpretarse como si se tratara de la suma de tres compartimentos estancos (ejecutivo, legislativo y judicial), sin ningún tipo de relación entre ellos; nada de eso, la Constitución dispone cómo deben operar en aras de consumar la decisión política. En ese sentido, como el propio Tribunal sostiene entre sus argumentos, “[d]e esta manera, entre los poderes públicos resulta de aplicación el principio de ‘lealtad constitucional’, el cual, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el fin último de la política”⁹.

En materia legislativa, el parlamento estudia, debate y aprueba la ley, pero el ejecutivo la promulga, pero, para evitar cualquier tipo de bloqueo, es decir, que el gobierno sólo promulgue aquellas normas que sean de su especial interés, el *speaker*, o titular del Congreso, puede aprobarlas por el procedimiento de insistencia¹⁰, fruto de la mayoría absoluta de parlamentarios para ser promulgada, publicada y surta efecto; otro ejemplo, se aprecia en la aprobación de tratados, el ejecutivo ratifica un acuerdo internacional y el legislativo lo aprueba para que pueda integrarse al ordenamiento jurídico y surtir efectos en el derecho interno¹¹. De esta manera, las funciones de poder se encuentran separadas, pero cooperan entre sí, como si se tratara un mecanismo de control extra órgano, pero, como mencionamos, está impedido de invadir competencias de los otros poderes estatales, pues, en ese caso, ya no estaríamos ante una cooperación, sino al menoscabo de la autonomía funcional de un poder del estado contra otro, también integrado por representantes electos democráticamente (Burns, Petalson & Cronin, 1998).

Sobre el equilibrio de poderes, el propio Tribunal en el fallo que resuelve la demanda competencial, nos dice que “(...) no hay poderes subordinados, a lo cual se refería el principio anterior, el balance entre poderes permite destacar que en nuestro modelo constitucional los poderes públicos se conciben en una dinámica de equilibrio o contrapeso (...); para concluir en consecuencia que “(...) se tiene que la regulación, el ejercicio

⁹ Cfr. Exp. N° 0006-2019-CC/TC (Fundamento jurídico 32).

¹⁰ El Reglamento parlamentario establece que “(...) reconsideración por el Congreso requiere del voto favorable de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso”; cfr. artículo 79 del Reglamento del Congreso.

¹¹ Véase el artículo 55 de la Constitución peruana de 1993.

e incluso la interpretación de los alcances de los mecanismos de coordinación, de control recíproco o de equilibrio entre poderes no pueden realizarse alterando o desnaturalizando el balance que ha buscado asegurar la Constitución y que es parte medular de nuestro modelo”¹²; precisamente, la “parte medular” que hace referencia nuestro máximo intérprete corresponde al núcleo duro, al mínimo irreductible sin el cual el principio de separación de poderes quedaría vaciado de contenido, desnaturalizando su sentido y propósito como garantía de funcionamiento de un gobierno constitucional. La autonomía funcional es parte del contenido más rígido de la separación de poderes donde no caben excepciones admitidas por las disposiciones constitucionales (Janda, Berry & Goldman, 1992).

C) El principio de cooperación

La evolución de los parlamentarismos en Europa continental y los presidencialismos iberoamericanos permitieron ciertos cambios para la relación entre poderes. Las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial dieron lugar a una serie de ajustes para las relaciones ejecutivo-legislativo. El primer cambio consistió en el denominado parlamentarismo racionalizado. Con la finalidad de promover la gobernabilidad y estabilidad política, los instrumentos del control parlamentario se pusieron al alcance de las mayorías. El ejemplo más emblemático fue la moción de censura constructiva en la Ley Fundamental de Bonn (1949), que además de establecer un conjunto de requisitos y mayoría calificada para su aprobación, exigía el nombre del sucesor del Canciller que desea ser censurado.

El segundo cambio para las relaciones ejecutivo-legislativo consistió en la flexibilidad de las relaciones ejecutivo-legislativos en las formas constitucionales de gobierno; por ejemplo, la facultad de legislar podía delegarse temporalmente al gobierno para materias debidamente autorizadas por ley ordinaria, pero debidamente controladas por los parlamentos en sus comisiones; asimismo, los proyectos de ley enviados por el ejecutivo con carácter de urgencia serán revisados con prioridad por el Congreso. Otro ejemplo es la posibilidad que el primer ministro pueda

¹²Cfr. Exp. N° 0006-2019-CC/TC (Fundamento jurídico 31).

nombrar a su gabinete con personas no representantes al Congreso, son dos ejemplos de cooperación entre poderes permitida por las constituciones modernas¹³.

Las formas de gobierno clásicas han mantenido con el tiempo una tradición, no han producido cambios drásticos en su interior. La historia, la política y el azar fueron los ingredientes que sumados a la paciencia, tolerancia y empeño dieron lugar a unas relaciones ejecutivo-legislativas que se transmiten a sus políticos de generación en generación. En el caso del Perú, la Constitución de 1860 puso a la pugna entre liberales y conservadores, incorporando al Consejo de Ministros e interpelaciones que abrieron la puerta al resto de instituciones parlamentaristas con las cartas de 1920, 1933, 1979 y 1993. Las dos últimas dotaron de mayor cooperación a las relaciones ejecutivo-legislativo.

Como primera conclusión, al margen de la forma constitucional de gobierno en cada comunidad política¹⁴, el regular y sano ejercicio del principio de separación de poderes demanda la observancia y respeto a los tres principios que mencionamos, pues, si faltara alguno se estaría vaciando su contenido constitucionalmente protegido; así, si bien las instituciones de hábeas corpus, hábeas data y amparo, garantizan la vigencia de los derechos fundamentales, el proceso competencial es la garantía que se ocupa de la protección en el ejercicio de la separación entre los poderes e instituciones públicas, por infracción de la constitución y la ley. De esta forma, si la dignidad humana es la fuente de los derechos fundamentales en el orden jurídico, la separación de poderes lo es para las relaciones político-institucionales, además del constructo teórico de origen

649

¹³Incluso en los parlamentarismos europeos, en España es posible que un ministro no sea representante de las Cortes Generales.

¹⁴En el ejercicio de la separación de las funciones del poder, observamos que puede ser menos tajante (parlamentarismo) o más tajante (presidencialismo). La forma de gobierno parlamentarista es menos tajante porque el primer ministro, titular del ejecutivo, procede del legislativo, elegido por una mayoría congresal propia o por coalición con otros partidos que gozan de representación política. El presidencialismo, en cambio, ejerce una separación más tajante, porque tanto el ejecutivo y legislativo son elegidos en procesos electorales distintos y no coincidentes, cada función del poder, ejecutivo y legislativo, gozan de una legitimidad independiente una de la otra, con mandatos distintos.

liberal, a través del cual se garantiza la salvaguarda de los bienes humanos que realizan a la persona como titular o centro del derecho; ambos, derechos fundamentales y separación de poderes, se vinculan y complementan para realizar un Estado constitucional de derecho.

IV. Las afectaciones al contenido de la separación de poderes

El principio de separación de poderes demanda unos límites a las funciones estatales básicas para el normal ejercicio de sus competencias. La Constitución dispone cómo se relacionan, ya sea mediante el balance de poderes (el Congreso legisla y el presidente promulga; el gobierno ratifica un tratado, el parlamento lo aprueba), con el control político (investidura, interpelaciones, moción de censura, cuestión de confianza, entre otras) o en forma cooperativa (el presidente propone al Contralor General, el Congreso lo designa). Los parlamentarios acatan una sentencia que inaplica los efectos de una ley ordinaria y la judicatura no interfiere el ejercicio de las funciones representativas, legislativas y fiscalizadoras del Congreso.

650

Los jueces en el ejercicio de sus funciones no pueden interferir el curso de cualquier investigación parlamentaria, nombramiento de altas autoridades y en el ejercicio de cualquiera de sus competencias constitucionales. La regla se resume en no intervenir en las denominadas “cuestiones políticas” (*political questions*) que se ventilan en el hemiciclo. Si bien el control constitucional en sede parlamentaria es reconocido cuando se afecta el debido proceso en el curso de una investigación, no significa que pueda interrumpirse por tratarse de un menoscabo a las competencias parlamentarias, hasta que un dictamen final y decisión del pleno produzca una afectación a los derechos fundamentales que deberá resolverse en la vía judicial.

En este apartado nos dedicaremos al análisis de los expedientes N°006-2018-PI/TC; N° 0006-2019-CC/TC que resolvieron las demandas de inconstitucionalidad y competencial, respectivamente, presentadas por el Congreso de la República contra los límites de la cuestión de confianza y la validez de la disolución parlamentaria decretada por el presidente de la República, así como la consecuencia de interpretar una denegación fáctica de la cuestión de confianza como nueva atribución presidencial. Un medio

para reconocer el actual estado y defensa constitucional sobre la aplicación del principio de separación de poderes.

A) La cuestión de confianza obligatoria y facultativa

El presidente del Consejo de Ministros debe exponer la política general del gobierno en el Congreso¹⁵. En el discurso puede solicitar la autorización para la legislación delegada, también una propuesta de aumento del gasto público para ser aprobado en el presupuesto general, exponer nuevas políticas para administrar la hacienda pública, propuestas para regular tarifas arancelarias, negociar empréstitos, entre otras competencias. Por eso, la cuestión de confianza obligatoria tiene la finalidad de producir una relación fiduciaria para el posterior ejercicio de las herramientas parlamentarias de control político, como las invitaciones, preguntas e interpelaciones¹⁶. La cuestión de confianza facultativa se plantea cuando el primer ministro, o cualquier ministro individual, condiciona su permanencia en el gabinete sino recibe la confianza para el ejercicio de una concreta política del gobierno, siempre sobre las competencias atribuidas por la Constitución.

651

1. Es un instrumento de exigencia de responsabilidad política

La cuestión de confianza no es una institución de contrapeso como sostiene el fundamento 74 de la Sentencia N° 0006-2018-PI/TC. La moción de censura y el rechazo a la cuestión de confianza son instrumentos para la exigencia de responsabilidad política¹⁷, ambas ponen término a la relación fiduciaria del Congreso con el gabinete o un ministro individual. En cambio, los principios de cooperación y contrapeso promueven la relación ordinaria entre los poderes, por ejemplo, el Congreso legisla y el ejecutivo promulga; el jefe de Estado ratifica un tratado y luego el legislativo lo aprueba, son los llamados *checks and balances* que forman parte de la teoría constitucional clásica.

2. La delimitación de la cuestión de confianza

¹⁵Véase el artículo 130 de la Constitución de 1993.

¹⁶Véanse los artículos 129 y 131 de la Constitución de 1993.

¹⁷Véase el artículo 132 de la Constitución de 1993.

La delimitación de la cuestión de confianza también se aprecia en las disposiciones constitucionales. El ejecutivo no puede plantearla para impedir una moción de interpelación a los ministros, por estar obligados a concurrir al Congreso cuando los llama para ser interpelados¹⁸. La función de control parlamentario no puede limitarse, lo contrario también sería un menoscabo a la función fiscalizadora del poder legislativo. De igual manera, el presidente de la República tampoco podría interponerse una cuestión de confianza a un proyecto de ley de reforma constitucional, porque su procedimiento constitucional impide que puede observarla. Un límite justificado por tratarse del debate y aprobación por el poder constituyente constituido de una norma del más alto rango jerárquico.

B) Una crítica al contenido de la cuestión de confianza para el Tribunal Constitucional

652

El Congreso de la República aprobó una modificación al literal (e), artículo 86 de la Reglamento parlamentario que establecía límites al ejecutivo para el ejercicio de la cuestión de confianza. De modo insólito, los parlamentarios opositores presentaron una demanda de inconstitucionalidad contra la Resolución Legislativa N° 007-2017-2018-CR, que modifica el Reglamento parlamentario tras establecer que "no procede la interposición de una cuestión de confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político". Los alcances de la cuestión de confianza en la Constitución peruana fueron interpretados por el Colegiado en su sentencia Exp. N° 0006-2018-PI/TC. Los argumentos que destacamos fueron los siguientes:

1. La cuestión de confianza es una institución de contenido abierto

El Colegiado interpreta que la cuestión de confianza recogida por el constituyente de 1993 es de contenido abierto, es decir, que puede plantearse por el ejecutivo para buscar respaldo parlamentario a las

¹⁸Véase el artículo 131 de la Constitución de 1993.

políticas del gobierno¹⁹. Si bien la afirmación es correcta, su enunciado no significa que pueda plantearse sobre las competencias exclusivas de otro poder estatal, pues ello significaría lo que precisamente el fallo del Tribunal desea evitar: una afectación al equilibrio de poderes. Un principio que tiene la finalidad que las relaciones ejecutivo-legislativo eviten o cuenten con los instrumentos para evitar o poner fin a episodios de crispación política. Se logra a través de la necesidad que para algunas competencias los poderes perfeccionen sus decisiones con el concurso de otro poder; por ejemplo, el proceso de legislación parlamentaria culmina con la promulgación presidencial, pero si ésta no se produce, o es observada, el balance de poderes opera cuando la ley entra en vigencia gracias a su promulgación por el presidente del Congreso, o por insistencia gracias a una votación por mayoría absoluta.

653

El fundamento de voto del Exp. N° 006-2019-CC/TC que también hace referencia al contenido abierto de la cuestión de confianza, sostiene que si “(...) el procedimiento de elección de magistrados del Tribunal Constitucional está a cargo únicamente del Congreso de la República, y, por tanto, no permite al Poder Ejecutivo impulsar una cuestión de confianza relativa al mismo, se inscribe en una concepción desfasada del concepto de separación de poderes”²⁰. Contrarios con esta afirmación, sostenemos que el equilibrio o balance opera para ambos poderes. La interpretación que se realice en el marco de las relaciones ejecutivo-legislativo se asemejan a un sistema de vasos comunicantes. Un producto interpretativo erróneo produce la invasión por menoscabo de competencias que resulta inconstitucional para el funcionamiento de cualquier forma de gobierno. La separación de poderes puede ser más o menos tajante dependiendo de la forma de gobierno que se trate, pero no mutan en su interior o se desfasan en su aplicación, debe regir para la salud de las instituciones políticas y su estabilidad.

¹⁹“Este Tribunal Constitucional encuentra que la cuestión de confianza que pueden plantear los ministros ha sido regulada en la Constitución de manera abierta, con la clara finalidad de brindar al Poder Ejecutivo un amplio campo de posibilidades en busca de respaldo político por parte del Congreso, para llevar a cabo las políticas que su gestión requiera”; cfr. Exp. N° 0006-2018-PI/TC (Fundamento jurídico 75).

²⁰Véase el fundamento de voto del Magistrado Miranda Canales en el Expediente N° 0006-2019-CC/TC (Fundamento 12).

2. Es un instrumento de contrapeso político

El Tribunal Constitucional considera que la cuestión de confianza es un instrumento de contrapeso, cuando se trata de un medio de exigencia de responsabilidad política junto con la moción de censura²¹. Los contrapesos, o *checks and balances*, son las relaciones ejecutivo-legislativo que permiten perfeccionar las decisiones entre poderes cuando se legisla, se aprueban tratados internacionales, se propone a un alto funcionario y el Congreso lo ratifica. El ejecutivo no “contrapesa” sino pide respaldo parlamentario a una política general o de un sector del gobierno. Por eso, sólo se plantean para ganar, no para perder. Considerar la cuestión de confianza como contrapeso al legislativo significa asociarla al cumplimiento de la causal de disolución parlamentaria, lo cual resulta un despropósito, pues, su finalidad cambia para convertirse en un instrumento provocador que de respaldo a la política general del gobierno.

Si la cuestión de confianza es entendida como una facultad del Poder Ejecutivo, cuya finalidad esencial es servir de contrapeso a la potestad del Congreso de hacer políticamente responsable a los ministros (mediante la moción de censura), las restricciones a dicha facultad introducidas por la norma impugnada vulnerarían el *principio de balance entre poderes*, que es un rasgo de identidad de nuestra forma de gobierno, el cual no puede ser alterado ni aun vía reforma constitucional sin quebrantar la separación de poderes (artículo 43 de la Constitución).

3. La posición del máximo intérprete

Los argumentos del Colegiado sobre la cuestión de confianza concluyen que la Resolución Legislativa N° 007-2017-2018-CR, que modifica el literal e) del artículo 86 del Reglamento del Congreso de la República, cuando establece que "no procede la interposición de una cuestión de confianza cuando esté destinada a promover, interrumpir o impedir la aprobación de una norma o un procedimiento legislativo o de control político", es una norma inconstitucional por las siguientes razones:

²¹Véase el artículo 132 de la Constitución de 1993.

a) Por afectar el balance entre poderes, restringe la facultad de los ministros para plantear al Congreso cuestiones de confianza sobre asuntos que demande el poder ejecutivo.

b) Por desnaturalizar la finalidad de la cuestión de confianza en el marco del principio de la separación de poderes²².

4. El contenido de la cuestión de confianza en las formas de gobierno

Para responder a la pregunta partamos por conocer la finalidad de la cuestión de confianza en las relaciones ejecutivo-legislativo. En la Constitución peruana distinguimos dos tipos. El primero es obligatorio cuando se nombra un nuevo presidente del Consejo de Ministros y gabinete. El artículo 130 establece que dentro de los treinta primeros días en el ejercicio de funciones acude al Congreso para exponer la política general del gobierno, planteando al final una cuestión de confianza; si fuese rechazada, no se produce la relación fiduciaria entre ambos poderes y el titular del gabinete y sus ministros deben presentar su renuncia al jefe de Estado. El segundo es facultativo y puede plantearse por cualquier ministro sobre una política concreta de su sector; de serle denegada, el ministro debe renunciar. Luego de distinguir cuando se plantean, veamos que su contenido versa sobre las mismas materias competenciales:

655

a) En ambos casos, el contenido de la cuestión de confianza versa sobre la política general o sectorial llevada a cabo por el presidente del Consejo de Ministros o el ministro de un sector del gobierno, respectivamente.

b) Las políticas de gobierno representan el ejercicio de las competencias que la Constitución atribuye al ejecutivo, versan sobre las atribuciones propias de otro poder estatal.

c) Por lo tanto, no puede plantearse cuestión de confianza sobre el modo de ejercicio de las atribuciones exclusivas a otra función del poder.

La interpretación del Tribunal Constitucional cometió el error que sus argumentos decidieron evitar tras reconocer la separación de poderes,

²²Véase el Exp N° 0006-2018-PI/TC (Fundamento jurídico 76).

pues, dotar a la cuestión de confianza de un contenido abierto sólo puede interpretarse en el marco de las competencias exclusivas del poder ejecutivo, mas no de las que corresponden de modo excluyente al Congreso. Una interpretación contraria produce un claro conflicto de competencias por menoscabo.

C) La polémica sobre la denominada denegación fáctica de la cuestión de confianza

La resolución del Tribunal Constitucional sobre la cuestión de confianza (Exp. N° 006-2018-PI/TC) se conecta con la posterior decisión del Colegiado en una demanda competencial (Exp. N° 0006-2019-CC/TC) que avaló la decisión presidencial para disolver el Congreso interpretando la validez de una denegatoria fáctica de la cuestión de confianza, contra la decisión parlamentaria de continuar con la sesión agendada para el nombramiento de seis nuevos magistrados al Tribunal Constitucional.

La aludida sentencia del Tribunal Constitucional peruano también contiene un conjunto de aseveraciones respecto a la finalidad de la cuestión de confianza y su interpretación respecto a su forma de aprobación. Son varios los fundamentos jurídicos dedicados a este instituto, los cuales pueden resumirse con los siguientes argumentos²³:

1. El Poder Ejecutivo contaba con competencia para plantear una cuestión de confianza para proponer una reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, así como para solicitar la postergación de la elección de los magistrados.
2. La cuestión de confianza estaba motivada por “la especial coyuntura política que aun atraviesa el país” en la cual también coincidían la Defensoría del Pueblo y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
3. Dada la negativa del Congreso para suspender la sesión de votación y nombramiento de nuevos magistrados, el Colegiado interpretó su decisión para denegar la confianza al Poder Ejecutivo.

²³Véase el Exp. N° 0006-2019-CC/TC (Fundamento jurídico 239).

4. Siendo la segunda oportunidad que se denegaba la confianza a un Consejo de Ministros, el presidente de la República estaba facultado para disolver el Congreso de la República de acuerdo con el artículo 134 de la Constitución.
5. El Tribunal Constitucional concluye confirmado la validez del Decreto Supremo N° 64-2019-PCM.

La validez para interpretar un rechazo fáctico al pedido de cuestión de confianza, en una sentencia aprobada por cuatro votos conformes de siete magistrados, admite que el principio de separación de poderes pueda ser inaplicado, toda vez que el ejecutivo desconozca la autonomía funcional del Congreso para el ejercicio de sus competencias exclusivas. Se trata de una resolución que además reconoce una nueva y peligrosa atribución presidencial para el equilibrio de poderes, como es la capacidad de interpretar y dar por manifiesta la voluntad congresal sin que ésta se haya producido expresamente, por los procedimientos señalados en la Constitución y el reglamento parlamentario, un mal antecedente para el correcto y debido funcionamiento de la cuestión de confianza por futuros gobiernos²⁴.

657

La nueva composición parlamentaria elegida para el período 2021-2026 aprobó un proyecto de ley de desarrollo constitucional para acotar la cuestión de confianza dentro de los parámetros constitucionales, es decir, que no sea instrumentalizada con la finalidad de cumplir con las condiciones para disolver el Congreso, sino para que se mantenga como un medio de exigencia de responsabilidad política al ejecutivo, conforme a los artículos 132 y 133 de la Constitución, estableciendo que “la facultad

²⁴ El efecto, el propio Tribunal se pone en esa hipótesis cuando advierte que la excepcionalidad pudiera convertirse en un recurso recurrente del ejecutivo; al respecto, el máximo intérprete advierte que “En efecto, no es negativo para este Tribunal que, frente a una tensión política recurrente e insubsanable, se convoque al titular de la soberanía para que brinde una suerte de veredicto respecto del futuro del país, lo cual se ha materializado en el Decreto Supremo 165-2019-PCM de 30 de septiembre de 2019. De hecho, es saludable que, en una democracia, se llame a las urnas a la población para renovar (o rechazar) la confianza depositada en las autoridades políticas. Sin embargo, un uso reiterado de esta institución podría despojarle de ese halo de excepcionalidad que ostenta, y, con ello, su utilidad”; cfr. Exp. N° 0006-2019-CC/TC (Fundamento jurídico 236).

que tiene un ministro y la del presidente del Consejo de Ministros a nombre del Consejo, de plantear una cuestión de confianza conforme al último párrafo del artículo 132 y al artículo 133 de la Constitución Política del Perú, está referida a materias de competencia del Poder Ejecutivo relacionadas directamente a la concreción de su política general de gobierno, no encontrándose, entre ellas, las relativas a la aprobación o no de reformas constitucionales ni las que afecten los procedimientos y las competencias exclusivas y excluyentes del Congreso de la República o de otros organismos constitucionalmente autónomos”²⁵.

Uno de los fundamentos de voto en la sentencia se detiene en la materia y forma. Con relación a la materia u objeto de la cuestión de confianza para poder ser planteada; sobre la forma o procedimiento, si su aprobación puede ser expresa o tácita, y sobre la materia, si correspondía o no presentar una cuestión de confianza. Un resumen de los argumentos son los siguientes:

658

1. La Constitución establece entre las atribuciones presidenciales el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución, así como cumplir y hacer cumplir las sentencias y resoluciones de los órganos jurisdiccionales²⁶.
2. El fundamento de voto considera válida la materia sobre la que se planteó la cuestión de confianza para paralizar el proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional.
3. Con relación a la forma, se argumenta que no puede interpretarse que el Poder Constituyente ha querido que todos los casos se cumplan con una formalidad de aprobación expresa.

²⁵El Congreso de la República aprobó la norma por 74 votos a favor, 41 en contra y 3 abstenciones, autógrafa que al momento de culminar este trabajo todavía sigue en manos del presidente de la República para su promulgación u observancia.

²⁶Véanse los incisos 1 y 9, artículo 118 de la Constitución de 1993.

4. Sí hubo la voluntad del Pleno del Congreso de la República para no paralizar el proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional, lo cual resulta una denegación de confianza²⁷.

Los argumentos relativos a la materia y forma no resisten mayor análisis cuando el contenido de la separación de poderes, concretamente, la autonomía funcional de un poder, pueda producir la disconformidad en la oposición política o del ejecutivo, pero siempre respetando las competencias exclusivas de un poder estatal; por tanto, no se justifica plantear una cuestión de confianza sobre atribuciones constitucionales de otra función del poder. El deber de cumplir y hacer cumplir las disposiciones constitucionales y resoluciones judiciales no convierte al jefe de Estado en un fiscalizador de las decisiones parlamentarias en aras de su independencia y autonomía, que tampoco están comprendidas en las relaciones de cooperación y balance de poderes establecidas expresamente por la Constitución.

Las decisiones parlamentarias se expresan mediante la votación de los representantes políticos reunidos en el pleno, la máxima asamblea deliberativa del Congreso; al respecto, el Reglamento parlamentario dispone que en el pleno “(...) se debaten y se votan todos los asuntos y se realizan los actos que prevén las normas constitucionales, legales y reglamentarias”²⁸. En ese sentido, entiende que la aprobación de una cuestión de confianza se aprueba mediante votación expresa, como fue aprobada por el hemiciclo y cuyos efectos para revisar y modificar el procedimiento de elección de magistrados al Tribunal Constitucional deba debatirse, votarse y aplicar para el siguiente proceso debido a que los efectos de sus decisiones y leyes no gozan de retroactividad.

659

La posibilidad de interpretar una aprobación tácita del Congreso se admite en la medida que pueda verificarse desde el Congreso un conjunto de actos de atención o corrección sobre lo planteado en una cuestión de confianza, pero siempre en el marco de las competencias que constitucionalmente le corresponden, así como el deber traducirse la voluntad positiva del pleno en una votación expresa. Por otro lado, la denegación fáctica de la cuestión de confianza no resulta posible, precisamente, porque en el derecho parlamentario las decisiones se toman

²⁷Véase el Exp. N° 0006-2019-CC/TC (fundamentos de votos 12 a 16).

²⁸Cfr. Artículo 29 del Reglamento del Congreso de la República.

por mayoría simple, absoluta o calificada de acuerdo con las disposiciones constitucionales y reglamentarias, así la materia de una cuestión de confianza sea sobre una competencia del ejecutivo.

D) ¿Cuáles son las garantías del principio de separación de poderes en el marco de la disolución parlamentaria?

A diferencia de la Constitución peruana de 1979, el *iter* constituyente colocó un contrapeso a la facultad presidencial para disolver el Congreso, estableciendo un conjunto de garantías al principio de separación de poderes. Una vez cumplida la condición que establece la Constitución peruana, una vez que el presidente de la República esté facultado a disolver el Congreso, surgen una serie de garantías que tienen la finalidad para salvaguardar el principio de separación de poderes que, por ser consustancial a la idea de Constitución, no se debe soslayar antes, durante y al final de un periodo de interregno parlamentario. Se pueden resumir del siguiente modo:

660

1. Las condiciones para decretar la disolución parlamentaria

Las relaciones ejecutivo-legislativo establecidas en la Constitución peruana, dispone que la censura o rechazo de la cuestión de confianza a dos consejos de ministros, faculta al jefe de Estado para decidir decretar la disolución temporal del Congreso y convocar elecciones extraordinarias, pero la decisión política demanda realidad y las disposiciones constitucionales invitan al ejercicio de la prudencia política para decidir el momento de tomar la decisión, o no, para decretar la disolución del Congreso; cumplida la condición, el jefe de Estado deberá evaluar la coyuntura política, es decir, si convocando elecciones su partido podría alcanzar una mayoría congresal o la posibilidad de establecer consensos en su interior con otras bancadas, pues, la falta de cálculo podría producir un efecto contrario a sus propósitos de alcanzar la gobernabilidad²⁹.

²⁹ En 1997, Jacques Chirac, Jefe de Estado francés, contando con mayoría parlamentaria, decidió disolver la Asamblea Nacional para tratar de prolongarla cinco años más, pero Lionel Jospin, líder de izquierda, sorprende en los resultados electorales y, tras ganar la mayoría con el apoyo de los ecologistas, Chirac tuvo que nombrarlo primer ministro por cinco años.

En consecuencia, debemos partir de la idea que el parlamento no se disuelve *ipso facto* con la aprobación de una moción de censura, o rechazo de la cuestión de confianza, a dos consejos de ministros, sino que da inicio a un periodo donde el jefe de Estado tiene tiempo, hasta un año antes de finalizar su mandato, para evaluar si las relaciones ejecutivo-legislativo han podido alcanzar la gobernabilidad, pues, la debilidad institucional de nuestro ejercicio democrático sugiere reconocer a la disolución como una institución disuasoria a la performance de la oposición; finalmente, si transcurrido un año no se disuelve, se entiende que durante ese tiempo se han podido establecer alianzas con otras bancadas parlamentarias, superando la crisis y quedando sin efecto dicha facultad temporal.

2. Las formalidades a cumplir para decretar la disolución parlamentaria

661

Transcurrido el tiempo y restando más de un año para concluir el mandato presidencial, si el diálogo permanece infructuoso para establecer consensos, el presidente de la República sigue facultado para decretar la disolución del Congreso y convocar elecciones parlamentarias extraordinarias. Una vez cumplidas las condiciones establecidas para permitir al jefe de Estado la disolución temporal del Congreso, su decisión se manifiesta expresamente con la dación de un decreto supremo que deberá ser refrendado por el primer ministro y contener la fecha de convocatoria a un proceso electoral, que deberá producirse dentro de los cuatro meses de la fecha de disolución, como una garantía que impide dilatar más de lo razonable la democrática reconstitución parlamentaria, además que el ejecutivo no podrá modificar el régimen electoral preexistente a la disolución³⁰.

3. Las garantías que se aplican durante la duración del interregno parlamentario

La Constitución de 1979, que contaba con un Parlamento bicameral, impedía la disolución del Senado³¹. El artículo 134 de la Constitución de 1993 establece como límite que la Comisión Permanente

³⁰Véase el artículo 134 de la Constitución peruana de 1993.

³¹El artículo 228 de la Constitución peruana de 1979, primera en incorporar la disolución parlamentaria, establecía que sólo correspondía al jefe de estado la disolución de la Cámara de Diputados si censura o rechaza confianza a tres gabinetes.

no podrá ser disuelta³². Como garantía producto de la decisión, para evitar un vacío del poder o menoscabo de sus funciones, la Comisión permanente se mantiene en funciones; una garantía para la vigencia del principio de separación de poderes pues, en estricto, corresponde al Senado en un legislativo bicameral para la conservación y ejercicio de los principios de representación y control político. De acuerdo con la Constitución, el titular del Congreso preside las funciones de la Comisión permanente.

Durante el tiempo de ausencia del pleno, el ejecutivo gobierna mediante la expedición de decretos de urgencia, normas de naturaleza extraordinaria, con materia económica y financiera, dando cuenta a la Comisión permanente cada uno de ellos, los cuales deberán elevarse al pleno para su estudio una vez instalado en el nuevo Congreso³³.

662

4. Las garantías al final del interregno parlamentario

La Constitución de 1993 dispone que una vez instalado el Congreso de la República, deberá recibir al Presidente del Consejo de Ministros para que exponga los actos producidos durante el interregno parlamentario³⁴, es decir, el episodio de la disolución parlamentaria no culmina con el proceso electoral del pasado 26 de enero de 2020, sino con la investidura del primer ministro; por eso, la instalación del nuevo Congreso se inicia con el ejercicio del control político sobre los actos realizados en el período de duración de la disolución parlamentaria. Se trata de una garantía que promueve el equilibrio entre poderes, es decir, el deber de un poder de controlar al otro.

El artículo 135 constitucional agenda las primeras acciones a realizar por el nuevo Congreso electo. El deber de investir al presidente del Consejo de Ministros y su gabinete, un modo de normalizar, constitucionalmente, sus funciones dado que la Constitución establece que debe, dentro de los treinta días de su funcionamiento, acudir al Congreso,

³²Esta disposición constitucional debe ser concordada con el artículo 45 del Reglamento del Congreso.

³³Desde la aprobación del DS N° 165-2019-PCM, el ejecutivo tiene el promedio de emitir cada tres días un nuevo decreto de urgencia.

³⁴ Véase el artículo 135 de la Constitución de 1993.

exponer su programa de gobierno y solicitar la cuestión de confianza³⁵. Se trata de regularizar los actos pasados durante la disolución parlamentaria, como si el llamado interregno fuese un paréntesis que comienza con el decreto de disolución y que culmina con la aprobación de la cuestión de confianza³⁶; sin embargo, si ésta fuese rechazada por el pleno, el primer ministro y su gabinete deben poner a disposición su cargo al jefe de Estado y, dentro de setenta y dos horas, nombrar un nuevo Presidente del Consejo de Ministros³⁷; por otra parte, aunque la Carta de 1993 no lo prescribe, la sesión de instalación del nuevo Congreso e investidura del primer ministro, también podría significar la derogación de todos los decretos de urgencia y, en la práctica, una vuelta al estado anterior del decreto de disolución.

5. La retroactividad de todo lo actuado ante un proceso electoral inconcluso

La disolución parlamentaria fue la última institución de la forma de gobierno en aplicarse, pero, dado que las elecciones se realizaron el pasado 26 de enero de 2020, nos quedan por aplicar algunas disposiciones complementarias que, tras consumarse la disolución, el resto de presupuestos establecidos por la Carta de 1993 permanecen entre los efectos sin aplicar. El primero de ellos figura en el artículo 136, que se pone en la posibilidad de restitución de facultades del Congreso que fuera disuelto. El constituyente estableció que, si las elecciones no se efectúan dentro del plazo señalado en el decreto de disolución, el Congreso disuelto se reúne de pleno derecho, recobra sus facultades, y destituye al Consejo de Ministros y, en consecuencia, también se dispone que ninguno de ellos, puede ser nombrado nuevamente ministro durante el resto del mandato del parlamento disuelto.

663

Sobre el contenido y real propósito de esta disposición de garantía, las salvaguardas son ilusorias, especialmente por la debilidad de nuestras instituciones democráticas, sin embargo, el mismo artículo confirma el deseo de los constituyentes peruanos de que las elecciones no dejen de ser generales, pues, el último párrafo nos dice que el Congreso extraordinariamente elegido sustituye al anterior, incluida la Comisión permanente, completando el período constitucional del parlamento

³⁵ Véase el artículo 130 de la Constitución de 1993.

³⁶ Véase el DS N°165-2019-PCM.

³⁷ Véase el artículo 132 de la Constitución peruana de 1993.

disuelto. La finalidad de esta disposición es clara: no habrá elecciones separadas y no coincidentes para la elección del ejecutivo y legislativo, una diferencia con la separación tajante de poderes de los presidencialismos.

- a) La vigencia de la separación de poderes no admite excepciones, pero sí garantías durante el interregno parlamentario

El contenido de la resolución del Tribunal Constitucional que resuelve la demanda competencial declarándola infundada, cae en contradicciones cuando a la vez que realiza una argumentación favorable a la vital importancia, respeto, garantía y condición *sine qua non*, de la separación de poderes en una forma constitucional de gobierno y la propia idea de Constitución, admite la posibilidad de circunstancias que producen un estado de excepcionalidad³⁸; cuando dichos supuestos deben ser debida y expresamente previstos y reconocidos por la Constitución, como ocurre en caso de los regímenes de excepción (el estado de emergencia y de sitio), ambos regulados sobre las causas para poder ser decretadas, los límites del ejecutivo establecidos por la Carta de 1993 (artículo 137) y la posibilidad, o no, suspender los derechos fundamentales donde, a pesar de admitir la posibilidad, parte importante de la doctrina sostiene que no es posible. Los derechos humanos pueden restringirse, temporalmente, de modo más fuerte bajo los principios de razonabilidad y proporcionalidad y de acuerdo con la Constitución (Castillo Córdova, (a) p. 46).

- b) El ejercicio de la disolución se armoniza con el contenido de la separación de poderes

En modo resumen, la disolución parlamentaria prevista en nuestra forma de gobierno, respeta el principio de separación de poderes a través de un conjunto de disposiciones constitucionales que limitan el ejercicio

³⁸ El Tribunal Constitucional argumenta que si bien “(...) no queda ninguna duda que el acto de votación es un signo considerable respecto de la decisión del Congreso de la República, pero ello no puede impedir que, en supuestos excepcionales (...), sea posible asumir que incluso una votación favorable puede disfrazar una intención de no brindar la confianza solicitada”; cfr. Exp. N° 0006-2019-CC/TC (Fundamento jurídico 137).

de poder durante el interregno parlamentario. El estricto cumplimiento de la condición que faculta al jefe de estado, la expedición de un decreto de disolución refrendado por el primer ministro con la fecha de elecciones extraordinarias al Congreso, la permanencia de la Comisión permanente que se mantiene en funciones hasta la instalación del nuevo Congreso, así como la posibilidad del ejecutivo para gobernar mediante decretos de urgencia pero sólo bajo coyunturas extraordinarias, en materias económica y financiera dando cuenta la Comisión permanente sobre la expedición de cada uno.

A las garantías que se inician con el decreto de disolución, se suman las que operan durante el interregno parlamentario y, al final, aquéllas disposiciones que establece dejar sin efecto el decreto, cuando la Constitución advierte que, de no producirse las elecciones extraordinarias previstas en el decreto, los congresistas disueltos recuperan sus facultades representativas, legislativas y fiscalizadoras para completar el mandato parlamentario y destituyen al jefe de gabinete con sus ministros³⁹. La disolución es una atribución reconocida constitucionalmente por causas excepcionales, circunscritas para este supuesto. Se trata de una institución que no debe confundirse con la moción de censura, que requiere un procedimiento y ser aprobada por mayoría absoluta, que tiene la finalidad de restaurar, retroactivamente, el equilibrio de poderes⁴⁰. La disolución opera más bien como una disposición disuasoria que busca cambiar el comportamiento de la oposición política a un ejecutivo en minoría.

665

V. LA SEPARACIÓN DE PODERES: PRINCIPIO LONGEVO, VIGENTE Y SIN REEMPLAZO A LA VISTA

El principio de separación de poderes, como el respeto a los derechos libertades, son pilares fundamentales, permanentes y constitutivos de cualquier forma constitucional de gobierno. La aplicación de la disolución parlamentaria reglada por la Carta de 1993 establece unas garantías, antes (cumplimiento expreso de las condiciones establecidas en la Constitución), al momento de decretarse (decreto de disolución refrendado y fecha de elecciones congresales), durante el interregno (la Comisión Permanente no se disuelve y el ejecutivo gobierna mediante decretos de urgencia que da

³⁹Véase el artículo 136 de la Constitución peruana.

⁴⁰Cabe precisar que la Constitución de 1979 (artículo 228) establecía el término “cesar” al Consejo de Ministros, cuando lo más correcto es destituir, como corrige la Carta de 1993.

cuenta), y al final con la instalación del nuevo pleno del Congreso (investidura del primer ministro), así como una penalidad en caso no se efectúe el proceso electoral extraordinario (la reinstalación de los congresistas disueltos, que recobran sus facultades, e inmediata destitución del Consejo de Ministros).

El contenido de la sentencia que resuelve la demanda competencial llama la atención tanto en sus argumentos como los fundamentos de voto, existiendo unanimidad para reconocer los conceptos de separación y equilibrio de poderes, autonomía funcional, lealtad constitucional, así como la cita al artículo 16 de la Declaración francesa de 1789, que afirma la importancia, *sine qua non*, de los derechos y libertades y la separación de poderes para que exista Constitución, entre otros argumentos a favor, para que culmine declarándola infundada por mayoría tras reconocer un conjunto de circunstancias que se consideran excepcionales para la observancia del mismo principio⁴¹.

666

A lo largo de todo lo dicho, una regla que puede inferirse de toda forma constitucional de gobierno es que las circunstancias de “excepcionalidad” que pueden reconocerse en una Constitución o una resolución judicial, no conlleva a otorgar más atribuciones a un poder menoscabando la autonomía funcional de otro, pues, así como existe un principio *favor libertatis* para la correcta interpretación y alcance de los derechos fundamentales, en compensación también debe existir un principio *favor potestatum separationem*, pues, ante la duda o falta de unanimidad de una decisión judicial⁴², no cabe favorecer a un poder en desmedro de las competencias de otro. En conclusión, cualquier interpretación que desvíe lo constitucional y expresamente establecido

⁴¹Sobre esta afirmación, entre otros argumentos de la sentencia véanse los fundamentos jurídicos número 13, 21 (separación de poderes), 32 (autonomía, lealtad constitucional y no subordinación de un poder a otro), 19 (artículo 16 de la Declaración francesa, citada también en el fundamento 55 del voto del Magistrado Eloy Espinosa-Saldaña-Barrera).

⁴² La sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve la demanda competencial fue aprobada por la mayoría de cuatro votos conformes, sin considerar los fundamentos de votos de los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Espinosa-Saldaña Barrera (en contra de la demanda), Blume Fortini, Ferrero Costa y Sardón de Taboada (a favor); véase el Exp. N° 0006-2019-CC/TC.

para la aplicar la disolución congresal, resulta una violación y vacío de contenido al principio de separación de poderes; equivalente a la promulgación de una ley que recorte o deje de reconocer un derecho fundamental.

VI. REFERENCIAS

Burns, J. Petalson, J.W, Cronin, Th. & Magleby, D. (1998). *Government by the people. National, State, and Local Version*, Prentice Hall.

Castillo, L. (2008). “Los derechos fundamentales no se suspenden ni se restringen en un régimen de excepción”. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura* N° 9. 46.

— (2007). “Los llamados conflictos de derechos fundamentales” en *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, Palestra Editores, 323-398.

Friedrich, C. (1975). *Gobierno constitucional y democracia*. Instituto de Estudios Políticos.

Hamilton, Madison & Jay (2001). *El federalista*. Fondo de Cultura Económica.

Janda; K., Berry, J. & Goldman, J. (1992). *The Challenge of Democracy. Government in America*.

Loewenstein, K. (1986). *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Barcelona.

Pereira, Ac. (2011). *En Defensa De La Constitución*, Palestra Editores, Universidad De Piura, Colección Jurídica.

El derecho fundamental de defensa de las personas jurídicas en el marco de su incorporación al proceso penal peruano: criterios jurisprudenciales interamericanos, constitucionales y penales.

The fundamental right of defense of legal entities in the context of their incorporation into the Peruvian criminal process: inter-American, constitutional and criminal jurisprudential criteria.

✉ MIGUEL ALEJANDRO ESTELA LA PUENTE¹

Resumen

668

El presente artículo realiza un análisis sobre el derecho fundamental de defensa de las personas jurídicas dentro del proceso penal peruano. Se hace referencia a que tanto las personas naturales como las jurídicas son sujetos procesales y tienen los mismos derechos y obligaciones. En este sentido, este trabajo propone que cuando se plantee un requerimiento de incorporación de persona jurídica al proceso penal, antes debe existir una imputación concreta contra la persona jurídica. Asimismo, se aborda el criterio establecido por Tribunal Constitucional peruano con relación a las personas jurídicas y se hace mención a los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que deben ser aplicados para interpretar los derechos fundamentales en el proceso penal peruano.

Palabras clave

¹ Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC). Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Especialista en derecho constitucional y procesal constitucional y egresado de la maestría de la misma casa de estudios.

Derecho fundamental de defensa, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, Justicia penal, persona jurídica, persona natural.

Abstract

This article analyzes the fundamental right of defense of legal entities in Peruvian criminal proceedings. The text refers to the fact that both natural and legal persons are procedural subjects and have the same rights and obligations. In this sense, this work proposes that when a request is made for the incorporation of a legal entity in the criminal process, there must first be a concrete accusation against the legal entity. It also addresses the criteria established by the Peruvian Constitutional Court in relation to legal persons and mentions the jurisprudential criteria of the Inter-American Court of Human Rights that should be applied to interpret fundamental rights in the Peruvian criminal process.

669

Keywords

Fundamental right of defense, Inter-American Court of Human Rights, Constitutional Court, Criminal Justice, legal person, natural person.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA. III. LA INCORPORACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS AL PROCESO PENAL. IV. ¿EL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA REQUIERE APLICACIÓN DISTINTA ENTRE PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS? V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo proyecta un criterio garantista en torno a la protección de las personas jurídicas cuando son incorporadas en el proceso penal. Actualmente, el sistema de justicia mantiene criterios inquisitivos y restrictivos que aplica de manera automática; adicionalmente, usa con una buena dosis de sesgo jurídico, un método de interpretación respecto del código procesal penal que no tiene ningún fundamento constitucional, pues la forma en como se viene tratando a las personas jurídicas al momento de plantearseles

una imputación, vulnera gravemente su derecho fundamental de defensa; ya que, incluirlas de manera discriminatoria y arbitraria en comparación con las personas naturales, genera estado de indefensión, lo cual debería ser causal de nulidad absoluta en todos los procesos penales en los que no se observen estándares mínimos de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual, para el presente trabajo deviene en más amplia y protectora que la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA

Resulta de suma relevancia tomar en cuenta los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debido a que se constituyen como parámetros de interpretación de los derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución Política del Estado. Así, la cuarta disposición final y transitoria de la *norma normarum* deviene en el fundamento constitucional de dicha afirmación, pues señala con contundencia: *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*.

Cabe acotar, que si las normas relativas a los derechos y a las libertades contenidas en la Constitución se interpretan de conformidad con los acuerdos internacionales sobre las mismas materias, entonces al remitirse a dichos instrumentos de naturaleza internacional, es inevitable acoger los criterios de los órganos jurisdiccionales supranacionales que interpretan dichos instrumentos. Tal es el caso de la siguiente analogía: Instrumento internacional (Tratado) es a órgano jurisdiccional supranacional como Convención Americana de Derechos Humanos (En adelante Pacto de San José) es a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante Corte IDH).

Por esta razón, el artículo VIII del Título Preliminar del nuevo Código Procesal Constitucional (En adelante CPC), señala lo siguiente:

Artículo VIII. *Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales*

*El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, **así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.***

En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos.²

Como se puede observar, nuestro orden jurídico constitucional toma en cuenta la aplicación de los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH como máximo intérprete del Pacto de San José; sin embargo, nuestro CPC señala que **en caso exista incompatibilidad entre una norma convencional y una norma constitucional, los jueces deben preferir la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos.** Es decir, siempre debe prevalecer el criterio más amplio que proteja los derechos invocados por los justiciables y usuarios del sistema de justicia.

671

Este es el caso de un criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que debe ser tomado en cuenta al momento de analizar la posición de las personas jurídicas cuando sobre ellas recae un requerimiento fiscal de incorporación en el proceso penal peruano. Sin embargo, se trata de un criterio de la Corte IDH, que no necesariamente es vinculante para los Estados miembros del Pacto de San José, pues no tiene origen contencioso, es decir, no existe Estado demandando ni víctima sino una interpretación entre ordenamiento interno de un Estado y Pacto de San José. Estamos pues, ante un criterio de la jurisdicción interamericana denominado Opinión Consultiva.

Mucho se ha debatido y analizado en torno a este método judicial alterno al tradicional que es el de naturaleza litigiosa o contenciosa. Pero, como se ha dicho líneas arriba que los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH se deben tomar en consideración como parámetros interpretativos de derechos fundamentales, entonces lo que corresponde es traerlo a colación y verificar si, en efecto, dicho criterio interamericano es más favorable al justiciable respecto del ordenamiento jurídico del Estado peruano.

² El resaltado con negrita es nuestro.

Dicha opinión consultiva es la OC-22/16 de fecha 26 de febrero de 2016, en cuya conclusión final, consigna lo siguiente respecto del tema de marras: *“El artículo 1.2. de la Convención Americana sólo consagra derechos a favor de las personas físicas, por lo que las personas jurídicas no son titulares de los derechos consagrados en dicho tratado, en los términos establecidos en los párrafos 37 a 70 de esta Opinión Consultiva”*.

Si bien es cierto, que las Opiniones Consultivas no tienen naturaleza vinculante, se suele entender que la autoridad moral de la Corte resulta suficiente para que los Estados miembros apliquen sus criterios aunque no provengan de asuntos contenciosos. Esto encierra varios problemas, pero respecto al tema que en este trabajo nos convoca, se debe señalar concretamente que el criterio en la precitada opinión deviene, sin duda, en restrictivo porque niega taxativamente que la persona jurídica tenga derechos convencionales, lo que le impide acudir vía tutela de dichos derechos contenidos en el Pacto de San José y acceder a su protección al sistema interamericano.

672

Ahora bien, el razonamiento esbozado en el párrafo precedente nos obliga a revisar si en nuestro ordenamiento jurídico interno la protección de los derechos de las personas jurídicas tiene un desarrollo más amplio.

Así, nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 04072-2009-PA/TC, deja establecido su criterio, respecto de las personas jurídicas de la siguiente manera:

Este Colegiado, sin entrar a definir lo que son las personas jurídicas en el sentido en que las concibe el ordenamiento infraconstitucional, parte de la constatación que su presencia, en la casi totalidad de oportunidades, responde al ejercicio de un derecho atribuible a toda persona natural. Se trata, en efecto, y específicamente hablando, del derecho de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación, tal como se proclama en el inciso 17 del artículo 2 de la Constitución. A juicio de este Tribunal, toda persona jurídica, salvo situaciones excepcionales, se constituye como una organización de personas naturales que persiguen uno o varios fines, pero que, **para efectos de la personería que las justifica en el mundo de las relaciones jurídicas, adopta una individualidad propia, esto es, la forma de un ente que opera como centro**

de imputación de obligaciones, pero también, y con igual relevancia de derechos.³

Con respecto a lo segundo, este Colegiado considera que el no reconocimiento expreso de derechos fundamentales sobre las personas jurídicas no significa tampoco y en modo alguno negar dicha posibilidad, pues la sola existencia de un Estado democrático de derecho supone dotar de garantías a las instituciones por él reconocidas. Quienes integran las personas jurídicas retienen para sí un interminable repertorio de derechos fundamentales nacidos de su propia condición de seres dignos, no siendo posible que dicho estatus, en esencia natural, se vea minimizado o, peor aún desconocido, cuando se forma parte de una persona jurídica o moral. **En tales circunstancias, queda claro que sin perjuicio de los atributos expresos que acompañan a cada persona individual que decide organizarse, puede hablarse de un derecho no enumerado al reconocimiento y tutela de personas jurídicas, sustentado en los citados principios del Estado democrático de derecho y, correlativamente, de la dignidad de la persona.⁴**

673

Tal como puede observarse, el Tribunal Constitucional ha ido mucho más allá de la Corte IDH, pues les otorga dignidad a las personas jurídicas; así como, igual relevancia de derechos que las personas naturales. Es evidente que en función a este criterio, las personas jurídicas deben tener una igual protección que las personas naturales, al menos cuando están en una misma posición ante la ley⁵. Cuando el Tribunal Constitucional señala que se trata de un derecho no enumerado, está visibilizando un derecho hasta ese momento no identificado, pero que a partir de dicho descubrimiento amerita protección. La aplicación de este criterio no entra en colisión ni contradicción con el criterio interamericano; toda vez, que el propio CPC señala que ante incompatibilidad entre el derecho convencional y el derecho interno nacional, debe primar el que más proteja a la persona y, qué duda cabe, que este es uno de esos casos en los que los jueces deben preferir el criterio más amplio, más favorable, más garantista como es considerar a la persona jurídica en igualdad de derechos y obligaciones que una persona natural.

³ El resaltado en negrita es nuestro.

⁴ El resaltado en negrita es nuestro.

⁵ Evidentemente nos referidos a la igualdad entre iguales. En este caso, cuando una persona natural y jurídica, ambas, son sujetos procesales y tienen los mismos derechos y obligaciones.

Tal es el caso de la incorporación de personas jurídicas en el marco de procesos penales que a continuación se desarrolla.

III. LA INCORPORACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS AL PROCESO PENAL

La incorporación de las personas jurídicas al proceso penal se plantea a través de un requerimiento fiscal dentro de una investigación concreta. Esta institución está regulada en el artículo 91 del Código Procesal Penal (En adelante CPP), el cual contempla lo siguiente:

Artículo 91.- Oportunidad y trámite

1. El requerimiento Fiscal se producirá una vez cumplido el trámite estipulado en el artículo 3. La solicitud deberá ser formulada al juez de investigación preparatoria. Será necesario que se indique la identificación y el domicilio de la persona jurídica, la relación sucinta de los hechos en que se funda el petitorio y la fundamentación legal correspondiente.

2. El trámite que seguirá el juez Penal para resolver el pedido será estipulado en el artículo 8, con la activa intervención de la persona jurídica emplazada.

Como el inciso 1) del artículo 91 señala que el trámite se sigue según el artículo 3 del mismo cuerpo legal, corresponde citarlo a efectos de tener el panorama completo a continuación.

Artículo 3.- Comunicación al Juez de la continuación de la investigación

El Ministerio Público comunicará al Juez de la Investigación Preparatoria su decisión formal de continuar con las investigaciones preparatorias.

Ahora bien, el mismo artículo 91 dice que para incorporar a las personas jurídicas al proceso penal, debe seguirse el trámite del artículo 3, estamos ante una remisión directa del trámite de incorporación a otro criterio contemplado dentro del mismo cuerpo normativo. Esto significa que no se puede interpretar

el artículo 91 de manera aislada, sin tener en consideración también al artículo 3, lo cual representa la necesidad de formulación de una interpretación sistemática.

El artículo 3 del CPP, nos muestra que cuando se decide continuar con la investigación preparatoria se debe comunicar al juez penal. La pregunta que surge aquí entonces es la siguiente **¿La comunicación que formula el fiscal al juez de continuar con su investigación preparatoria implica una imputación concreta?** Veamos, el artículo 336 del CPP regula los presupuestos de la disposición de Formalización y Continuación de la investigación preparatoria que emite el fiscal, dichos presupuestos son los siguientes:

Artículo 336.- Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria

1. Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que **se ha individualizado al imputado**⁶ y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria.

675

2. La Disposición de formalización contendrá:

a) El nombre completo del imputado;

b) **Los hechos y la tipificación específica correspondiente.** El Fiscal podrá, si fuera el caso, **consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación**⁷, indicando los motivos de esa calificación;

c) El nombre del agraviado, si fuera posible; y,

d) Las diligencias que de inmediato deban actuarse.

3. El Fiscal, sin perjuicio de su notificación al imputado, dirige la comunicación prevista en el artículo 3 de este Código, adjuntando copia de la Disposición de formalización, al Juez de la Investigación Preparatoria.

⁶ El resaltado en negrita es nuestro.

⁷ El resaltado en negrita es nuestro.

4. El Fiscal, si considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación.

Así las cosas, como se puede anotar de los segmentos resaltados con negrita, si en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria se individualiza al imputado, se señalan los hechos y la tipificación del delito que se atribuye, **es evidente que existe una imputación contra las personas investigadas**, la cual es comunicada al juez según hemos visto en el artículo 3 del CPP cuando se decide pasar al segundo estadio de la investigación fiscal luego de culminadas las diligencias preliminares.

Si esto es así, si en la formalización hay, a todas luces, una imputación contra las personas investigadas, la cual debe comunicarse previamente al juez de investigación preparatoria o juez de garantías, antes de plantear el requerimiento de incorporación de personas jurídicas como trámite previo tal como enfatiza el artículo 91 del mismo cuerpo adjetivo procesal penal, entonces ¿No es evidente que si el Tribunal Constitucional señala que las personas jurídicas tienen igual relevancia de derechos que las personas naturales a las personas jurídicas también les corresponde tener una imputación concreta para, naturalmente, defenderse de dicha imputación y ejercer su derecho de defensa en las condiciones establecidas no sólo en el artículo 139 inciso 14) de la Constitución Política del Estado sino también de acuerdo a los lineamientos específicos del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal? , el cual señala:

Artículo IX.- Derecho de defensa

1. Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, **a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra**, y a ser asistida por un Abogado Defensor de su elección o, en su caso, por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad. **También tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa**; a ejercer su autodefensa material; **a intervenir, en plena igualdad, en la actividad probatoria**; y, **en las condiciones previstas por la Ley, a utilizar los medios de prueba pertinentes. El ejercicio del derecho de defensa se**

extiende a todo estado y grado del procedimiento, en la forma y oportunidad que la ley señala.

(...)

Lo que estamos señalando claramente en este trabajo es que cuando se plantee un requerimiento de incorporación de persona jurídica al proceso penal, antes debe existir una imputación concreta contra la persona jurídica que se pretende incorporar y esa imputación al igual que como ocurre con la persona natural, debe estar en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria; toda vez, que hacer lo contrario implica poner en una situación de inferioridad a la persona jurídica, un trato discriminatorio; ya que, la persona jurídica al igual que la persona natural, de ser hallada responsable, será pasible de sanciones previstas en los artículos 104 y 105 del Código Penal.

IV. ¿EL DERECHO FUNDAMENTAL DE DEFENSA REQUIERE APLICACIÓN DISTINTA ENTRE PERSONAS NATURALES Y JURÍDICAS?

677

Sobre el particular debe citarse un precedente de alto análisis garantista, contenido en la resolución de fecha 22 de junio de 2022, recaída en el expediente N° 16-2017-79 (fundamento 3.4.), dictado por la Sala Penal Nacional (Hoy denominada Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada), dicho criterio jurisprudencial va en la misa línea que aquí sustentamos y puntualiza lo siguiente:

FUNDAMENTO 3.4. La persona jurídica es susceptible de ser considerada como sujeto pasivo del proceso penal, para ser incorporada en un proceso penal, la imputación que se le atribuya debe estar delimitada en la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria en tanto que la condición procesal de ella es equiparable a la de un imputado y por esa sola condición tiene todos los derechos y garantías que le corresponde a este, cumplida la misma correspondería su incorporación previo cumplimiento de las exigencias legales contenidas en los artículos 90° y 91° del Código Procesal Penal.

De esta manera, todo parecería indicar, que se sigue la línea del Tribunal Constitucional y la judicatura penal especializada, la cual, aunque no es la Corte Suprema, deja sentado un precedente de índole más amplio que

el de la Corte IDH. Si los órganos jurisdiccionales inferiores o, incluso, la propia Corte Suprema de la República, decidiera generar criterios más restrictivos que impidan u obstaculicen el ejercicio fundamental del derecho de defensa, entonces se atentaría contra el principio de progresividad de los derechos fundamentales tal como señala el Informe Anual de 1993 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos (OEA), que señala lo siguiente: *“El principio de la progresividad es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos a medida que se elaboran y amplían. Los tratados sobre derechos humanos con frecuencia incluyen disposiciones que implícita o explícitamente prevén la expansión de los derechos en ellos contenidos”*. (Párrafo 24).

678

De esta manera, el criterio estaría claro, las personas jurídicas al ser imputadas deben tener una descripción de los hechos que se les atribuyen, pues así como la persona natural tiene derecho a una imputación concreta incluso antes desde que se plantee acusación penal en su contra, las personas jurídicas también deben tener ese mismo derecho de imputación concreta antes que se plantee requerimiento de incorporación al proceso penal en su contra para que, en un plazo razonable, pueda ejercitar todos mecanismos legales de defensa en las mismas condiciones que la persona natural, pensar o hacer lo contrario representa no reconocer el derecho fundamental de defensa de las personas jurídicas o ponerlas en situación de inferioridad recibiendo un trato discriminatorio.

Hasta el momento, el lector se preguntará si todo el ordenamiento constitucional está orientado a la protección de las personas jurídicas en las mismas condiciones que las personas naturales, siendo ambas sujetos pasivos del proceso penal ¿Entonces no debería existir problema alguno? La respuesta es sí, no debería existir problema alguno; sin embargo, existe y se materializa sistemáticamente y con impunidad por parte de los jueces de investigación preparatoria (primera instancia) quienes no reciben nunca reprimenda de sus salas superiores respecto a aplicaciones arbitrarias e interpretaciones sesgadas que, pese a tener a la vista, todos estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, deciden darle un tratamiento poco menos que despectivo a las personas jurídicas al momento de resolver un requerimiento de incorporación planteado ante su judicatura.

Pondré el ejemplo de la resolución del Octavo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia del Cusco, el cual en su Auto N°45 de fecha 17 de agosto de 2022 que dispone la incorporación de dos personas jurídicas, señala lo siguiente:

FUNDAMENTO 5.4. Al respecto cabe precisar que la resolución a la cual hace referencia el juzgado no podría tomarlo en cuenta por cuanto no ha sido emitida por la Corte Suprema y no tiene calidad de vinculante; y por el contrario, **nuestra normativa señala que no es necesario que en la formalización de la investigación preparatoria se apertura investigación contra la persona jurídica, sino basta con mencionarla en los hechos descritos, lo que ha ocurrido en el caso de autos, por ende este fundamento deviene en infundado.**

La razón por la cual el juzgado citado señala que “*la resolución a la cual hace referencia el juzgado no podría tomarlo en cuenta por cuanto no ha sido emitida por la Corte Suprema y no tiene calidad de vinculante*”, es porque se le puso a la vista la resolución de fecha 22 de junio de 2022, recaída en el expediente N° 16-2017-79 (fundamento 3.4.), dictado por la Sala Penal Nacional (Hoy denominada Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada). Es decir, pese a que los jueces de investigación preparatoria tienen a la vista dicho criterio protector que sigue la línea del Tribunal Constitucional, que le reconoce hasta dignidad e igual relevancia de derechos a las personas jurídicas respecto de las personas naturales, deciden no seguirlo, sólo porque no es vinculante y no ha sido emitido por la Corte Suprema, sin considerar los lineamientos jurisprudenciales del propio Tribunal Constitucional.

Aquí observamos graves situaciones que vulneran gravemente una pluralidad de derechos fundamentales. En primer lugar, no motivan más allá de lo que hemos señalado como el caso del Octavo Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia del Cusco, no hacen un mínimo esfuerzo por fundamentar su decisión, ni siquiera señalan que método de interpretación están empleando para tal arbitrariedad. Si la persona jurídica solo es mencionada en los hechos sin que tenga una imputación concreta como las personas naturales, el requerimiento es planteado y un año después el juez penal resuelve cuando la investigación preparatoria ya está concluida y el fiscal NO PUEDE REALIZAR NINGUN ACTO DE INVESTIGACION POSTERIOR A LA CONCLUSION, como es este caso de Cusco que se ha puesto como ejemplo, pero abundan a nivel nacional, es evidente que se está

privando a la persona jurídica de plantear su defensa en las mismas condiciones, tales como participar en declaraciones, presentar perito de parte, sugerir actos de investigación, entre otros.

El derecho fundamental de defensa se ve menoscabado de manera que ataca su contenido esencial. Por estas consideraciones es que, debe siempre partirse de un análisis constitucional, el cual es el que irradia todo el sistema de justicia nacional. En este caso, el criterio jurisprudencial constitucional irradia, incluso, al sistema interamericano por ser más protector y garantista y que, según el Código Procesal Constitucional, los jueces deben preferir cuando hay incompatibilidad entre derecho convencional y derecho interno.

Lamentablemente, al parecer y a pesar de la profunda relevancia que ha alcanzado el derecho constitucional en todas las demás ramas del derecho, fenómeno denominado “constitucionalización del derecho”, el sistema de justicia no logra formar a sus magistrados de manera íntegra, dejando de lado la debida capacitación en derecho constitucional e interpretación jurídica de la *norma normarum*.

680

V. CONCLUSIONES

El criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto de la protección de las personas jurídicas es más amplio que el de la Corte IDH. Por lo tanto, ante incompatibilidad, se debe preferir el criterio del Tribunal Constitucional.

El derecho fundamental de defensa de las personas jurídicas debe ser considerado por parte de los fiscales del Ministerio Público desde el primer momento de apertura de una investigación, lo cual implica que se tenga una imputación concreta contra ellas en la disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria antes de requerir su incorporación formal al proceso penal.

La falta de capacitación de los magistrados penales a nivel nacional para no seguir la jurisprudencia constitucional e incluso la jurisprudencia penal especializada, debe acarrear inmediatas infracciones funcionales, principalmente, cuando atentan contra criterios de superiores jerárquicos con

una motivación abiertamente ligera y atentando contra el principio de progresividad de los derechos fundamentales.

Si una persona jurídica es incorporada sin haber tenido durante la investigación preparatoria una imputación concreta y un plazo razonable para preparar y ejercer su derecho de defensa, entonces dicho requerimiento debe ser declarado improcedente, pues mencionar a la persona jurídica sin que tenga imputación y luego solicitar su incorporación, pone en una situación de inferioridad procesal cuando ambos son sujetos pasivos del proceso penal. Admitir lo contrario, implica un supuesto de nulidad absoluta por inobservancia de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y la jurisprudencia de su máximo intérprete.

BIBLIOGRAFÍA

Auto de apelación de incorporación de personas jurídicas de fecha 22 de junio de 2018 recaído en el expediente N°16-2017-79 de la ex Sala Penal Nacional, hoy Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada. Recuperado de: <https://acortar.link/cNl1bO>

681

Auto de incorporación de personas jurídicas de fecha 17 de agosto de 2022, emitido por el Octavo Juzgado de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Superior de Justicia del Cusco, recaído en el expediente N°3440-2017.

Convención Americana de Derechos Humanos. Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Constitución Política del Perú. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/constitucion-politica-peru-actualizada/>

Código Procesal Constitucional. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/codigo-procesal-constitucional-actualizado/>

Código Procesal Penal. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/nuevo-codigo-procesal-penal-peruano-actualizado/>

Código Penal. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>

Opinión Consultiva es la OC-22/16 de fecha 26 de febrero de 2016.
Recuperado de:
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf

Sentencia del Tribunal Constitucional 04072-2009-PA/TC (Caso MILLARZ
EIRL-La Libertad). Recuperado de:
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/04072-2009-AA.pdf>

El proceso de inconstitucionalidad

The process of unconstitutionality

✍ **FERNANDO BERRIOS GUTARRA¹**

Resumen

El presente trabajo de investigación trata sobre el proceso de inconstitucionalidad como proceso constitucional encargado del control abstracto de las leyes o normas con rango de ley. En tal sentido, en su primera parte detalla la introducción del proceso de inconstitucionalidad al ordenamiento jurídico peruano. A continuación, se ocupa de los antecedentes desde su regulación en la Constitución de 1979. La tercera parte trata sobre las características especiales del proceso de inconstitucionalidad, desarrollando las normas objeto de control, su procedencia, la legitimidad, entre otros aspectos. Por su parte, el quinto y sexto apartado se encargan de analizar el parámetro y el objeto de control de este proceso constitucional, respectivamente. Finalmente, se muestran las conclusiones y la bibliografía respectiva.

683

Palabras clave

Proceso de inconstitucionalidad, Tribunal Constitucional, Constitución de 1979, Constitución de 1993

Abstract

This paper deals with the process of unconstitutionality as a constitutional process in charge of the abstract control of laws or norms with the force of law. In this sense, in its first part it details the introduction of the process of unconstitutionality to the Peruvian legal system. Then, it deals with the background from its regulation in the 1979 Constitution. The third part comments the special characteristics of the process of unconstitutionality, developing the rules subject to control, their origin, legitimacy, among other aspects. The fifth and sixth sections are in charge of analyzing the parameter

¹ Maestro en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Gobernabilidad por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo y Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

and the object of control of this constitutional process, respectively. Finally, it ends with the conclusions and the respective bibliography.

Keywords:

Unconstitutionality process, Constitutional Court, Constitution of 1979, Constitution of 1993

Sumilla

I. INTRODUCCIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD AL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL PERUANO. II. ANTECEDENTES III. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS IV. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD. V. PARÁMETRO DE CONTROL. VI. OBJETO DE CONTROL. VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFIA.

684

I. INTRODUCCIÓN DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD AL ORDENAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL PERUANO.

La primera noción de control de constitucionalidad puede ser advertido a través del caso Marbury versus Madison (1803), sentencia de la Corte Suprema de EE.UU. que adopta el criterio de la cláusula de supremacía de la Constitución.

García Toma² efectúa un análisis de esta decisión y reseña los criterios más relevantes adoptados por el juez John Marshall³. No obstante, lo

² Véase García Toma, Víctor (2005). *Teoría del Estado constitucional*. Palestra, pp. 518-583.

³ El juez John Marshall describe en su sentencia: «Esta Constitución [...] será la suprema ley del país; y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiera alguna disposición contraria en la Constitución y las leyes de los Estados [...]. Si tales límites no restringen a quienes están alcanzados por ellos y no hay diferencia entre

emblemático de esta decisión y su calidad de *leading case*, precisa García Belaúnde⁴ que la figura del control difuso no se volvió a aplicar sino hasta el caso *Dred Scott versus Sanford*⁵, bajo otra corte y con otro presidente, el juez Tanney.

En esta revisión de antecedentes, no podemos dejar de mencionar el caso *Bonham versus Henry Atkins*, sentencia emitida por el juez Lord Edward Coke en 1610 y que García Toma también reseña en sus aspectos más sustantivos⁶.

Con respecto del Perú, el proceso de inconstitucionalidad es regulado actualmente en nuestra Carta Fundamental de 1993⁷. Este se caracteriza por un margen de atribuciones desarrolladas jurisprudencialmente, en tanto las sentencias interpretativas que expide el Tribunal Constitucional involucran un margen de determinación de amplios sentidos interpretativos que superan la noción de enunciados lingüísticos de la normativa constitucional.

actos prohibidos y actos permitidos, la distinción entre gobierno limitado y gobierno ilimitado queda abolida».

⁴ García Belaunde, D. (2000). *De la jurisdicción constitucional al Derecho Procesal Constitucional*, Segunda edición. Grijley. p. 29.

⁵ Esta sentencia, sin embargo, ha sido enjuiciada críticamente por Miguel Carbonell, dada la posición de defensa de la esclavitud en los EE.UU. Véase. Carbonell, M. (2007). La peor sentencia: a 150 años de *Dred Scott versus Sanford*. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 7. pp. 245-254.

⁶ El juez Edward Coke, ante el propósito del Rey Jacobo I de intervenir en el fallo, precisa: «es verdad que Dios ha dotado a su Majestad de excelente ciencia y grandes dotes naturales, pero su Majestad no es docto en las leyes de su reino, y los juicios que conciernen a la vida, la herencia [...] no deben decidirse por la razón natural, sino por la razón y los juicios artificiales del derecho, el cual es un arte que requiere largo estudio y experiencia, antes de que un hombre pueda llegar a dominarlo, el derecho es la vara de oro de la virtud y la medida para sentenciar las causas de sus súbditos»

⁷ Constitución Política 1993. Artículo 200. Acciones de garantía constitucional: «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».

El proceso de inconstitucionalidad tiene lugar en nuestro ordenamiento jurídico constitucional en la Constitución de 1979⁸, en la que se perfila esta acción como garantía constitucional, como un proceso ya en propiedad de control normativo, aunque con esbozos aún muy iniciales. Ciertamente no hubo una actividad trascendente en aquel entonces Tribunal de Garantías Constitucionales hasta la promulgación de la Carta Fundamental en 1993. A este respecto, Cáceres Arce efectúa una dura crítica a la labor del Tribunal al señalar que no actuó con eficacia ni cumplió con su función primordial. Cáceres Arce menciona en su crítica directamente al modo de razonar de este órgano, basado en causas políticas, debido al procedimiento de elección de los magistrados⁹.

Desde una perspectiva histórica, la Constitución de 1933¹⁰, aunque perfiló la protección de garantías constitucionales mínimas, esbozó que solo la acción de habeas corpus, un tipo de acción omnicomprensiva, podía proteger los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución. En propiedad, toda afectación a un derecho fundamental o la supremacía normativa de la Constitución se regulaba por el proceso de habeas corpus.

686

El desarrollo progresivo de la jurisdicción constitucional se hizo necesario que se determinara la configuración de un proceso propio de control normativo como el proceso de inconstitucionalidad. Con relación a las tres Cartas Fundamentales mencionadas y en contraste con los contenidos que actualmente prevé nuestra norma constitucional adjetiva —el Código Procesal Constitucional¹¹— es de destacar la evolución de este mecanismo de protección desde la noción de «garantía» hasta las previsiones de «acción» y

⁸ Constitución Política 1979. Artículo 298: «El Tribunal de Garantía tiene jurisdicción en todo el territorio de la República. Es competente para: 1. Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo. Y; 2. Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo, agotada la vía judicial».

⁹ Cfr. Cáceres Arce, J. (2004). *El control constitucional en el Perú*. LPG, p. 80.

¹⁰ Constitución Política 1933. Artículo 69: «Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de habeas corpus».

¹¹ Las normas generales de los procesos de inconstitucionalidad y acción popular corren insertas en los artículos 75-83. Un capítulo específico corresponde al proceso de inconstitucionalidad en los artículos 98-108.

más recientemente de «proceso», aspectos que identifican la posición histórica del legislador de la Constitución.

La noción de «garantía» transmite un concepto más decimonónico vinculado al sistema francés de garantías¹². Mientras tanto la idea de «acción» nos remite con más énfasis a un derecho de ejercer determinado tipo de acción. A su turno, la premisa «proceso» denota una definición más integral, en tanto traduce una noción de herramienta que trasciende el plano de la enunciación de derechos para otorgarle una naturaleza procedimental al mecanismo de inconstitucionalidad frente a normas trasgresoras de la supremacía normativa de la Constitución.

II. ANTECEDENTES.

El proceso de inconstitucionalidad fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución de 1979. La competencia para conocerlo, en instancia única, a través del Tribunal de Garantías Constitucionales.

687

Durante la vigencia de la Constitución de 1979, fue utilizado de manera muy reservada, aunque no por ello menos controversial. En dicho período, desde 1982 hasta 1992, es decir, desde que se instaló el Tribunal de Garantías Constitucionales hasta que sus magistrados fueron cesados por el golpe de Estado del 5 de abril, se emitieron sólo quince sentencias de inconstitucionalidad. En la mayoría de los casos no hubo pronunciamientos de fondo.

Luego, se incorporó en la Constitución de 1993 en el artículo 200 inciso 4 con el siguiente tenor:

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

¹² A este respecto, Emile Boutmy hace una cerrada defensa de la concepción original francesa respecto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Véase Boutmy, E. (2009). Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Enfoques críticos de Georg Jellinek y Emile Boutmy. Materiales de estudio. Maestría Constitucional Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Según el artículo 202.1 de la Constitución, la competencia para conocer de la demanda de inconstitucionalidad recae de manera exclusiva en el Tribunal Constitucional. Este proceso constitucional ha sido empleado de manera muy activa por los diversos sujetos legitimados para interponer la demanda.

III. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.

El proceso de inconstitucionalidad es un proceso constitucional de carácter autónomo que se tramita en instancia única ante el TC. Su finalidad es proteger el principio de supremacía constitucional, por lo que la sentencia que declara fundada la demanda contiene la declaratoria de que la ley o norma con rango de ley que ha sido cuestionada es inconstitucional y, por ende, al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano dicha norma queda sin efecto.

El proceso de inconstitucionalidad cumple tres roles: pacifica, ordena y valora los conflictos que se presentan cuando las normas legales son contrarias a la Constitución.

En primer lugar, todo conflicto entre una ley y la Constitución genera una alta conflictividad entre los órganos de producción de esas normas (el Parlamento, el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales) y los sujetos a quienes resulten aplicables, es decir otros actores políticos, instituciones públicas, gremios de trabajadores, empresarias, colectivos vulnerables, etcétera. De hecho, la aprobación de leyes que son incompatibles con la Constitución puede generar muchos conflictos políticos, sociales y económicos, por ejemplo, una reforma legal en materia de pensiones o sobre el empleo público. Por ello, el proceso de inconstitucionalidad pacifica el conflicto en la sentencia se establece que la ley cuestionada es compatible o no con la Constitución.

De otro lado, también ordena el conflicto, dado que el proceso de inconstitucionalidad se concibe como un proceso de carácter público, en donde las partes legitimadas pueden hacer oír su voz, de modo tal que se

pueden identificar las posiciones favorables y contrarias a la ley que se cuestiona. Es más, el TC ha aceptado la tesis de que la interpretación de la Constitución es un proceso público y que está abierto a la sociedad de intérpretes, es decir los ciudadanos, actores sociales e instituciones públicas. No obstante, si bien la Constitución puede ser interpretada por distinto ángulo, pero quien tiene la última palabra en torno a su interpretación es el Tribunal Constitucional a través de sus sentencias recaídas en estos procesos, dado que contra ellas no cabe recurso posible.

Finalmente, en el proceso de inconstitucionalidad también se valoran no sólo los distintos argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de la ley, sino también la conflictividad que está inmersa en el caso. Por ello, el TC debe valorar, al momento de resolver, los diversos intereses y posiciones en controversia, de modo tal que pueda sintetizarlas e integrarlas a partir de una interpretación armónica y unitaria de la Constitución.

689

Asimismo, el proceso de inconstitucionalidad se determina si una norma con rango de ley es conforme con la Constitución, debemos saber cuál es el parámetro de control a partir del que se determinará la constitucionalidad de la ley, así como el objeto de control, esto es las normas que pueden ser cuestionadas en este proceso constitucional.

IV. CARACTERÍSTICAS ESPECIALES DEL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD.

a) Procedencia contra normas con rango de ley

Nuestro modelo procesal constitucional determina la procedencia del proceso de inconstitucionalidad contra normas con rango de ley¹³. Es importante señalar, al respecto, que sus alcances son de carácter general y que carecen de efectos retroactivos¹⁴.

¹³ Código Procesal Constitucional. Artículo 77: «La demanda de inconstitucionalidad procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados que hayan requerido o no la aprobación del Congreso conforme a los artículos 56 y 57 de la Constitución, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales».

¹⁴ Código Procesal Constitucional. Artículo 81: «Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos. Se publican

En materia tributaria, sin embargo, se determinan los efectos de la decisión en el tiempo en atención a la necesidad de fijar el marco de las situaciones jurídicas producidas mientras la norma cuestionada estuvo en vigencia¹⁵.

A esta particularidad debemos sumar que con la declaración de inconstitucionalidad ni se reabren procesos concluidos en los cuales se haya aplicado normas declaradas inconstitucionales ni reasumen vigencia las normas legales derogadas. Con lo que concurre, como justificación, una necesaria seguridad jurídica como principio de primacía en una declaración de inconstitucionalidad.

b) Sujetos legitimados para interponer el proceso de inconstitucionalidad

Dentro del rango de sujetos legitimados¹⁶ para interponer el proceso de inconstitucionalidad, se debe destacar una grave omisión en el esquema

690

íntegramente en el Diario Oficial El Peruano y producen efectos desde el día siguiente de su publicación. Cuando se declare la inconstitucionalidad de normas tributarias por violación del artículo 74 de la Constitución, el Tribunal debe determinar de manera expresa en la sentencia los efectos de su decisión en el tiempo. Asimismo, resuelve lo pertinente respecto de las situaciones jurídicas producidas mientras estuvo en vigencia».

¹⁵ Código Procesal Constitucional. Artículo 83: «Las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y último párrafo del artículo 74 de la Constitución. Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado».

¹⁶ Constitución Política 1993. 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; 6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia. 7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad».

anterior. No se había considerado como sujeto legitimado para interponer el proceso de inconstitucionalidad al presidente del Poder Judicial. La Carta Fundamental de 1979 sí contemplaba dicha figura, la cual ha sido omitida en la Carta de 1993 sin una real justificación.

Cambio significativo en Acuerdos previos para demandas de inconstitucionalidad del Presidente del Poder Judicial y Fiscal Supremo.

El artículo 98 del NCPC dispone que el Presidente del Poder Judicial o el Fiscal de la Nación deben interponer la demanda de inconstitucionalidad con el acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente. Aquí creo que hay un error con relación al Fiscal de la Nación, pues si bien, en el artículo 203 de la Constitución, la legitimación activa del presidente del Poder Judicial si requiere del acuerdo de la Sala Plena; con relación al Fiscal de la Nación no existe esta restricción, es decir, no está impedido de presentar una demanda de inconstitucionalidad sin contar con un acuerdo previo de la Junta de Fiscales Supremos. Por otro lado, y en evidente señal de apresuramiento en aprobar el NCPC, en el artículo 101 de los anexos de la demanda, a diferencia de otros sujetos legitimados para presentar demandas de inconstitucionalidad donde se les exige el Acuerdo previo del órgano pertinente, en el caso de las demandas del Poder Judicial o del Fiscal de la Nación se han olvidado de incluir como requisito obligatorio de la demanda los referidos Acuerdos¹⁷.

691

c) Efectos interpretativos erga omnes

Dada su naturaleza como sentencia interpretativa de la Constitución, los efectos del proceso de inconstitucionalidad vinculan a todos los poderes públicos. Problemáticamente, sin embargo, podemos aducir lo siguiente: resulta determinante que la *ratio decidendi* de la sentencia de inconstitucionalidad resulte *in toto* vinculante y, sin perjuicio de ello, corresponde cuestionar: ¿son los argumentos *obiter dicta* en una sentencia de inconstitucionalidad igualmente vinculantes para la comunidad de intérpretes? Esta es una cuestión que exige dilucidación del propio Tribunal, pues el efecto *ratio decidendi* es, por convención, el extremo vinculante, mientras que el argumento *obiter dicta* es aquel que resulta solo complementario para la construcción de la decisión. En esa misma línea de

¹⁷ <https://agnitio.pe/articulo/10-cambios-significativos-en-el-nuevo-codigo-procesal-constitucional/>

ideas, es pertinente destacar que el razonamiento en las sentencias usualmente discurre entre argumentos determinantes y definitivos.

Una práctica válida para determinar el efecto vinculante de las sentencias interpretativas sería que el decisorio de una sentencia fijase cuáles argumentos y cuáles párrafos de la sentencia de inconstitucionalidad, expresan un efecto vinculante *erga omnes*, respecto del cual el intérprete no se puede apartar. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en aquellas sentencias bien construidas a propósito de precedentes vinculantes. Esta práctica implicaría una mejor técnica jurisprudencial, pues permitiría una más viable identificación de los extremos vinculantes del razonamiento del Tribunal Constitucional. Lo cual es importante si se tiene en cuenta que no resulta razonable afirmar que todos los extremos de una amplia decisión representarían un efecto vinculante ni tampoco dejar al libre albedrío del intérprete cuál fórmula de razonamiento adoptar.

A diferencia del efecto *erga omnes*, conviene precisar que el efecto de la interpretación de los jueces del Poder Judicial frente a las incongruencias de una norma con rango de ley frente a la Constitución es *inter partes*¹⁸. Es decir, sólo podrá determinarse la inaplicación de la norma, en definitiva, no es su expulsión del ordenamiento constitucional.

692

d) Instancia única

Se comprende una necesidad de irrevisabilidad de los criterios expresados en una sentencia de inconstitucionalidad. Si bien es cierto que los rangos, escalas y valores de la interpretación pueden ser múltiples en términos

¹⁸ STC 1383-2001-AA/TC. Caso Rabines Quiñones: «16. La facultad de controlar la constitucionalidad de las normas con motivo de la resolución de un proceso de amparo constituye un poder-deber por imperativo de lo establecido en el artículo 138°, segundo párrafo de la Constitución. [...] El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas enunciado en el artículo 51° de nuestra norma fundamental. [...] El control difuso es un acto complejo en la medida en que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio, resulta beneficiada de la presunción de legitimidad de las normas del Estado».

de sujetos y materias, deviene un criterio que podemos manejar que exista una opinión valedera final por sobre las demás instancias.

Es de conocimiento que los jueces del Poder Judicial reclaman autonomía e independencia de criterios frente a las potestades correctoras del Tribunal Constitucional y sin perjuicio de ello, admitamos que en el Derecho Comparado igualmente es admitido que la jurisdicción constitucional ejerce funciones revisoras de la jurisdicción ordinaria¹⁹.

e) Viabilidad de la declaración de inconstitucionalidad por conexión

Una institución de importancia en los procesos de inconstitucionalidad es la figura de la inconstitucionalidad por conexión²⁰. Se trata de la declaración de incompatibilidad con el orden constitucional de aquellas normas vinculadas o conexas a una norma que es expulsada del ordenamiento jurídico. Argumentativamente puede describirse esta figura como un fenómeno de supra inclusión, pues si una norma principal es derogada, debemos asumir que las normas vinculadas a ella sufren el mismo efecto de inconstitucionalidad.

693

El efecto prescriptivo²¹ incluye un efecto extintivo. La pretensión para una demanda de inconstitucionalidad deviene improcedente después de seis años de emitida la norma. La aplicación de la lógica de la inconstitucionalidad por conexión (por la vinculación con otras normas), conduciría al siguiente razonamiento: si deviene improcedente una demanda de inconstitucionalidad por extemporánea, habría que aplicar lo mismo a las normas conexas. Sin embargo, las instituciones constitucionales tienden a presentar una vocación de progresividad, ya que la supremacía normativa de

¹⁹ Como sucede en Colombia donde la Corte Constitucional de Colombia puede revisar fallos de la Rama Judicial, o en España, donde el Tribunal Constitucional español revisa las actuaciones de los jueces españoles.

²⁰ Código Procesal Constitucional. Artículo 78: «La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia».

²¹ Código Procesal Constitucional. Artículo 100: «La demanda de inconstitucionalidad de una norma debe interponerse dentro del plazo de seis años contado a partir de su publicación, salvo el caso de los tratados en que el plazo es de seis meses. Vencido los plazos indicados, prescribe la pretensión, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 51 y por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución».

la Constitución exige de los jueces de la Constitución innovar permanentemente contenidos.

En esta línea de análisis, al criterio de la STC 024-2010-PI/TC, caso del decreto legislativo 1097. Esta norma fue aprobada en su momento para adelantar la vigencia de algunos artículos del Nuevo Código Procesal Penal. Entre otros efectos, la norma dispuso el sobreseimiento por exceso de plazo de la instrucción o de la Investigación Preparatoria, sin contemplar la situación real de policías y militares vinculados a temas de crímenes de lesa humanidad.

Si bien el proceso de inconstitucionalidad fue interpuesto dentro del término prescriptorio, no sucedió lo mismo con la resolución legislativa 27998. Dicha resolución puso en vigencia en nuestro ordenamiento constitucional, en el año 2003, la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad, lo cual condujo al reconocimiento de este tipo penal desde el 9 de noviembre de 2003. Si la norma fue aprobada en 2003, resultaba determinante que el proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra el decreto legislativo 1097, cuya norma conexa era la resolución legislativa aludida, prosperara sólo contra el decreto referido y no contra la resolución. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional, reconociendo la imposibilidad de expulsar esta norma del ordenamiento jurídico, declaró el impedimento de aplicación de la resolución legislativa²² en razón de su manifiesta incompatibilidad con la Constitución. La norma entonces seguía insistiendo, pero ningún órgano jurisdiccional la podía aplicar.

²² STC 024-2010-PI/TC. Caso Decreto Legislativo 1097: «78. [...] aunque el Tribunal Constitucional no pueda expulsar el orden jurídico el punto 1.1 del Artículo Único de la Resolución Legislativa N.º 27998 —conexo al mandato previsto en la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1097—, pues se encuentra fuera del plazo previsto en el artículo 100º del CPCo., habiéndose advertido su inconstitucionalidad, y siendo este Colegiado el supremo intérprete de la Constitución, en virtud de los artículos VI del Título Preliminar y 82º del CPCo., a partir del día siguiente de la publicación de esta sentencia, todo poder público se encuentra impedido de aplicar el referido precepto jurídico».

f) Improcedencia de medidas cautelares

La aplicación de medidas cautelares en este tipo de procesos es improcedente²³, a pesar de que en otros tipos no existe prácticamente impedimento alguno, inclusive en el proceso competencial —también un proceso de control normativo—. Dicha improcedencia se debe a que estamos frente a un proceso de control concentrado en puridad a cargo del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución. No existe, bajo esa lógica, otra instancia de reexamen de esta decisión, salvo la jurisdicción supranacional. Sin embargo, esta ciertamente no es competente respecto de medidas cautelares, sino de decisiones de fondo y siempre que se cumplan las condiciones predeterminadas, entre otras, de decisión denegatoria en sede nacional, que exista responsabilidad del Estado peruano y que se recurra al sistema interamericano en el plazo de seis meses de concluida la controversia en sede nacional.

V. PARÁMETRO DE CONTROL.

El parámetro de control o bloque de constitucionalidad son las normas que sirven para determinar si una norma con rango de ley es constitucionalmente válida. Por ello está constituido por la Constitución, los tratados de derechos humanos y algunas normas de rango legal que desarrollan el contenido de los derechos y principios constitucionales.

695

Aunado a ello, se incluyen las interpretaciones del TC que se desprenden de sus sentencias sobre la constitucionalidad de la ley, sus precedentes vinculantes y su doctrina jurisprudencial. Igualmente, en el parámetro de control se incluyen las decisiones de los órganos de control y supervisión de los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú.

La Constitución es un parámetro de control en su totalidad, es decir, están incluidos en su preámbulo las disposiciones sobre derechos y libertades, las que reconocen derechos sociales, libertades económicas y los principios y reglas de la organización del poder político. De igual manera, se incluyen sus disposiciones finales y transitorias, así como la Declaración sobre la Antártida.

²³ Código Procesal Constitucional. Artículo 105: «En el proceso de inconstitucionalidad no se admiten medidas cautelares».

Los tratados de derechos humanos forman parte del parámetro porque la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que los derechos y libertades reconocidos por la constitución se interpretan de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por el Perú. En sentido similar, el artículo V del Título Preliminar del CPConst. establece que «El contenido y alcance de los derechos constitucionales protegidos por los procesos constitucionales regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos [y] los tratados sobre derechos humanos [...] de los que el Perú es parte».

Las leyes también pueden integrar el parámetro de control, en tanto en determinadas situaciones una ley puede condicionar el contenido de otra. En dicho sentido, tenemos por ejemplo la Ley Orgánica de Municipalidades respecto de las ordenanzas municipales, o la ley autoritativa respecto del decreto legislativo. Asimismo, como el decreto legislativo es emitido por el Poder Ejecutivo previa delegación de facultades, esta delegación se materializa en una ley autoritativa que contiene la materia específica sobre la cual el Poder Ejecutivo legislará y el tiempo que tiene para hacerlo. Por ello, la ley autoritativa se convierte en parámetro de control del decreto legislativo. Al respecto, el artículo 79 del CPConst. establece que «Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se haya dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona».

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, sirve para la interpretación de las disposiciones constitucionales, y por ello integra el parámetro de control. En igual medida, integran el parámetro de control las sentencias emitidas por tribunales internacionales constituidos en virtud a tratados ratificados por el Perú respecto de los que aceptó su competencia contenciosa. De estos, tiene especial relevancia la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la medida en que es la intérprete autorizada de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento ratificado por el Perú. En dicho sentido, el ya citado artículo V del Título Preliminar del CPConst. establece que para la interpretación de los derechos fundamentales además de los tratados deben tenerse en cuenta «[...] las

decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte».

VI. OBJETO DE CONTROL.

El objeto de control está constituido por las normas con rango de ley cuya constitucionalidad es discutida en un proceso de inconstitucionalidad. Según lo señalado en el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución, estas normas son las leyes, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, el reglamento del Congreso, los tratados, las ordenanzas regionales y las ordenanzas municipales.

En relación con las leyes, cabe señalar que la Constitución no ha señalado ninguna exclusión o diferenciación, por lo que pueden ser objeto de control las leyes ordinarias, aprobadas con mayoría simple, y las leyes orgánicas, que exigen mayorías calificadas para ser aprobadas, como una ley de reforma constitucional (ver la sentencia del Exp. 00050-2004-PI/TC) o, incluso, una ley derogada, pero con efectos jurídicos aún eficaces (ver la sentencia del Exp. 0019-2005-PI/TC).

697

Los decretos legislativos y los decretos de urgencia son los instrumentos que materializan la potestad legislativa del Poder Ejecutivo. Como ya se ha señalado, para que se emita un decreto legislativo debe existir una ley autoritativa. Por lo tanto, siempre que sea conforme con la Constitución, integra el parámetro de control y el objeto controlado es el decreto legislativo, tanto por aspectos de forma (procedimiento de aprobación) como de fondo (compatibilidad con derechos, principios y valores constitucionales). En lo que respecta a los decretos de urgencia, el TC controla que cumplan condiciones exógenas (ya que debe atenderse a circunstancias extraordinarias e imprevisibles) y endógenas (que la materia objeto de regulación sea económica y financiera).

El reglamento del Congreso de la República, si bien regula la estructura administrativa y la organización política del Parlamento, también contiene el estatuto parlamentario y diversas disposiciones sobre los procedimientos de aprobación de las leyes y para el ejercicio de la función de fiscalización. Por lo que, si bien formalmente se denomina «reglamento» por tradición, materialmente es una ley orgánica. Por esta razón, la Constitución señala que puede ser objeto de control en un proceso de inconstitucionalidad.

En lo que respecta a los tratados internacionales, debe precisarse que pueden ser objeto de control tanto los aprobados por el Parlamento (artículo 56 de la Constitución) como los tratados ejecutivos o simplificados aprobados por el Poder Ejecutivo (artículo 57 de la Constitución). Si bien el control de estos instrumentos puede ser polémico, dado que una declaración de inconstitucionalidad de un tratado puede generar, por parte del Perú, su incumplimiento y con ello caer en responsabilidad internacional frente a la contraparte del tratado (otro Estado), se han presentado casos en los que el TC ha emitido sentencias que buscan compatibilizar el contenido de los tratados cuestionados con la Constitución (al respecto, puede revisarse la sentencia sobre el Acuerdo de Complementación Económica con Chile recaída en el Exp. 00002-2009-PI/TC), como una manera de evitar la declaración de inconstitucionalidad y con ello, la probable responsabilidad internacional del Perú.

698

Finalmente, las ordenanzas municipales y regionales pueden ser cuestionadas sus aspectos de forma y de fondo. Para evaluar su constitucionalidad, además de la Constitución se tendrá en cuenta, en su caso, la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales (ley 27867), la Ley de Bases de la Descentralización (ley 27783) y la Ley Orgánica de Municipalidades (ley 27972), en tanto definen y precisan las competencias, funciones y atribuciones de los gobiernos regionales y municipales.

Un caso *sui generis* lo constituye la Ley de Tributación Municipal (decreto legislativo 776), en tanto regula el ejercicio de la potestad tributaria de las municipalidades, puesto que estas entidades pueden crear tributos municipales (tasas y contribuciones) mediante ordenanzas municipales. En estos casos, la Ley de Tributación Municipal, integra el parámetro de control de la constitucionalidad de dichas ordenanzas (véase la sentencia del Exp. 0053-2004-AI/TC).

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

- El proceso de inconstitucionalidad le confiere a la judicatura constitucional, un punto sensible de referencia obligada para los intérpretes de la justicia constitucional. La trascendencia de este proceso como límite a los excesos de otros poderes es innegable.

- La restricción de las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, es oportuno apuntar a fórmulas razonadas y constitucionalmente compatibles de su reforzamiento para la consecución de la interpretación conforme a los principios, valores y directrices de nuestra Carta Magna.
- La interpretación constitucional, espera una rigurosa defensa de la real y efectiva vigencia de los derechos fundamentales, así como de reafirmación del principio de supremacía normativa de la Constitución.
- El proceso de inconstitucionalidad le corresponde desarrollar un innegable rol, por tanto, la comunidad jurídica demanda una real consolidación de la justicia constitucional.

VII. BIBLIOGRAFÍA.

Gutarra, E. F. (2013). El proceso de inconstitucionalidad. Desarrollo, límites y retos. *Pensamiento Constitucional*, 18(18), 199-222.

Nieto, C. H. (2017). Unas observaciones al proceso de inconstitucionalidad. *Derecho & Sociedad*, (48), 315-322.

699

<https://blogposgrado.ucontinental.edu.pe/proceso-inconstitucionalidad>

<https://lpderecho.pe/proceso-inconstitucionalidad-caracteristicas-parametro-control-procedimiento/>

<https://laley.pe/art/12804/los-procesos-constitucionales-con-el-nuevo-codigo-procesal-constitucional-un-dispendio-de-recursos>

La justificación constitucional del conflicto competencial. Aproximaciones desde los principios y la jurisprudencia constitucional

The constitutional justification of the jurisdictional conflict. Approaches from the principles and constitutional jurisprudence

✉ HUGO FERNANDO DELGADO ALVIZURI¹

Resumen

El presente artículo trata de desarrollar las razones jurídico-constitucionales a partir de las cuales el proceso competencial o conflicto de atribuciones competenciales encuentra sustento en una serie de principios y valores contenidos en la Constitución Política del Estado y que, como proceso constitucional, tiene como fin el garantizar el correcto funcionamiento de los entes estatales.

Palabras clave

Proceso Competencial, Tribunal Constitucional, Constitución Política del Perú, valores constitucionales

Abstract

This article aims to develop the legal-constitutional reasons on the basis of which the competency process or conflict of competency attributions

¹ Hugo Fernando Delgado Alvizuri. Abogado egresado de la Universidad San Martín de Porres, con estudios de Magister en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Curso de Post grado en derechos fundamentales en la Universidad Castilla la Mancha España, docente universitario

is based on a series of principles and values contained in the Political Constitution of the State and, as a constitutional process, its purpose is to guarantee the proper functioning of the state entities.

Keywords

Competential Process, Constitutional Court, Political Constitution of Peru, constitutional values

Sumilla

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. NATURALEZA DE LOS PROCESOS ORGÁNICOS EN NUESTRA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. III. SOBRE LA PRESENCIA E IMPLICANCIA DE PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO COMPETENCIAL. IV. SOBRE LA JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PROCESO COMPETENCIAL ALGUNAS REFLEXIONES. SOBRE EL TEST DE COMPETENCIA V. SOBRE EL CONCEPTO DE LA AUTONOMÍA. ALGUNAS REFLEXIONES. VI. NOTAS DISTINTIVAS DE LA ACTIVIDAD COMPETENCIAL. VII. SOBRE EL TEST DE COMPETENCIA

701

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Carta Política como norma de carácter suprema ordena a los ciudadanos y a los entes estatales sujeción a su ordenamiento como consecuencia de la vigencia de un Estado de derecho constitucional. La misma carta a efectos de garantizar la suprallegalidad y la supremacía debe establecer y regular como así están previsto un conjunto de mecanismos procesales extraordinarios dirigidos a garantizar la supremacía, jerarquía y coherencia de la Constitución.

Para la defensa de ese fin supremo se han establecido instrumentos jurídicos procesales a fin de garantizar, por un lado, la vigencia de la constitución y, de otro lado, la defensa efectiva de los derechos fundamentales y libertades públicas en materias conocidas como la jurisdicción orgánica y la jurisdicción de la libertad, respectivamente. Por de pronto nos dedicaremos a la primera de las nombradas por estar directamente vinculado a la materia que es objeto de este breve estudio.

II. NATURALEZA DE LOS PROCESOS ORGÁNICOS EN NUESTRA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

La jurisdicción constitucional orgánica se encuentra contenida en el artículo 200 de la Carta Política y esta comprende dos procesos constitucionales, la acción de inconstitucionalidad y el proceso competencial, y su función en el caso de la acción de inconstitucionalidad resulta siendo una acción extraordinaria que implica un examen de compatibilidad en abstracto de normas rango de ley teniendo como parámetro la Constitución Política, concluyendo que de ser estimativo el pronunciamiento provoca la expulsión de la norma del sistema jurídico y, de otro lado, el proceso competencial, que es objeto del presente ensayo, que está destinado a resolver las contiendas o conflictos de competencias entre los distintos órganos que integran el poder del Estado, y entre las autoridades centrales y locales, como se puede apreciar no persigue pues una protección o debida tutela de derechos y de libertades al menos directamente, sin embargo, por el solo hecho de garantizar la jerarquía de la Constitución y el correcto funcionamiento de los poderes públicos esta labor incide indirectamente en la esfera subjetiva de los derechos fundamentales, por ello garantizar el normal y correcto funcionamiento incide en el sistema jurídico, claro está que la labor desplegada al final de cuentas culmina sometiendo al sistema normativo en su totalidad, con ello los preceptos que se originan como consecuencia de este proceso vinculan a todos los poderes públicos.

Es menester precisar que los procesos constitucionales orgánicos responden a una faz subjetiva, en el entendido que son fines de los procesos constitucionales garantizar la primacía y vigencia de la Constitución y la vigencia plena de los derechos Constitucionales, de conformidad con lo establecido en el actual Código Procesal Constitucional que sigue la misma línea del código anterior (Ley N° 28237), mientras que la objetiva, como señalamos, responde a un juicio de compatibilidad en abstracto entre dos normas de distinta jerarquía.

III. SOBRE LA PRESENCIA E IMPLICANCIA DE PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO COMPETENCIAL.

El artículo 43 de la Constitución Política del Estado y sus distintos contenidos

Conforme lo habíamos anticipado en la presentación y resumen, no es nuestra intención desarrollar los diversos ámbitos procesales y efectuar un amplio análisis jurisprudencial del proceso en cuestión, sino más bien identificar cuáles son los valores y principios constitucionales que se vinculan y le dan sustento al proceso competencial.

En esa labor, uno de los artículos de obligada lectura y desarrollo es sin duda alguna el artículo 43 de nuestra carta política.² Del citado artículo se desprenden una serie de principios fundamentales básicos esenciales de viejo cuño del derecho constitucional clásico y que representan el núcleo esencial de nuestra constitución y fundamento político, que gobiernan las relaciones entre los poderes públicos y las relaciones entre los gobernantes y gobernados.

Ciertamente, son sumamente amplios y complejos los principios que emanan del citado artículo, dentro de los cuales encontramos una república democrática, social; la conformación de un estado único e indivisible; gobierno unitario, representativo y descentralizado; y que se organiza según el principio de la separación de poderes.

703

En la labor de resolución de conflictos constitucionales, tratándose de un proceso competencial, estos diversos principios resultan de obligatoria aplicación además de resultar un parámetro de interpretación que en términos procesales responde al llamado Test de Unidad aplicable a los procesos competenciales, tema este que veremos más adelante.

La naturaleza y su directa aplicación en los procesos competenciales se pone de manifiesto cuando el Tribunal Constitucional ha precisado en la

² Artículo 43°. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.
Constitución: Arts. 90, 110, 138, 188, 189 Constitución de 1933: Arts. 1 y 2. Constitución de 1979: Art. 79.

sentencia del Exp. 00156-2012-HC, F.J. 11 y 12, algunos alcances del principio de taxatividad y legalidad que informan las relaciones entre gobernantes y gobernados:

“Estos principios, que constituyen el núcleo esencial de nuestra Constitución y fundamento político de las relaciones entre gobernantes y gobernados, inspiran también como componente obligatorio, las relaciones entre quienes, según los procedimientos establecidos en la Constitución, son los llamados a gobernar. En esa perspectiva, no sólo la actuación de los órganos que ejercen función jurisdiccional debe estar ajustada a derecho, sino también las de aquellos que llevan a cabo función política como administrativa. Es el sometimiento de todos al Derecho y la interdicción de la arbitrariedad lo que distingue a un Estado constitucional de uno que no lo es. Por consiguiente, los controles políticos y las sanciones políticas están también tasadas y reguladas por la Constitución y la ley. De ahí que el principio de legalidad y el principio de taxatividad recorren y determinan el contenido y la dimensión del poder sancionatorio del Parlamento (sede política), como del Poder Ejecutivo (sede administrativa)”.

Sobre el principio de separación de poderes

704

Con relación al principio de separación de poderes contenido en el artículo 43, ciertamente existe un importante contenido, sin embargo, por cuestiones de espacio me limitaré a precisar las razones de la justificación en la existencia del conflicto competencial que encuentra su razón de ser en nuestro ordenamiento constitucional como un mecanismo ordenador de las funciones de los poderes públicos, garantizando su armónico y correcto funcionamiento. En ese orden de ideas, la **teoría de la separación de los poderes del Estado**, planteada por Montesquieu quien sostiene que la distribución jurídica de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial sólo podrá limitar el uso arbitrario del poder y salvaguardar la libertad y los derechos de los ciudadanos, si se combina con otro principio basado en su distribución social.³ Por tanto, esta garantiza que el sistema jurídico se

³ Fuentes, C. (2011). *Montesquieu: Teoría de la distribución social del Poder*. En: Revista de ciencia política, 31 (1). pp. 47-61. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2011000100003>.

distribuya como poder del Estado en tres órganos u órdenes: el Legislativo, ejecutivo y judicial.

El principio de distribución jurídica por tanto fija que las funciones del poder político en esta visión tripartita deben distribuirse entre instituciones autónomas, ahí incluimos a los órganos autónomos constitucionales que cuenten con las facultades necesarias para intervenir en el cumplimiento de las funciones asignadas en un ordenamiento positivo.

Frente a esa clara distribución de funciones que en apariencia podría entenderse como estancos cerrados, cabe precisar que el equilibrio y separación de poderes nos es tan o no debería ser tan férreo independiente y autónomo como pareciera, sino más bien todo lo contrario con la labor de compartir y colaborar. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. 00028-2010-AI/TC, F.J. 2 y 3:

“(El) Principio de división de poderes debe ser entendido como un equilibrio entre ellos y no como una separación férrea. Como este Colegiado ha señalado, es un lugar común reconocer, dentro de la teoría constitucional, que el principio de la división de poderes (reconocido en el tercer párrafo del artículo 43° de la Constitución) no se condice más con una tesis monovalente de las funciones correspondientes a cada uno de los poderes del Estado, según la cual, a cada uno de ellos corresponde una función específica no susceptible de ser ejercida por los demás, bajo cargo de quebrantar el principio de independencia y autonomía de los poderes estatales que sirve de garantía contra la instauración del Estado absoluto. En efecto, hoy se reconoce que esta garantía no supone una férrea impenetrabilidad entre los poderes estatales, sino un equilibrio entre los mismos, expresado en la mutua fiscalización y colaboración”.

705

Finalmente, en esta parte encontramos que el principio de separación de poderes busca que los poderes constituidos puedan desarrollar sus competencias en concordancia con el principio de corrección funcional, que busca que los órganos y poderes públicos desarrollen una labor de colaboración entre ellos, conforme se ha precisado en la sentencia del Exp. 00005-2006-AI/TC, FJ de 12 a 15:

“El principio de separación de poderes persigue pues asegurar que los poderes constituidos desarrollen sus competencias con arreglo al principio de corrección funcional; es decir, sin interferir con las competencias de otros,

pero, a su vez, entendiendo que todos ejercen una función complementaria en la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución, como Norma Suprema del Estado (artículos 38°, 45° y 51°). Por lo tanto, queda claro que el principio de separación de poderes no sólo resulta un parámetro del Estado destinado a distribuir atribuciones y competencias a cada poder que lo conforma, sino que, de acuerdo con su evolución, actualmente también implica la colaboración entre cada uno de ellos en búsqueda de un mejor y eficaz ejercicio de sus funciones".

Con relación al principio democrático

Con relación al principio democrático, este plantea que no se agota en el ejercicio de los derechos civiles y políticos, ni tampoco en la representación de la voluntad popular, este resulta siendo una constante de la vida social del estado. Dicho principio ha sido configurado por nuestra jurisprudencia constitucional en una sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. 00013-2009-AI. FJ de 61 a 67), que precisa que:

706

“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 2°, 17 de la Constitución prosigue.

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”.

Otro aspecto y siguiendo la misma temática de ubicar los diversos principios contenidos en el artículo 43 tiene que ver con que el Estado peruano es unitario pero descentralizado, por tanto, en la resolución de un conflicto

competencial resulta plenamente justificada la aplicación de este principio en la medida de precisar una de las muchas características del Estado, nos referimos a la descentralización vinculada a un estado unitario.

Sobre un estado descentralizado

Es esa misma línea, los procesos competenciales contienen una suerte de *vindicatio populi* en su pretensión, es decir, buscan un reconocimiento a través de un proceso de reconocer determinada función o competencia de tal forma que el marco normativo en general nos lleve necesariamente a un Estado descentralizado o regionalizado en la asignación de competencias y funciones.

Para ello cabe recordar que el proceso de descentralización en un proceso permanente, irreversible e integral, que tiene por finalidad establecer un nuevo régimen de competencia al interior de los niveles de gobierno central, regional y municipal, con incidencia en la labor del gobierno central, de tal forma que establece un distinto régimen jurídico de asignación de funciones del Estado y sus dependencias públicas conforme lo ha expresado el Tribunal Constitucional en la STC 0013-2003-PI/TC.

707

Fundamento 16 de la STC 0013-2003-PI/TC: “La vigencia efectiva del principio de subsidiariedad depende de la existencia de gobiernos intermedios realmente sólidos entre el nacional y la población, aspecto que hace necesario que el proceso de descentralización sea de carácter progresivo y no inmediato, *ergo* el principio de progresividad racionaliza aún más la aplicación del principio de subsidiariedad en la delimitación de competencias del Estado a los diferentes niveles de gobierno”.

Por ello, el proceso competencial, en la medida de determinar las labores correctas y precisas de los órganos y entes constitucionales a nivel regional o distrital, debe contemplar también el espectro del proceso de descentralización en términos de la carta política y respetando las leyes constitucionales dadas al respecto, por ello el reconocimiento del estado unitario pasa necesariamente por reconocer una conformación descentralizada distribuida territorialmente en regiones, provincias y distritos. Este aspecto resulta medular. No solo los actos que emiten estas entidades dentro su función deben someterse escrupulosamente a sus competencias y de acuerdo a sus leyes orgánicas respectivas, sino también al marco constitucional, es por

tal razón que el Tribunal Constitucional ha establecido en el Exp. 00021-2007-AI, FJ de 6 a 8:

“De conformidad con el artículo 43° de la Norma Fundamental, el Estado peruano es unitario, pero descentralizado. Es una república distribuida territorialmente en regiones, departamentos, provincias y distritos, y gubernativamente en los niveles nacional, regional y local (artículo 189° de la Constitución), circunstancia que da lugar a la existencia, junto al ordenamiento jurídico nacional, de ordenamientos jurídicos regionales y locales y, consecuentemente, a la potencial incompatibilidad entre fuentes normativas (v.g. la ley y la ordenanza regional) que, por ostentar idéntico rango (artículo 200° inciso 4 de la Constitución), no puede ser resuelta apelando al principio de jerarquía normativa, sino al de competencia. Cabe afirmar, sin embargo, que el principio de competencia es tributario del de jerarquía, pues si una entidad estatal puede incurrir en la expedición de una norma inválida por invadir esferas competenciales previstas como ajenas por otra norma de su mismo rango, es porque la Norma Normarum (Constitución), fuente normativa jerárquicamente superior a cualquier otra, reservó a ésta la capacidad de regular la distribución competencial”.

708

La descentralización como proceso político entendido como un medio y no un fin para alcanzar mayores y efectivos niveles de autonomía y asignando funciones no está exento de canalizar el ejercicio y el equilibrio del poder conforme se ha precisado en “El proceso competencial en la jurisprudencia (1996-2015)”⁴.

La descentralización supone el equilibrado ejercicio del poder en tres niveles de gobierno, siempre en beneficio de la población, para procurar el desarrollo económico-social del país (desarrollo integral y equilibrado de la nación), pero no puede ser invocado por cualquier gobierno descentralizado con el objetivo de desconocer de forma arbitraria que existen normas que delimitan expresamente las competencias del Estado.

⁴ *El proceso competencial en la jurisprudencia (1996-2015)*, Centro de Estudios Constitucionales, p. 23.

Más que numerosos han sido los casos en lo que el fundamento de la descentralización ha servido para resolver controversias en torno a las competencias sobre las facultades de gobiernos locales y regionales en el reconocimiento de sus atribuciones como gobiernos regional o municipal, solo recordar el caso de la Municipalidad Distrital de Huarochirí en el proceso signado con el Exp N° 001-00-CC/TC, en que la Municipalidad de Lima, vía un proceso competencial, solicitó se determine la titularidad de la atribución por parte de dicha comuna, para otorgar autorizaciones a empresas que prestan servicios de transporte público urbano e interurbano, dentro de su jurisdicción, y, como consecuencia de ello, se declaren nulos los actos administrativos emitidos por la Municipalidad Provincial de Huarochirí, que autorizaron la prestación de dichos servicios en la jurisdicción de la municipalidad demandante.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional utiliza como parámetro de resolución del conflicto la Ley Orgánica de Municipalidades y precisa en su fallo que los actos de la Municipalidad de Huarochirí violan la autonomía que la constitución reconoce, consecuentemente, la Municipalidad Provincial de Huarochirí ha interferido las atribuciones que la Ley Orgánica de Municipalidades le asigna a la Municipalidad Metropolitana de Lima, en el ámbito de su circunscripción territorial.

709

IV. SOBRE LA JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DEL PROCESO COMPETENCIAL. ALGUNAS REFLEXIONES.

Consideramos en primer término que el hecho de reconocer el principio de separación de poderes y su plena eficacia en un estado constitucional de derecho como un mecanismo de legitimación de actuación estatal, ello implica que se establezcan límites de actuación entre ellos, en primer término, los poderes del estado (léase ejecutivo, legislativo y judicial) y, entre estos, los órganos que detentan el poder, para ello se hace indispensable establecer mecanismo de control y balance lo que se conoce como *checks and balances of powers* –pesos y contrapesos– ello requiere la creación de mecanismos de control que garanticen de manera regular el correcto ejercicio basado en el uso regular de sus funciones sin entorpecer ni invadir las esferas de los otros órganos o poderes del estado. Para el esclarecimiento de este tipo de controversias el constituyente ha creado el proceso orgánico del conflicto competencial procurando con ello que se persiga un uso correcto del ejercicio del poder.

De tal forma que, en el convencimiento que se trata de una controversia en términos de competencias y su uso regular en pleno respeto del principio de separación de poderes, resulta pues que la misma sea resuelta por un órgano de decisión de control con facultades ultimas y definitivas teniendo como parámetro en este caso a la norma constitucional y la observancia de los principios contenidos en ella.

Se trata pues en puridad de un proceso corrector de conductas o actividades que se manifiestan por exceder el marco normativo de sus funciones o que se reconozca para el órgano o poder público determinada actividad. Ello en atención de la tipología desarrollada en la jurisprudencia constitucional.

La labor de mediación que ejerce en este caso el órgano de control se aprecia claramente en el sentido de resolver la controversia dentro de la esfera de la competencia dentro de un orden establecido, ya sea por la norma fundamental o la ley orgánica que le corresponde, garantizando con ello la tutela del orden constitucional objetivo.

710

V. SOBRE EL CONCEPTO DE LA AUTONOMÍA. ALGUNAS REFLEXIONES.

Hablar de autonomía de los poderes públicos y de los entes autónomos constitucionales es ciertamente una característica común y general, y se concibe como la capacidad de autogobierno para desenvolverse con libertad y discrecionalidad, sin dejar de formar parte del estado y siempre perteneciendo a él dentro de la estructura jurídica definida. Por ello, afirmamos que ningún órgano nacional o sub nacional regional o municipal pudiera considerarse como autárquico o desligado de la concepción de un gobierno unitario, todo lo contrario, estos tienen el deber de colaboración entre ellos, solo entendiendo esa dinámica seremos capaces de comprender el termino autonomía entendida también como ‘garantía institucional’. La Constitución como norma atribuidora y/o mediadora de los conflictos constitucionales establece pues claras competencias y con ello la autonomía normativa funcional reconocida entre los poderes del Estado. Léase ejecutivo, legislativo y judicial, los órganos autónomos constitucionales, como la Contraloría General de la República, el Banco Central de Reserva, la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras, la Junta Nacional de

Justicia -antes Consejo Nacional de la Magistratura-, el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, el Jurado Nacional de Elecciones y el Tribunal Constitucional. Añadiremos a esta relación cerrada de poderes y órganos autónomos, los gobiernos regionales y gobiernos locales, lo que se denomina distribución vertical del poder.

Ahondando un tanto en la autonomía como una característica esencial en el desarrollo de los poderes públicos y órganos autónomos, el Tribunal Constitucional ha establecido en materia de la autonomía municipal como criterio aplicable a todos los entes estatales lo siguiente en la sentencia recaída en el Expediente No 0007-2001-AA/TC:

“mediante la autonomía municipal se garantiza a los gobiernos locales desenvolverse con plena libertad en los aspectos administrativos, económicos y políticos. Es decir, se garantiza que los gobiernos locales, en los asuntos que constitucionalmente les atañen, puedan desarrollar las potestades necesarias para garantizar su autogobierno. Sin embargo, autonomía no debe confundirse con autarquía. No supone autarquía funcional al extremo de que, de alguna de sus competencias pueda desprenderse desvinculación parcial o total del sistema político”

711

Más adelante, en la misma sentencia, el Tribunal Constitucional desarrolla la autonomía desde la óptica de una garantía institucional y la considera como un contenido esencial de nuestro ordenamiento jurídico:

“A través del concepto de garantía institucional, la doctrina y jurisprudencia comparadas aluden a la constitucionalización de ciertas instituciones que se consideran componentes esenciales del ordenamiento jurídico. Es el caso de la autonomía municipal, por medio de la cual se busca proteger la esfera propia de actuación de los gobiernos locales de cara a la actuación de otros órganos del Estado”

De otro lado, la garantía institucional que representa la autonomía contiene elementos que lo conforman. Así lo ha expresado la sentencia No 0013-2003-AI/TC.

"(...). Es del caso precisar que el Tribunal Constitucional ha señalado (Cfr. Sentencia recaída en el Expediente No 0013-2003-AI/TC) que, frente a la diversidad de significados y contenidos que reviste la garantía institucional de

la autonomía municipal, deben tenerse en consideración, principalmente, los siguientes elementos:

- a) contenido subjetivo u organizativo de la autonomía: la existencia de las municipalidades;
- b) contenido objetivo o sustantivo de la autonomía, esto es, la autonomía como garantía de la gestión de los asuntos que interesen a la comunidad local; y
- c) contenido institucional de la autonomía, que hace referencia a la posición de las municipalidades en el desempeño de sus funciones.”

La autonomía otorgada a los componentes que integran el gobierno y estado en todos sus niveles les permite desenvolverse libremente en asuntos de su competencia administrativa, económica y política, no debe considerarse como labores aisladas unas de otras desvinculadas en su ejercicio, ni mucho menos entenderse como una, “autarquía funcional” que faculte a una suerte de desvinculación del orden jurídico.

712

Este proceso orgánico extraordinario pretende garantizar y velar por el respeto de la distribución de las competencias estatales previstas en la Constitución, garantizando con ello y conforme los fines de la norma constitucional la vigencia del principio de supremacía constitucional en un estado de derecho constitucional.

VI. NOTAS DISTINTIVAS DE LA ACTIVIDAD COMPETENCIAL

Una pieza jurisprudencial que merece ser comentada y compartida es aquella contenida en la sentencia 0013-2003-CC/TC. La demanda sobre conflicto de competencias interpuesta por la Municipalidad Distrital de Pachacámac contra la Municipalidad Provincial de Huarochirí. En esta decisión lo relevante consideramos es que, para determinar la competencia en un asunto, la entidad demandante solicitó en su petitorio que se declare la nulidad de una Ordenanza Municipal y, por extensión, los Acuerdos de Concejo N° 009-2000-MDSDLO, de la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de los Olleros, en virtud de los cuales se aprueba el plano perimétrico y la memoria descriptiva de los referidos territorios; por considerar que, en el fondo, mediante dicha ordenanza, se pretendía delimitar la demarcación territorial de la provincia de Huarochirí, función que corresponde únicamente al Poder Legislativo.

La competencia, precisa la sentencia en el fundamento jurídico 10, hace referencia a un poder conferido por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad para generar un acto estatal. La competencia deviene en la atribución de autoridad otorgada para generar una manifestación de poder. Su otorgamiento no sólo comprende el ejercicio de disposición.

La competencia para realizar actos estatales involucra una serie de principios de rango constitucional, desarrollado en la decisión y que representan parámetros de interpretación en el conflicto competencial como son la taxatividad, la razonabilidad y la proporcionalidad definidas así en la citada decisión (fundamento jurídico 10.6.):

Su taxatividad

El ejercicio de la competencia constitucional está limitado o reducido a lo expresamente conferido. Esta competencia no puede ser ampliada o extendida en modo alguno. Más aún, las facultades conferidas a las autoridades de los órganos u organismos estatales son objeto de interpretación restrictiva. En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que "sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido", ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que "aquello que no está prohibido, está permitido".

713

Su razonabilidad

El acto estatal debe encontrar su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que lo generan. En ese sentido, la doctrina exige que exista una consonancia entre el hecho antecedente "creador" o "motivador" del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquel. En consecuencia, la razonabilidad implica una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado. La razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa. La razonabilidad cuantitativa pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológicamente válida. Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de éste en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc.

Su proporcionalidad

El acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que los origina y el efecto buscado. En ese sentido, existe la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquel. La doctrina plantea la verificación lógico-axiológica de una proposición jurídica bicondicional; esto es, que justifique la asignación de derechos, facultades, deberes o sanciones, si y sólo si guardan armonía y *sindéresis* con los hechos, sucesos o circunstancias predeterminantes. a proporcionalidad exige la existencia indubitable de conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal.

714

Resulta claro que la presencia de diversos principios como son la taxatividad, razonabilidad y proporcionalidad brindan una justificación a la existencia del conflicto competencial convirtiéndolo en una vía idónea para cautelar el orden constitucional objetivo.

VII. SOBRE EL TEST DE COMPETENCIA

La aplicación recurrente de los denominados test se han hecho frecuentes en la jurisprudencia constitucional, en tal sentido, se han convertido en herramientas argumentativas en determinado orden, sobre la base de premisas en términos negativos y positivos que se constituyen en métodos de resolución de conflictos. El test de igualdad, la proporcionalidad *in estrictu sensu*, se han convertido en poderosas herramientas de la justicia constitucional en materia de los procesos orgánicos, en el caso específico del conflicto competencial se utiliza el llamado test de competencia para determinar, en el caso en concreto, la titularidad de las competencias en la configuración del estado. Para ello resulta necesario brevemente comentar los distintos criterios que conforman el referido test.

El test en cuestión consta de dos pasos sucesivos, analizándose, en primer lugar, si las actuaciones u omisiones objeto del proceso concuerdan con el principio de unidad y, luego, si lo hacen propiamente con el principio de competencia.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional se ha referido a la naturaleza del referido test en los siguientes términos en la sentencia recaída en el Exp. N° 00003-2007-PC/TC, P, ff. jj. 46 y 47:

Corresponde a este Tribunal [Constitucional] definir a quién corresponde el ejercicio de las competencias constitucionales demandadas en este Conflicto Competencial, y para efectos de que el conflicto planteado sea resuelto, es necesario realizar una labor de interpretación constitucional y delimitar así la titularidad de las competencias. [Debe procederse] a la aplicación del Test de Competencia (...) [E]n materia del Test de Competencia (...), en primer lugar se debe analizar el principio de unidad. Luego, se debe ingresar propiamente en el análisis del principio de competencia, relacionado con la lista de materias pormenorizada previstas en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad. (STC Exp. N° 00003-2007-PC/TC, P, ff. jj. 46 y 47).

Principio de unidad

715

Con relación al principio de unidad debo reiterar, como lo hice en la parte inicial del presente estudio, que este deriva del artículo 43 de la Constitución, que establece que si bien el gobierno del Perú es descentralizado, su Estado es uno e indivisible y basado en la separación de poderes, de lo que se coligue que cada nivel de gobierno nacional, regional, municipal tiene la obligación de ejercer constitucionalmente las labores asignadas. Asimismo, se ha precisado que el test de unidad debe estar orientado a corregir y encausar las competencias en su correspondiente nivel de gobierno.

Lima, octubre de 2022

REFERENCIAS

Fuentes, C. (2011). *Montesquieu: Teoría de la distribución social del Poder*. En: Revista de ciencia política, 31 (1). pp. 47-61. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2011000100003>.

Tribunal Constitucional. (2016). *El proceso competencial en la jurisprudencia (1996-2015)*, Centro de Estudios Constitucionales.

**SECCIÓN
JURISPRUDENCIA
COMENTATADA**

El derecho al olvido y su reconocimiento jurisprudencial. Comentarios a la STC 03041-2021-PHD/TC.

The right to be forgotten and its jurisprudential recognition. Comments to STC 03041-2021-PHD/TC.

✉ ALFREDO ORLANDO CURACA KONG*

I. Introducción

En 1977 se publicó en España la obra del crítico de cine, catedrático de periodismo y doctor en Derecho, Miguel Urabayen Cascante (1926-2018), denominada “*Vida privada e información. Un conflicto permanente*”. En este trabajo el profesor Urabayen escribió sobre las tensiones permanentes que entre estos dos derechos fundamentales siempre se han presentado, y se centró en las experiencias de Inglaterra, Estados Unidos, Francia y España.

717

Evidentemente, los casos que comentó se focalizaron en los conflictos provocados primordialmente por los medios de comunicación y las herramientas que se utilizaban hasta ese momento, como cámaras fotográficas, filmadoras, dispositivos de escucha o de grabación, entre otros. En 1977 no había internet tal y como lo conocemos hoy en día. Sin embargo, en ese año Urabayen ya avizoraba que la informática y la interconexión de ordenadores conllevarían a no pocos problemas:

“...el tratamiento electrónico de los datos informativos, su acumulación y archivo en aparatos especiales de respuesta instantánea (los ordenadores), constituyen una revolución tan grande como la imprenta, como la radio, como el cine y la televisión. Puede ser una bendición o puede representar el más terrible carcelero de la personalidad que cabe imaginar. La fantasía griega que concibió Argos le dotó de cien ojos, pero cincuenta de ellos se cerraban mientras dormía. Los ordenadores modernos no duermen jamás y sus ojos se

* Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

cuentan por millones. [...] tienen la facultad de poderse acoplar unos a otros por simples terminales eléctricas. Así pues, es posible concebir un sistema que -como el sistema nervioso del cuerpo humano- conecte los distintos y lejanos centros de registro, las neuronas, podríamos decir, en un ordenador gigantesco que abarque todo el país o todo el mundo.” (1977, p. 33)

A pesar de que el derecho al olvido está muy vinculado al surgimiento del internet, particularmente el que llamamos derecho al olvido digital, en este visionario libro se menciona el derecho al olvido en más de un caso. Por ejemplo, en relación al caso *Melvin v.s. Reid*. En este caso, Gabriel Darly, la demandante, antes de casarse ejercía la prostitución e incluso fue acusada de asesinato, es decir, la señora tuvo una serie de problemas en su juventud, pero al parecer todo eso cambió cuando ella contrajo matrimonio. En relación con la acusación de asesinato, las instancias judiciales finalmente resolvieron absolverla. Ella se casó con el señor Melvin unos años después y su vida cambió completamente. De hecho, el matrimonio Melvin era muy respetado en Los Ángeles. Sin embargo, en el año 1925 un productor de Hollywood de apellido Reid decidió hacer pública una película sobre su vida, llamada *The red kimono*, donde utilizó el verdadero nombre de la señora. Evidentemente, fue identificada de inmediato y esto le causó mucho perjuicio. Por ello, la señora Darla, ahora apellidada Melvin, decidió demandar al señor Reid para que parase la publicación de esta película. Finalmente, el caso lo ganó protegiéndose así su “derecho a la felicidad” según el fallo¹, lo que implicaba olvidar el pasado.

Otro caso al que hace se referencia es el caso *Sidis*. Este es el caso de un chico llamado William James Sidis, que fue muy conocido por ser un niño genio. Se graduó en Harvard a los dieciséis años de edad y fue un experto en matemáticas, se dice que hablaba 25 idiomas, pero decidió por voluntad propia desaparecer de la escena pública. Tuvo un empleo de oficinista por mucho tiempo y no vivía con lujos hasta que la famosa revista *The New York Times* decidió publicar un artículo sobre su vida. Ello no le gustó a James

¹ Cfr. Urabayan, M. (1977). *Vida privada e información. Un conflicto permanente*. Ediciones Universo de Navarra.

porque ya no quería saber nada de la vida pública. Al final, un tribunal de justicia de Nueva York no le dio la razón porque consideró que esta persona era una persona pública desde que apareció en escena cuando era un niño. Consideró así que él se expuso públicamente y, por ende, el publicarse un artículo sobre su vida no transgredía su derecho a la privacidad.²

II. La sociedad de la información y el derecho al olvido (digital) como derecho emergente

Ya con la llegada del internet, se ha dado paso a la llamada sociedad de la información o de la transparencia, que está caracterizada por el rol preponderante que tiene el uso de la información en nuestra vida diaria, ocupando muchos aspectos de nuestra vida como el social, político, financiero u otros. El internet es la columna de la sociedad de la información que permite el uso masivo de datos y, como decía Luis Mieres (2014), el internet resulta ser el foro público en virtud del cual millones de personas se expresan, pero también se informan. En este, la información se ingresa de manera masiva cada microsegundo, ello se le conoce como “Big data”, cuyo procesamiento precisa el uso de aplicaciones no convencionales.

719

Contrario a lo que se cree por algunos, el Caso Costeja, famoso por pronunciarse en Europa sobre el derecho al olvido y que ha generado su regulación en un reglamento de la Unión Europea, no fue el primero en abordar el mismo desde los tribunales de justicia. Los latinoamericanos nos podemos jactar de haberlo tocado primero, pues la Corte Constitucional colombiana ya hablaba de un “derecho al olvido” desde principios de los años 90 del siglo pasado. Pero ¿Qué es el derecho al olvido?; derecho que ahora nos ocupa por haber sido reconocido recientemente por el Tribunal Constitucional peruano.

Existen tantas definiciones como autores que se han pronunciado sobre el tema. Uno de ellos es Artemi Rallo, que menciona que el derecho al olvido “es la potestad del individuo de requerir la cancelación o limitación del uso de sus datos personales en un medio de comunicación” (2014, p. 160). Es, entonces, un derecho que permite solicitar la limitación del uso de los datos o, en todo caso, eliminarlos.

² Cfr. Urabayen, M. (1977). *Vida privada e información. Un conflicto permanente*. Ediciones Universo de Navarra.

Faustino Gudin Rodríguez-Maraniños, por su parte, señala lo siguiente:

“el derecho al olvido se presenta pues como la consecuencia del derecho que tienen los ciudadanos a solicitar y obtener de los responsables que los datos personales sean suprimidos cuando entre otros casos estos ya no sean necesarios para la finalidad con la que fueron recogidos, cuando se haya retirado el consentimiento o cuando éstos hayan recogido de forma ilícita”. (2016, p. 126)

Asimismo, Cecile de Terwangne (2012, p. 53), en su artículo “Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido”, menciona que “...es el derecho de las personas físicas a hacer que se borre información sobre ellas después de un período de tiempo determinado”. Mientras que para Alejandro Touriño (2014, p. 140) el olvido sería “...un derecho que exige que los datos de las personas dejen de ser accesibles en la web, por petición de las mismas y cuando estas lo decidan; como un derecho a retirarse del sistema y eliminar la información personal que la red contiene”. Así, para este autor, el derecho al olvido se conceptualiza como el derecho del individuo a eliminar o hacer inaccesibles ciertos datos o información publicados en el entorno digital y que se encuentren indexados por buscadores de internet.³

Por último, nos parece muy precisa la definición de María Álvarez Caro, para quien el derecho al olvido deriva de los derechos a la intimidad y a la protección de datos personales, y “...podría definirse como el derecho a equivocarse o a que una equivocación pasada no marque y determine la vida de un individuo que, por definición, no es otra cosa que un proceso evolutivo, una secuencia de aciertos y errores, siempre en proceso de conformación, de cambio y de evolución constante.” (2015, p. 68). Añade, asimismo, que “Se conoce como derecho al olvido, a un interés jurídicamente protegido de los

³ Cfr. Curaca Kong, O. (2020). La información como problema. El derecho al olvido y su protección por el hábeas data. En: *El hábeas data en la actualidad. Posibilidades y Límites*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. pp. 423-468. Disponible en: <https://bit.ly/3P7sRRk>

ciudadanos que consiste en lograr efectivamente que sus datos personales no sean localizados por los buscadores en la Red.” (p. 71). En tal sentido, compartimos el criterio de que “No se trata de exigir el borrado de los datos porque éstos no son exactos o ciertos, sino porque el titular de los mismos considera que le perjudican y estima asimismo que no existe ningún fin que legitime la disponibilidad de dichos datos por parte de terceros.” (p. 71).

De otro lado, habría que decir en toda esta problemática de la sociedad de la información y la vulneración de nuevos derechos emergentes aparecidos, el *Hábeas Data* (proceso constitucional creado por los brasileños en el siglo pasado y que forma parte de la actual Constitución de 1993) es un proceso constitucional que juega un papel vital, porque tiene la finalidad de proteger el derecho fundamental a la autodeterminación informativa o protección de datos y, por tanto, entre otras pretensiones, permite justamente la supresión de datos cuando esto afecta a la persona.

Como señalamos, la Corte Constitucional colombiana, en el Caso Argüelles Norambuena resuelto en el año 1992, fue pionera en pronunciarse sobre el derecho al olvido en relación con el avance de la informática. Si se pasa revista a la sentencia (Sentencia No. T-414/92), observaremos que el demandante (el señor Francisco Gabriel Argüelles Norambuena) figuraba como un deudor moroso en la Asociación Bancaria de Colombia (institución parecida al Infocorp en Perú) y esas deudas ya estaban prescritas. Prejudicialmente, el actor quería que se eliminaran esos datos, sin embargo, su solicitud fue denegada por la emplazada. En la sentencia se puede advertir que, además de hacerse mención al derecho al olvido, se reconoce que hay una falta de legislación en relación con este derecho, sosteniéndose que la justicia constitucional no puede ser ajena a las embestidas del poder informático.

721

En su fundamento 5, bajo el rótulo de “derecho al olvido y la cárcel del alma”, la Corte colombiana señaló lo siguiente: “*el encarcelamiento del alma en la sociedad contemporánea dominada por la imagen, la información y el conocimiento, ha demostrado ser un mecanismo más expeditivo por el control social que el tradicional encarcelamiento del cuerpo*”, y agregó que “*los datos tienen por su naturaleza misma una vigencia limitada en el tiempo, la cual dispone a los responsables o administradores del Banco de datos la obligación ineludible de una permanente actualización a fin de no poner en circulación perfiles de personas virtuales que afecten negativamente a sus*

titulares, vale decir a las personas”. Además, concluyó que *“es bien sabido que las sanciones o informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y en consecuencia después de algún tiempo tales personas son titulares de un verdadero derecho a al olvido”*. Es decir, hay información en internet que puede ser perniciosa y, por ello, se tiene el derecho a que esta información sea eliminada porque puede afectar derechos fundamentales.

Ya décadas después se produjo en Europa el mencionado Caso Costeja por un tema muy similar. Este caso trataba de una persona, el señor Mario Costeja, que no deseaba aparecer como deudor en un determinado registro que aparecía en internet. Así, solicitó a través de la Autoridad de Protección de Datos española que se elimine esa información y se le dio la razón. Sin embargo, esta decisión administrativa hizo que se promueva contra la misma un proceso contencioso en cuyo trámite se le hizo una consulta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entidad que señaló que no solamente es responsable quien maneja la página web donde aparece la información que puede vulnerar derechos fundamentales de la persona, sino también el motor de búsqueda –en este caso Google–. Es así que se amplió la cobertura de la responsabilidad en esta materia.

721

III. Perú, la protección del derecho al olvido y su reconocimiento jurisprudencial

En el Perú, contamos en sede administrativa con la Autoridad Nacional de Protección de Datos, que a nivel administrativo fue la primera en pronunciarse sobre el derecho al olvido varios años. Sus decisiones, como es lógico, también pueden ser cuestionadas en sede judicial a través de la vía contencioso administrativa, lo que permite que se toque el tema desde la justicia ordinaria. Empero, por otro lado y como ya ha sido manifestado, existe también en nuestro país el *Hábeas Data*, que protege tanto el derecho de acceso a la información pública y el derecho de autodeterminación informativa y brinda, entre otros, la posibilidad de suprimir el dato cuando atenta contra derechos fundamentales, como ya se dijo.

El Tribunal Constitucional ha hecho un desarrollo interesante sobre la materia de protección de este proceso constitucional.

En efecto, como lo hemos manifestado en anterior oportunidad en algún otro trabajo, teniendo en cuenta la protección de estos dos derechos fundamentales aludidos, con un fin pedagógico y apoyándose en anteriores aportes doctrinarios, el Tribunal estableció una tipología del *Habeas data* en la RTC 06164-2004-PHD/TC. Distinguió, en primer lugar, entre el *habeas data* puro y el *Habeas data* impuro. El primero, afirmó, sirve para “Reparar agresiones contra la manipulación de datos personalísimos almacenados en bancos de información computarizados o no.”⁴ El segundo, señaló, se promueve para “Solicitar el auxilio jurisdiccional para recabar una información pública que le es negada al agraviado.”⁵ Entendemos que se hace la referencia a que una modalidad es la “pura” porque es la “auténtica”, “inicial”, “originaria” o “genuina”, mientras que la otra es la “impura” porque es la “copia”, la “derivada”, “secundaria” o “ilegítima”, si se quiere. Es decir, se reconoce implícitamente en esta clasificación que el *habeas data* surgió en un inicio para proteger el derecho a la protección de datos o determinación informativa y no el acceso a la información pública. Por ello, la doctrina también diferencia entre *Habeas data* propio e impropio.

723

La tipología establecida en aquella ocasión por el Tribunal Constitucional ha sido en su mayoría acogida por el artículo 59 del nuevo Código Procesal Constitucional. Vale decir, lo que estaba antes reconocido jurisprudencialmente se encuentra hoy en día contemplado normativamente.

Por ejemplo, dentro del aludido *Habeas data* puro el Tribunal Constitucional estableció que había un “*Habeas Data* de Cognición”, en virtud del cual se pretende efectuar una tarea de conocimiento y de supervisión sobre la forma en que la información personal almacenada está siendo utilizada⁶. Al interior de este subtipo, encontramos al “*Habeas Data* Informativo”, que está dirigido a conocer el contenido de la información que se almacena en el banco de datos.⁷ Responde así a la pregunta de ¿qué se guarda?⁸ Como advertiremos, este subtipo ahora está normado en el numeral 3 del artículo 59, que señala expresamente que el *habeas data* da lugar “A

⁴ RTC 06164-2004-PHD/TC

⁵ RTC 06164-2004-PHD/TC

⁶ RTC 06164-2004-PHD/TC

⁷ RTC 06164-2004-PHD/TC

⁸ RTC 06164-2004-PHD/TC

conocer el contenido de la información personal que se almacena en el banco de datos.”

Como un subtipo del “*Habeas Data* de Cognición” se reconoció también al “*Habeas Data* Inquisitivo”, que procede para que se diga el nombre de la persona que proporcionó el dato.⁹ Responde así a la pregunta de ¿quién proporcionó el dato?, modalidad del derecho a la autodeterminación informativa prevista ahora en el numeral 4 del artículo 59, que señala que el *habeas data* procede para: “...*conocer el nombre de la persona que proporcionó el dato*”.

Asimismo, siguiendo con la clasificación que diera en su momento el Tribunal Constitucional, este reconoció al “*Habeas Data* Teleológico”, que busca esclarecer los motivos que han llevado al sujeto activo a la creación del dato personal.¹⁰ Como afirma este órgano, esta modalidad responde a la pregunta de ¿Para qué?; modalidad que está regulada en el numeral 5 del precitado artículo 59 (“*A esclarecer los motivos que han llevado a la creación de la base de datos.*”). Igualmente, el “*Habeas Data* de Ubicación”, que tiene como objeto “...que el sujeto activo del poder informático responda dónde está ubicado el dato, a fin de que el sujeto pasivo -el accionante- pueda ejercer su derecho (dónde)”¹¹, ahora es un subtipo regulado en el numeral 6 del precitado artículo 59 (“*A conocer el lugar donde se almacena el dato, con la finalidad de que la persona pueda ejercer su derecho.*”).

El otro gran subgrupo del “*Habeas Data* Puro” y que nos interesa destacar es el denominado “*Habeas Data* Manipulador”, que no tiene como propósito el conocimiento de la información almacenada, sino su modificación¹². Dentro del “*Habeas Data* Manipulador” se encuentra el “*Habeas Data* Aditivo”, mediante el cual se agrega al banco de datos una información no contenida¹³. El Tribunal Constitucional ha señalado que esta información puede consistir: “...en la actualización de una información cierta

⁹ RTC 06164-2004-PHD/TC

¹⁰ RTC 06164-2004-PHD/TC

¹¹ RTC 06164-2004-PHD/TC

¹² RTC 06164-2004-PHD/TC

¹³ RTC 06164-2004-PHD/TC

pero que por el paso del tiempo se ha visto modificada; también puede tratarse de una información que tiene como objeto aclarar la certeza de un dato que ha sido mal interpretado; o incorporar al banco de datos una información omitida que perjudica al sujeto pasivo.” Este subtipo está consagrado actualmente en el numeral 8) del artículo 59, que señala que procede el *habeas data* para “...incorporar en el banco de datos información que tengan como finalidad adicionar una información cierta pero que por el transcurso del tiempo ha sufrido modificaciones”.

Dentro del manipulador también está el “*Habeas Data Correctivo*”, que tiene como objeto modificar los datos imprecisos y cambiar o borrar los falsos¹⁴, regulado ahora en el numeral 7): “*A modificar la información contenida en el banco de datos, si se trata de información falsa, desactualizada o imprecisa.*”; el “*Habeas Data Supresorio*”, que busca eliminar la información sensible o datos que afectan la intimidad personal, familiar o cualquier otro derecho fundamental de la persona¹⁵, regulado ahora en el numeral 11): “*A eliminar de los bancos de datos información sensible que afectan la intimidad personal, familiar o cualquier otro derecho fundamental de la persona.*”; entre otros.

725

De esta manera, el legislador ordinario, de un modo enunciativo, ha querido positivar las pretensiones que se pueden proponer en defensa del derecho a la autodeterminación informativa. Además de señalar que el listado es enunciativo, vale aclarar que las pretensiones (contempladas o no) no son excluyentes entre sí. Por lo tanto, en la demanda se puede plantear más de una. Respecto a lo primero, como bien afirma el profesor Oscar Puccinelli (2020, p. 39):

“...la labor de clasificación en los distintos tipos y subtipos de hábeas data pretende cumplir fines meramente didácticos, y no es de ningún modo excluyente de otros tipos que no estén contenidos en la tipología resultante que puedan eventualmente surgir. Además, no se trata de encasillar en tipos que constituyan compartimentos estancos y que por ello sólo puedan ser utilizados aisladamente, ya que, por el

¹⁴ RTC 06164-2004-PHD/TC

¹⁵ El Tribunal Constitucional señala que “También puede proceder cuando la información que se almacena no guarda relación con la finalidad para la cual ha sido creado el banco de datos.”

contrario, pueden ser incoados en cualquier proceso de manera conjunta, sucesiva e incluso alternativa.”¹⁶

Actualmente la doctrina más especializada, teniendo en cuenta fundamentalmente la reglamentación contenida en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, ha reconocido otros subtipos de *Habeas data* (*Habeas data* “transparentador” o “traslucidor”, *Habeas data* “evaluador preventivo de riesgos” o “verificador de impacto de los tratamientos”, *Habeas data* “diseñador”, *Habeas data* “esquecedor”, “desmemorizador” o “desindexador”, *Habeas data* “objeto de tratamientos”, *Habeas data* “portabilizador”, *Habeas data* clínico, etc) (Puccinelli, 2020, p. 44).

Pero, volviendo al tema del olvido, del que no nos hemos olvidado, es importante destacar que, a nuestro juicio, el *habeas data* manipulador, en sus vertientes “Correctivo” y “Supresorio”, debido a lo que permiten están vinculados a este derecho dependiendo de las circunstancias del caso de que se trate, por supuesto. También lo están el *Habeas data* “esquecedor”, “desmemorizador” o “desindexador”, abordados por la doctrina mas no así por el Tribunal Constitucional. No obstante, este Tribunal, que, como hemos advertido, ya había reconocido la supresión de datos como un elemento vital de la autodeterminación informativa, ha dado un paso más, muy importante, pues acaba de reconocer la existencia de un derecho al olvido. Lo ha hecho en la STC 3041-2021-PHD/TC, de fecha 17 de junio de 2022, suscrita por los Magistrados Pacheco Zerga, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich.

En dicha causa constitucional el demandante, señor Miguel Arévalo Ramírez, solicitó a las emplazadas (Google Perú SRL, Empresa Editora El Comercio, Grupo La República Publicaciones SA., entre otras) que, entre otras pretensiones, se retiraran, cancelaran o eliminaran sus datos personales de los índices o sitios indexados, enlaces y páginas capturadas en el resultado del motor de búsquedas Google, donde se le imputa ser narcotraficante a nivel

¹⁶ Puccinelli, Óscar Raúl. (2020). Viejos y nuevos derechos. viejos y nuevos tipos y subtipos de hábeas data. A propósito de las novedades aportadas por el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y los ‘Estándares’ de la RIPD. En: *Habeas Data en la actualidad. Posibilidades y límites*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, p. 39.

internacional a efectos de impedir que terceros accedan a ellos. Alegó el recurrente que los demandados habían vulnerado su derecho a la autodeterminación informativa, en específico el derecho al olvido, por cuanto, a través de sus servicios informáticos están suministrando información no veraz que refiere que el demandante es un narcotraficante internacional, líder de una organización dedicada al tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, lo que afecta su honor y su buena reputación (STC 3041-2021-PHD/TC, antecedentes).

El Tribunal Constitucional, respecto a la controversia, sostuvo en su fundamento 9 que:

El derecho a la autodeterminación informativa protege al titular de la información de posibles abusos o riesgos derivados de la utilización de datos personales contenidos en registros ya sean públicos o privados. (STC 3041-2021-PHD/TC, fundamento 9)

727

Y en su fundamento 10, reconociendo que el embate del avance de la tecnología puede afectar el derecho a la protección de datos y a otros derechos fundamentales, agregó lo siguiente:

En las últimas décadas, el avance vertiginoso de la tecnología ha generado la proliferación de información y datos de toda índole mediante diversos motores de búsqueda, sistemas informáticos, bases de datos o dispositivos tecnológicos que se encuentran al alcance de toda persona de forma global. Esta hipervisibilización de data, en ocasiones, puede intervenir en el contenido protegido del derecho a la protección de datos personales, en conexidad con otros derechos fundamentales.

Ya en el fundamento 11 el pronunciamiento da una definición valiosa sobre el derecho al olvido:

En cuanto al que suele denominarse derecho al olvido, sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales, puede afirmarse que este garantiza la eliminación, supresión o retiro de información relacionada con datos personales que, usualmente vinculada al nombre de la persona, es posible hallarse usando motores de búsqueda o sistemas informáticos que hayan estado disponibles al público por un determinado tiempo, y que, habiendo sido ajustada a la realidad en su oportunidad, como consecuencia de nuevas condiciones fácticas y/o

jurídicas relevantes, ya no lo es o no lo es plenamente, de modo tal que su difusión, ahora de contenido abiertamente inexacto, genera un perjuicio al titular de la información, en particular, respecto al contenido de su derecho fundamental al honor y a la buena reputación (artículo 2, inciso 7 de la Constitución), respecto del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, inciso 1 de la Constitución) o, eventualmente, respecto de su derecho a la intimidad (artículo 2, inciso 7 de la Norma Fundamental) (STC 3041-2021-PHD/TC, fundamento 9)

Desglosando este fundamento, se desprende lo siguiente a modo de premisas o elementos indispensables para el ejercicio del derecho al olvido:

- Este garantiza la eliminación, supresión o retiro de información relacionada con datos personales, usualmente el nombre, que es posible hallar en motores de búsqueda (Google, Bing, Yahoo, etc.) o sistemas informáticos que hayan estado disponibles al público.
- Si bien tal información sobre los datos personales se ha ajustado a la realidad en su oportunidad (vale decir que no era información falsa sino ceñida al principio de veracidad), como consecuencia de nuevas condiciones fácticas y/o jurídicas relevantes (es decir, por hechos nuevos acaecidos por el transcurso del tiempo, como una nueva situación jurídica), ya no lo es o no lo es plenamente (vale decir, que se ha vuelto información desfasada, incompleta, inexacta, desactualizada u obsoleta). Ya no es, entonces, información de calidad.
- La difusión de esa información es ahora de contenido abiertamente inexacto y, premisa muy importante, por ello genera un perjuicio al titular de la información. Puede afectarlo en su derecho fundamental al honor y a la buena reputación, en su derecho al libre desarrollo de la personalidad o en su derecho a la intimidad, por ejemplo, pero no se agota en ellos. En el fundamento siguiente, el Alto Tribunal ha reconocido la conexidad al señalar que se trata de una cuestión en la que se entabla una estrecha conexidad entre el contenido protegido del derecho a la autodeterminación informativa y el contenido

protegido de los mencionados derechos fundamentales (fundamento 12).

En este caso en particular, a pesar de desarrollarse el derecho al olvido, se desestimó la demanda, pues la sala del Tribunal Constitucional consideró que la información proporcionada por las emplazadas se basaba en datos objetivos y contrastables vinculados a las investigaciones seguidas contra el actor por el Ministerio Público, la Policía Nacional del Perú y la DEA.

Sin embargo, no deben dejarse de mencionar dos aspectos. En primer lugar, que se ha reconocido el derecho al olvido por primera vez en una sentencia constitucional como materia de protección a través del proceso constitucional de *habeas data*. En segundo lugar, que en sentencia posterior el supremo intérprete ha vuelto a hacer mención a este derecho, reiterando su protección y entendiéndolo como una manifestación de la autodeterminación informativa. Ha ocurrido en la STC 02839-2021-PHD/TC, dictada por otra sala del Tribunal Constitucional, en cuya fundamentación ha sostenido el Colegiado:

729

El derecho al olvido surge pues con la finalidad de que el desarrollo tecnológico, cualquiera que sea las variantes que adopte, se realice de forma tal que no implique por efectos del tiempo una intervención arbitraria que, producto de la exhibición o difusión de la información personal a través de los sistemas informáticos, pueda producir lesividad permanente en el ejercicio de derechos fundamentales esenciales para desarrollar una vida en dignidad. En tales circunstancias, dicho atributo supone un contenido del derecho a la autodeterminación informativa, reconocido en el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución y como tal tiene inevitable protección constitucional. (STC 02839-2021-PHD/TC, fundamento 11)

Es pues, muy importante este segundo pronunciamiento, pues reafirma la posición del colegiado en este aspecto tan importante del derecho a la autodeterminación informativa. El derecho al olvido, entonces, se está abriendo paso como un atributo de la persona humana susceptible de protección constitucional.

Derecho a la igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo (embarazo). Comentario a la Sentencia 254/2022 (Expediente 02748-2021-PA/TC)

Right to equality and prohibition of discrimination for reasons of sex (pregnancy). Comment on Judgment 254/2022 (File 02748-2021-PA/TC)

✉ NADIA PAOLA IRIARTE PAMO¹⁷

730

1. Materias constitucionalmente relevantes

En la Sentencia 254/2022, recaída en el Expediente 02748-2021-PA/TC, se identificaron las siguientes materias constitucionalmente relevantes: i) el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo (embarazo), ii) la protección laboral reforzada de las mujeres embarazadas, y iii) las remuneraciones devengadas.

2. Contexto de la sentencia

La participación de las mujeres en los ámbitos políticos, sociales, laborales, culturales, entre otros, se materializa de forma paulatina; aún queda pendiente el objetivo de lograr mayores niveles de igualdad en dichos campos.

¹⁷ Abogada por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Magister en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Docente universitaria y de la Academia de la Magistratura. Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

La discriminación que sufren las mujeres en el entorno laboral constituye un problema estructural de múltiples expresiones.

De manera general, advertimos que la discriminación laboral puede ser directa o indirecta. Como bien indica el Tribunal Constitucional del Perú (en adelante Tribunal), la discriminación es directa cuando las normas jurídicas, las políticas y los actos del empleador; excluyen, desfavorecen o dan preferencia explícitamente a ciertos trabajadores atendiendo a características tales como el sexo, el estado civil, la opinión política, la nacionalidad, el color de la piel; sin tomar en cuenta sus cualificaciones y experiencia laboral. La discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate¹⁸.

La discriminación laboral en el caso de las mujeres y por motivo de su sexo, se materializa cuando es apartada de su centro de labores (despido, terminación o la no renovación de su contrato de trabajo) a causa de encontrarse en estado de embarazo, licencia por embarazo o por lactancia. También, se refleja a través de hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de las mujeres (despido indirecto). Además, puede producirse desde la etapa previa a la relación laboral (acceso laboral). Por ejemplo, en entrevistas de trabajo suele preguntarse a las mujeres si tienen hijos o el número de hijos que tienen, si tienen planificado un embarazo.

731

La Sentencia 254/2022 -materia de análisis- aborda un tema esencial: el derecho fundamental a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo (embarazo) en el ámbito laboral. Se expide en el proceso de amparo (Expediente 02748-2021-PA/TC) promovido por la señora Jenny Meléndez Vega contra el Hospital I Víctor Lazo Peralta - Hospital I de la Red Asistencial de Madre de Dios de EsSalud. La demandante alega ser objeto de un despido discriminatorio por razón de sexo, debido a su estado de embarazo. Solicita que se ordene su reposición en el cargo que desempeñaba como técnica en enfermería en el citado hospital.

¹⁸ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, de fecha 6 de noviembre de 2008, fundamentos 44 y 45.

El Tribunal declara fundada la demanda de amparo, al acreditarse la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación y al trabajo de la recurrente. Asimismo, ordena a la emplazada la reposición de la demandante en un puesto de similar categoría, hasta que se convoque a un concurso público para la plaza que la recurrente desempeñaba, cuyo resultado determinará la extinción de su contrato o su acceso al empleo a plazo indefinido.

Finalmente, ordena el pago de las remuneraciones devengadas desde el 27 de agosto de 2020 hasta la fecha de su reposición, más los intereses legales, así como los depósitos de compensación por tiempo de servicios; con el abono de los costos del proceso.

3. Análisis

3.1. El derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo (embarazo)

En la Sentencia 254/2022, el Tribunal sostiene que se produce una discriminación por razón de sexo, pues el despido de la trabajadora tuvo como causa su estado de gestación. Bajo este marco, considera que se vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y a la no discriminación.

Al respecto, cabe precisar que el artículo 2.2. de la Constitución de 1993 (en adelante Constitución) establece que toda persona tiene derecho 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”. En esa línea, el artículo 26.1 de la Constitución establece que en la relación laboral se respeta el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación. Precisamos que este principio busca asegurar, en lo relativo a los derechos laborales, la igualdad de oportunidades de acceso al empleo y de tratamiento durante el empleo.

En el ordenamiento jurídico peruano, la igualdad constituye un derecho fundamental; y, un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho, y de la actuación de los poderes públicos y de los particulares. En tanto derecho conlleva una exigencia de ser tratado de igual modo respecto a quienes se encuentran en una idéntica situación.

Como principio constituye uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se proclama la igualdad de derechos entre mujeres y hombres; y, se establece la prohibición de la discriminación por una serie de motivos concretos (siendo uno de ellos, el sexo)¹⁹.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en su artículo 1, define la expresión "discriminación contra la mujer" como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Esta conceptualización, según el Tribunal, abarca tanto la igualdad de oportunidades como la igualdad de resultados. La discriminación contra la mujer comprende toda diferencia de trato (distinción, exclusión o restricción) por motivos de sexo que: a) intencionada o no intencionadamente desfavorezca a la mujer; b) impida a la sociedad en su conjunto reconocer los derechos de la mujer en las esferas doméstica y pública; o, c) impida a la mujer gozar o ejercer los derechos humanos y las libertades fundamentales de que son titulares²⁰.

733

La discriminación por razón de sexo incluye aquellos tratamientos peyorativos fundados no sólo en la constatación del sexo de la víctima, sino también en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una directa conexión. Esto sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que incide de forma exclusiva sobre las mujeres.

Bajo esta orientación, las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el artículo 2.2. de la

¹⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos (Artículo 2), Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 1.1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículos 2.1 y 26), Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Artículo 2.2).

²⁰ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, de fecha 6 de noviembre de 2008, fundamento 25.

Constitución. Situación que el Tribunal acertadamente identificó en el caso concreto, por lo que declara fundada la demanda.

Por otra parte, observamos que la igualdad ha sido un asunto central en las normas internacionales del trabajo que adopta y promueve la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Así, en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamental en el trabajo y su seguimiento, se reitera el compromiso de todos los miembros que pertenecen a la organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe, el principio de la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Mencionamos, también, el Convenio 100 sobre igualdad de remuneración, así como el Convenio y la Recomendación 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación.

Ponemos de relieve que, en la Sentencia 254/2022, el Tribunal afirma que el caso no es uno que trate de un supuesto puro de desnaturalización de contrato (regulado por el precedente Huatuco²¹); sino que, adicionalmente, involucra una discriminación por razón de sexo de una trabajadora, despedida por su estado de embarazo. En atención a ello, el Tribunal -en posición que compartimos- califica al despido como uno nulo. Además, puntualiza que este elemento adicional, por sí solo, hace que el citado precedente sea aplicado en forma parcial²².

El despido nulo es abordado por el Tribunal en profusa jurisprudencia. Se produce por causas específicamente tipificadas en la ley, siendo una de estas causas: el estado de embarazo de la trabajadora. El despido nulo implica la vulneración derechos fundamentales y, por tanto, su tutela merece una especial urgencia²³.

²¹ Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, de fecha 16 de abril de 2015.

²² Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 254/2022, recaída en el Expediente 02748-2021-PA/TC, de fecha 22 de julio de 2022, fundamento 14.

²³ Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 0976-2001-AA/TC, de fecha 13 de marzo de 2003. Sentencia 424/2020, recaída en el Expediente 0677-2016-PA/TC, de fecha 6 de agosto de 2020.

Para finalizar, presentamos aquel criterio expuesto por el Tribunal -en el caso concreto- según el cual: “cuando se despidе a una trabajadora cuyo contrato ha sido desnaturalizado y se comprueba que existe nulidad en el despidо, se debe ordenar la reposición en forma temporal, es decir, hasta que la entidad convoque a un concurso público de méritos para el puesto que desempeñaba, que ha de corresponder a una plaza vacante y presupuestada”²⁴. Ello en aras de tutelar los derechos laborales de los trabajadores y los requisitos del acceso al empleo público a plazo indeterminado.

3.2. La protección laboral reforzada de las mujeres embarazadas

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 254/2022, se pronuncia sobre un tema fundamental: la protección laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo. Ello a la luz de las normas nacionales e internacionales vigentes.

El artículo 23 de la Constitución preceptúa: “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”. Esta disposición constitucional consagra una protección reforzada a la madre en el ámbito laboral; que se traduce en la obligación estatal de adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera laboral, por ejemplo, prohibiendo el despidо por motivo de embarazo.

735

Bajo el amparo de esta norma constitucional y con la finalidad de brindar especial protección a la madre en el ámbito laboral, el Tribunal concluye -acertadamente- que el despidо sufrido por la señora Jenny Meléndez fue un despidо nulo, encubierto de un contrato civil pactado en fraude de ley, que tuvo como causa su estado de embarazo, ya que el empleador no demuestra la existencia de una causa distinta para poner fin a la relación laboral.

Sobre el particular, recordamos que en reiterada jurisprudencia constitucional se enfatiza que las mujeres embarazadas constituyen un grupo que en el ámbito laboral se encuentra en una situación de vulnerabilidad notable, y que por tanto merecen una protección reforzada, de tal forma que

²⁴ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 254/2022, recaída en el Expediente 02748-2021-PA/TC, de fecha 22 de julio de 2022, fundamento 19.

sus derechos en el mercado laboral no sean vulnerados²⁵. Esta tutela reforzada exige brindarles estabilidad y seguridad laboral durante el periodo de gestación y lactancia; garantía que se extiende a toda trabajadora del sector público o del sector privado que se encuentre en tal situación, independientemente del régimen laboral al que pertenezca²⁶.

Resaltamos que, diversos países de la región, en sus sistemas jurídicos tienen disposiciones que protegen a la mujer embarazada. Mencionamos los artículos 43 y 53 de la Constitución de Colombia. La protección a la mujer embarazada y a la madre en el ordenamiento constitucional colombiano, a juicio de Buitrago, busca una igualdad efectiva entre los sexos y es un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres²⁷.

En el plano internacional, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 25.2, precisa que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 10.2, declara que se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.

Por su parte, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en su artículo 11.2, preceptúa que los Estados partes a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de maternidad y asegurar la efectividad de su derecho, deben tomar medidas adecuadas para: “a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales (...) d) Prestar

²⁵ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 424/2020, recaída en el Expediente 0677-2016-PA/TC, de fecha 6 de agosto de 2020, fundamento 40.

²⁶ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 476/2021, recaída en el Expediente 03322-2019-PA/TC, de fecha 11 de marzo de 2021, fundamento 7.

²⁷ Buitrago, A. (2014). La protección por maternidad en el sistema de seguridad social colombiano. En: *Revista Ciencias Humanas*, Volumen 11, enero-diciembre, p. 92.

protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella”.

En el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo, se ha adoptado tres convenios referidos a la protección de la maternidad: a) El Convenio 3 de la OIT sobre la protección de la maternidad, de 1919; b) El Convenio 103 de la OIT sobre la protección de la maternidad (revisado), de 1952; y c) El Convenio 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad, de 2000.

El Convenio 183 de la OIT -suscrito por el Estado peruano-, revisa las disposiciones del Convenio 103 de la OIT y establece criterios actualizados sobre la protección de la maternidad en el ámbito laboral, en aras de lograr la igualdad entre mujeres y hombres en el espacio laboral. Este Convenio se erige como uno de los principales instrumentos internacionales sobre este trascendental asunto. Destacamos que contiene diversas disposiciones referidas a la no discriminación y la protección de las mujeres embarazadas.

Dentro de este marco, el artículo 8 del Convenio 183 de la OIT prohíbe al empleador que despid a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia de maternidad o licencia en caso de enfermedad o de complicaciones. A su vez, el artículo 9 del Convenio 183 de la OIT dispone que todo Estado miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo.

737

Resaltamos que el artículo 23 de la Constitución y el Convenio 183 de la OIT son primordiales para que, en la Sentencia 254/2022, el Tribunal realice un viraje en su línea jurisprudencial sobre la “protección laboral reforzada” de las mujeres en estado de gestación. En ese sentido, determina que para que opere dicha protección no es exigible -desde que el Perú ratificó el Convenio 183 de la OIT- comunicar al empleador el embarazo.

El Tribunal, en criterio que compartimos, puntualiza que el citado convenio establece que esa protección es de carácter objetivo. Especifica que la prohibición “al empleador que despid a una mujer que esté embarazada” prescrita en el artículo 8 del Convenio 183 de la OIT, no está condicionada a comunicación alguna, es suficiente que la trabajadora demuestre que se encuentra en estado de gestación para que opere el denominado “fuero maternal”, que impide al empleador poner fin al contrato de trabajo

unilateralmente, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia²⁸.

Cabe evidenciar que, antes de la expedición de la Sentencia 254/2022, la jurisprudencia expedida por el Tribunal sostenía que para que opere la protección reforzada era necesaria la comunicación a la entidad empleadora del estado de gestación. Por ejemplo, en la Sentencia 934/2020 expedida en el Expediente 03639-2017-PA/TC, al exponerse las reglas que deberán regir cuando se alegue la vulneración de los derechos de una madre en el trabajo, se menciona: “a) El cese de cualquier trabajadora, entendido como despido, terminación o no renovación de contrato, hostigamientos o cualquier otro acto de amedrentamiento que tenga por objeto la renuncia de parte de una trabajadora que se encuentre en estado de gestación o dentro del periodo de lactancia, se presumirá como un despido nulo que ha tenido como causa su condición de madre. b) Para que opere esta presunción, se deberá haber comunicado y acreditado previamente el estado de gestación con el informe médico que corresponda o en todo caso, que se encuentra en periodo de lactancia. c) Queda salvaguardada la facultad del empleador de probar que el despido, terminación o no renovación de contrato obedeció a una causa justa que no tuvo como motivo el embarazo o estado de maternidad (subrayado agregado)”²⁹.

Observamos que idéntica línea jurisprudencial se sigue en la Sentencia 743/2021 recaída en el Expediente 0932-2019-PA/TC³⁰ y en la Sentencia 424/2020 expedida en el Expediente 0677-2016-PA/TC, que acota lo siguiente: “la trabajadora en estado de gestación tendrá la responsabilidad de acreditarlo con el informe médico correspondiente, pues será a partir de ese instante, en el que toma conocimiento el empleador del estado de gestación, en que empezará a operar dicha protección”³¹.

²⁸ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 254/2022, recaída en el Expediente 02748-2021-PA/TC, de fecha 22 de julio de 2022, fundamento 11.

²⁹ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 934/2020, recaída en el Expediente 03639-2017-PA/TC, de fecha 10 de noviembre de 2020, fundamento 80.

³⁰ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 743/2021, recaída en el Expediente 0932-2019-PA/TC, de fecha 1 de julio de 2021, fundamento 51.

³¹ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 424/2020, recaída en el Expediente 0677-2016-PA/TC, de fecha 6 de agosto de 2020, fundamento 45.

En definitiva, una de las razones por la que la Sentencia 254/2022 constituye un valioso aporte jurisprudencial es porque, a diferencia de la anterior jurisprudencia del Tribunal, no condiciona la “protección laboral reforzada” de las mujeres gestantes a la comunicación previa al empleador de su estado.

La tutela de la maternidad es un tema de sumo interés en la legislación nacional e internacional, lo que se explica -entre otras razones- por los derechos y bienes jurídicos involucrados, al protegerse a la madre se protege también a los niños y niñas, y a la comunidad. En palabras de Garrigues, la maternidad tradicionalmente ha sido merecedora de especial atención, en mérito a los distintos bienes jurídicos que en ella se incluyen: la salud y el bienestar de la mujer y del hijo/a, así como el establecimiento entre los progenitores y sus hijos/as de adecuados vínculos relacionales y afectivos³².

De otro lado, destacamos que en la Sentencia 254/2022 se apela al “fuero de la maternidad” para brindar una protección especial a la trabajadora en estado de gestación. Como bien señala la Corte Constitucional de Colombia, el “fuero de la maternidad” desarrolla el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres gestantes y lactantes; y, se compone de varias medidas de protección que, aunque diferenciadas, son complementarias y corresponden al propósito de garantizar que no se excluya a las mujeres del mercado laboral en razón del proceso de gestación³³.

739

Por último, consideramos determinante que el Tribunal analice el caso bajo el marco del “fuero de la maternidad”, que implica una protección especial a favor de la mujer trabajadora durante el embarazo hasta después del parto. Advertimos, que este fuero tiene fundamento en normas nacionales y convencionales, persigue evitar que las trabajadoras sean discriminadas por su estado de embarazo, y constituye un avance para la concretización real del derecho a la igualdad.

³² Garrigues, A. (2004). La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social. En: *Colección de Estudios*, (159). pp. 21-22.

³³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 075/18, del 24 de julio de 2018, considerando 22.

3.3. Las remuneraciones devengadas

En la sentencia analizada, el Tribunal ordena el pago de las remuneraciones devengadas. Ponemos de relieve que, en esta decisión, toma en cuenta que los despidos nulos son actos sin eficacia jurídica en el ordenamiento jurídico, no atribuibles al trabajador. También, aplica el principio de igualdad de oportunidades y arguye razones de economía procesal y de justicia material³⁴.

Asimismo, para abordar esta cuestión trae a colación la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que prescribe que el juez, en el caso de despidos nulos, al declarar fundada la demanda de nulidad, debe ordenar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo³⁵.

Además, se pronuncia sobre esta materia a la luz del derecho comparado. En ese sentido, tiene en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (TCE) que refiere que la declaración de nulidad de despido de una mujer embarazada, conlleva la obligación de la empresa de readmitir inmediatamente a la trabajadora, así como abonar lo que denominan como “salarios de tramitación” -equivalente a remuneraciones devengadas-³⁶. Así como las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia que siguen un criterio similar al del TCE, pero añaden el pago de una indemnización prevista en el Código Sustantivo de Trabajo de Colombia³⁷.

En la Sentencia 254/2022, el Tribunal -con acierto- ordena el pago de las remuneraciones devengadas desde el 27 de agosto de 2020 hasta la fecha

³⁴ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 254/2022, recaída en el Expediente 02748-2021-PA/TC, de fecha 22 de julio de 2022, fundamento 21.

³⁵ Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 40 “Al declarar fundada la demanda de nulidad de despido, el juez ordenará el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes. Asimismo, ordenará los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y, de ser el caso, con sus intereses”.

³⁶ Tribunal Constitucional de España. SSTC 342/2006, del 11 de diciembre de 2006, SSTC 92/2008, del 21 de julio de 2008, SSTC 124/2009, del 18 de mayo de 2009.

³⁷ Corte Constitucional de Colombia. Sentencias T-1236-04, T-909-02, T-063/06, T-495/07, T-024/11.

de reposición de la señora Jenny Meléndez. Esta sentencia se erige como la primera en la cual el Tribunal, al declarar fundada la demanda de amparo, ordena el pago de las remuneraciones devengadas a la demandante, quien ha sido objeto de un despido nulo, que tuvo como causa su estado de embarazo.

Al respecto, la magistrada Luz Pacheco Zerga destaca que “[e]s la primera vez que se reconoce algo que era evidente desde hace muchos años (...) que el despido nulo no tiene eficacia jurídica, por lo que corresponde que se paguen los devengados. Lo que consigue el proceso de amparo es volver las cosas al estado anterior a la vulneración. En consecuencia, si el trabajador no ha laborado es, precisamente, porque el empleador se lo ha impedido y debe asumir ese incumplimiento abonando las remuneraciones dejadas de percibir por su arbitraria decisión”³⁸. En efecto, si bien en anteriores oportunidades el Tribunal declaró fundadas las demandas interpuestas por mujeres que fueron despedidas por razón de embarazo, no ordenó el pago de las remuneraciones devengadas.

741

Para ilustrar aquella jurisprudencia, mencionamos la Sentencia 743/2021 expedida en el Expediente 0932-2019-PA/TC que declara fundada la demanda de amparo, ordena la reposición de la demandante, pero no ordena el pago de las remuneraciones devengadas³⁹. Por su parte, en la sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA si bien se declara fundada la demanda de amparo, el extremo en el que se solicita el pago de las remuneraciones dejadas de percibir es declarado improcedente, al considerar que el proceso de amparo no resulta ser la vía idónea para reclamarlo, razón por la cual deja a salvo el derecho de la demandante de acudir a la vía correspondiente⁴⁰.

A nuestro juicio, la Sentencia 254/2022 marca un hito fundamental en la protección de los derechos de las mujeres, pues frente a un despido nulo

³⁸ SÁNCHEZ, Crispín. (2022). Tribunal Constitucional y protección de la mujer trabajadora gestante. A propósito de la STC Exp. N° 02748-2021-PA/TC (Caso Jenny Meléndez). Entrevista a la magistrada Luz Pacheco Zerga. En: *Gaceta Constitucional*, (179), noviembre. p. 128.

³⁹ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 743/2021, recaída en el Expediente 0932-2019-PA/TC, de fecha 1 de julio de 2021, parte resolutive.

⁴⁰ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, de fecha 6 de noviembre de 2008, fundamento 61 y parte resolutive.

que tiene como causa su estado de embarazo, otorga una tutela que incluye la reposición y el pago de las remuneraciones devengadas.

En conclusión, la sentencia analizada establece un criterio jurisprudencial importante al disponer que no es necesaria la comunicación del estado de embarazo al empleador, para que opere la protección reforzada del artículo 23 de la Constitución. Instaure la protección objetiva de la maternidad. Además, opera el “fuero de la maternidad” que constituye una pieza clave para la protección integral de las mujeres, en el ámbito laboral. Todo ello aras de alcanzar una igualdad real y efectiva.

Bibliografía

Buitrago, A. (2014). La protección por maternidad en el sistema de seguridad social colombiano. En: *Revista Ciencias Humanas*, Volumen 11, enero-diciembre.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU 075/18, del 24 de julio de 2018.

Garrigues, A. (2004). La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social. en *Colección de Estudios* (159).

Sánchez, C. (2022). Tribunal Constitucional y protección de la mujer trabajadora gestante. A propósito de la STC Exp. N° 02748-2021-PA/TC (Caso Jenny Meléndez). Entrevista a la magistrada Luz Pacheco Zerga. En: *Gaceta Constitucional*, (179), noviembre.

Tribunal Constitucional de España. SSTC 124/2009, del 18 de mayo de 2009.

Tribunal Constitucional de España. SSTC 342/2006, del 11 de diciembre de 2006.

Tribunal Constitucional de España. SSTC 92/2008, del 21 de julio de 2008.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 254/2022, recaída en el Expediente 02748-2021-PA/TC, de fecha 22 de julio de 2022.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 424/2020, recaída en el Expediente 0677-2016-PA/TC, de fecha 6 de agosto de 2020.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 476/2021, recaída en el Expediente 03322-2019-PA/TC, de fecha 11 de marzo de 2021.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 743/2021, recaída en el Expediente 0932-2019-PA/TC, de fecha 1 de julio de 2021.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 934/2020, recaída en el Expediente 03639-2017-PA/TC, de fecha 10 de noviembre de 2020.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 05652-2007-PA/TC, de fecha 6 de noviembre de 2008.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, de fecha 16 de abril de 2015.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el Expediente 0976-2001-AA/TC, de fecha 13 de marzo de 2003.

**Percepción simultánea de pensión y remuneración
en el Estado. A propósito de lo regulado en el
artículo 40 de la Constitución de 1993
Comentarios a la STC 1/2022 (Expediente 03432-
2018-PA/TC)**

**Simultaneous receipt of pension and remuneration in the
State. With regard to what is regulated in article 40 of the
Constitution of 1993
Comments to STC 1/2022 (File 03432-2018-PA/TC)**

✉ LUIS MIGUEL LA TORRE ALIAGA¹

Resumen

744

En la sentencia bajo comentario se evidencia que el Tribunal Constitucional al resolver la controversia sometida a su conocimiento sigue la interpretación efectuada en el fundamento 86 de la sentencia recaída en el Expediente 00009-2015-PI/TC (caso del régimen de pensiones del personal militar y policial), sobre la parte *in fine* del primer párrafo del artículo 40 de la Constitución de 1993 —referido a la prohibición de percepción simultánea de remuneración y pensión en el Estado—, replicando y exaltando así los alcances de tal premisa, y develando al mismo tiempo su finalidad (*telos*), utilizando ello para fijar en calidad de precedente ciertas reglas dirigidas a corregir lo que denomina *grave injusticia* causada por el inconstitucional entendimiento de la autoridad legislativa sobre lo regulado en el mencionado precepto constitucional, que se materializa en el tratamiento regulativo dispar sobre la materia, vigente a la fecha. A su vez, es posible advertir que se modula el criterio que sostenía una de las composiciones anteriores del Colegiado constitucional, desarrollado en la sentencia recaída en el

¹ Ex asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

Expediente 03480-2007-PA/TC, que considera dentro del supuesto de prohibición ya señalado a la doble percepción de ingresos (remuneración y pensión de cesantía o jubilación, simultáneos).

Así las cosas, el presente artículo busca dar cuenta de manera reflexiva sobre lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la citada sentencia, además de intentar exponer la contradicción existente en el marco normativo actual y el supuesto deóntico previsto en el artículo 40 de la Constitución de 1993, referido a la doble percepción de remuneraciones.

Palabras clave

Orden jurídico fundamental de la sociedad, abstención de acumulación de empleos o cargos en el Estado, doble percepción de remuneraciones, servicios prestados al Estado, acceso a la función pública, ejecución adecuada de labores, ahorro público, regla de acción, reglas de fin, propiedades cerradas, iguales aspiraciones laborales, pensión de cesantía como patrimonio del jubilado.

1. Antecedentes normativos de la prohibición en cuestión

745

Como bien expone Konrad Hesse, la Constitución es el orden jurídico fundamental de la Comunidad, pues en ella se fijan los principios rectores que marcan el camino hacia la unidad política (referida a la unidad de actuación en la multiplicidad de intereses, aspiraciones y formas de conducta existentes en la realidad de la vida humana) y a partir de los cuales el Estado debe procurar alcanzar el máximo bienestar social (Hesse, Primera reimpresión 2012, pág. 43). En esa línea corresponde señalar que su comprensión se manifiesta en la acentuación de principios constitucionales como el bien común, la apertura, el pluralismo, la libertad, la tutela jurisdiccional y otros (Häberle, Primera Edición, julio 2017, pág. 24 y 37).

Bajo estas premisas, es viable señalar que toda Constitución debe contener medidas destinadas a impedir situaciones que dificulten lograr el bienestar de la comunidad, siendo una de ellas —para el caso peruano— la prohibición de acumular empleos o cargos remunerados en el Estado. Y es que, con esto se logra maximizar el acceso a la función pública de los ciudadanos, así como la ejecución adecuada de labores asignadas (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 03480-2007-

PA/TC, Fundamento 5. Año 2007), a lo que agregaría el ahorro fiscal² — vinculado directamente con la posibilidad efectiva de concreción de políticas públicas—.

Tal medida la encontramos en el artículo 40 de nuestra actual Constitución, formulada en los siguientes términos:

“[...] Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”.

Igual regulación se advertía en el artículo 58 de la Constitución de 1979, veamos:

“[...] Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”.

Así también se recogió en los textos constitucionales de 1920 y 1933, a saber:

746

Constitución de 1920

[...]

Artículo 12. Nadie podrá gozar más de un sueldo o emolumento del Estado, sea cual fuese el empleo o función que ejerza. Los sueldos o emolumentos pagaderos por instituciones locales o por sociedades dependientes en cualquier forma de Gobierno, están incluidos en la prohibición.

Constitución de 1933

[...]

Artículo 18. Nadie podrá gozar más de un sueldo o emolumento del Estado, cualquiera que sea su función o empleo, salvo por razones de

² Punto en el que coincido con el Tribunal Constitucional, según lo expuesto en la parte *in fine* del Fundamento 8 de la STC 1/2022.

enseñanza. Los sueldos o emolumentos pagaderos por instituciones locales o por sociedades dependientes en cualquier forma del Poder Ejecutivo, están incluidos en esta prohibición.

Ahora bien, la indicada prohibición ha sido asimilada con diversos matices en el ordenamiento jurídico peruano, veamos:

Decreto Ley 20530

[...]

Artículo 8. Se podrá percibir simultáneamente del Estado dos pensiones, o un sueldo y una pensión, cuando uno de ellos provenga de servicios docentes prestados a la enseñanza pública o de viudez. Asimismo, podrá percibirse dos pensiones de orfandad, causadas por el padre y la madre.

Artículo 9. El pensionista cuya pensión provenga de servicios docentes y no docentes, que reingresare a prestar servicios podrá continuar percibiendo la parte proporcional de su pensión que no sea incompatible con la naturaleza docente o administrativa de su nuevo cargo.

[...]

Artículo 17. El trabajador que se reincorpore al servicio civil del Estado tiene derecho a elegir entre su pensión civil, militar o policial, o la remuneración de su nuevo cargo, salvo lo dispuesto en el artículo 9. Al cesar, percibirá como pensión el monto de la primitiva más la pensión que pudiera haber generado en el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social.

747

[...]

Artículo 54. Se suspende la pensión, sin derecho a reintegro, en los casos siguientes:

...

d) Reingresar al servicio del Estado, con las excepciones contempladas en el artículo 17 [...]

Decreto Ley 19990

[...]

Artículo 45. El Pensionista que se reincorpore a la actividad laboral como trabajador dependiente o independiente elegirá entre la remuneración o retribución que perciba por sus servicios prestados o su

pensión generada por el Sistema Nacional de Pensiones. Al cese de su actividad laboral percibirá el monto de su pensión primitiva con los reajustes que se hayan efectuado, así como los derechos que hubiera generado en el Sistema Privado de Pensiones, la misma que se restituirá en un plazo no mayor a sesenta (60) días.

Excepcionalmente, el pensionista trabajador podrá percibir simultáneamente pensión y remuneración o retribución, cuando la suma de estos conceptos no supere el cincuenta por ciento (50%) de la UIT vigente.

Decreto Legislativo 276

[...]

Artículo 7. Ningún servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, inclusive en las Empresas de propiedad directa o indirecta del Estado o de Economía Mixta. Es incompatible asimismo la percepción simultánea de remuneraciones y pensión por servicios prestados al Estado. La única excepción a ambos principios está constituida por la función educativa en la cual es compatible la percepción de pensión y remuneración excepcional.

Ley 30057

[...]

Artículo 38. Los servidores del Servicio Civil no pueden percibir del Estado más de una compensación económica, remuneración, retribución, emolumento o cualquier tipo de ingreso. Es incompatible la percepción simultánea de dichos ingresos con la pensión por servicios prestados al Estado o por pensiones financiadas por el Estado, salvo excepción establecida por ley.

Las únicas excepciones las constituyen la percepción de ingresos por función docente efectiva y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas estatales o en Tribunales Administrativos o en otros órganos colegiados.

Queda prohibida la percepción de ingresos por dedicación de tiempo completo en más de una entidad pública a la vez.

Es posible evidenciar que tales regulaciones tienen en común la incorporación de la prohibición de doble percepción de ingresos para los pensionistas en caso opten por reingresar a la función pública (remuneración y pensión de cesantía o jubilación, a la vez), extendiendo de esta manera el supuesto prohibitivo contenido en el anotado artículo 40 de la Carta de 1993, conforme veremos a detalle en las siguientes líneas.

2. Controversia constitucionalmente relevante (Caso: Felipe Nolberto Gonzales Rodríguez)

El señor Felipe Nolberto Gonzales Rodríguez, mediante demanda de amparo, recurre a la vía constitucional a efectos de cuestionar la suspensión de su pensión de cesantía —otorgada bajo los alcances del Decreto Ley 20530— ejecutada por el Ministerio de Educación y otro, tras haber reingresado a laborar al Estado (Poder Judicial) mediante Contrato Administrativo de Servicios (CAS), esto con el argumento de la incompatibilidad de doble percepción de ingresos provenientes del Estado.

El Tribunal Constitucional justifica el análisis de fondo sosteniendo principalmente que el derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión, conforme lo prescribe el Fundamento 107 de la sentencia recaída en el Expediente 00050-2004-PI/TC, por lo que al tratarse de una controversia referida a la restricción del ejercicio de tal derecho corresponde analizar si esta se encuentra debidamente justificada o por el contrario deviene en arbitraria.

749

A lo señalado por el Colegiado agregaría que el ejercicio del derecho a la pensión es una posición *iusfundamental* vinculada con el derecho a una vida acorde con el principio- derecho de dignidad. Al respecto no debemos perder de vista que es deber jurídico del Estado promover una digna calidad de vida de sus ciudadanos (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 01417-2005-AA/TC, Fundamento 32 y 37, literal c). Año 2005), y en especial de los jubilados por ser personas que se encuentran “propensas a perder las condiciones mínimas para fortalecer su autonomía” (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 05157-2014-PA/TC, parte *in fine* del Fundamento 22. Año 2017).

3. Reflexiones sobre el análisis de fondo realizado por el Tribunal Constitucional

En este punto corresponde abordar el análisis de la *ratio decidendi* expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia materia de comentario, así como de las principales *obiter dicta* que la acompañan.

Respecto a la primera cuestión, la encontramos en los Fundamentos 7 a 10 de la STC 1/2022, veamos:

7. El segundo párrafo del fundamento 86 de esta sentencia de inconstitucionalidad [recaída en el Expediente 00009-2015-PI/TC], reviste una enorme importancia no solo para resolver la presente controversia. En efecto, al analizar el artículo 40 de la Constitución Política del Estado, el Tribunal interpreta que, cuando este artículo prescribe que “Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”, no cabe margen de duda en el sentido que lo que la Constitución prohíbe es la doble percepción de remuneraciones, salvo la remuneración docente, pero no la doble percepción de ingresos, esto es, la percepción simultánea de remuneración y pensión.

8. Esta disposición constitucional lo que busca es impedir que una misma persona acapare dos o más cargos remunerados por el Estado, dando lugar a una situación de privilegio inaceptable y desplazando a otras personas con iguales aspiraciones laborales. Pero también busca generar ahorro público.

9. En este escenario, la situación del pensionista que reingresa a laborar al Estado tiene una connotación muy distinta, por diversas razones; tales como que la pensión a que se ha hecho acreedor después de haber aportado su fuerza laborar y las aportaciones dinerarias que prescribe la ley de la materia, ha pasado a formar parte de su patrimonio y no le pertenece al Estado, el cual únicamente se encarga de administrarlo.

10. Por otro lado, la remuneración que percibe el pensionista que se reincorpora al Estado corresponde estrictamente a la contraprestación

por el servicio que le brinda, y no es una dádiva de la Administración. En este sentido, el hecho que el pensionista se reinerte laboralmente al Estado, lejos de ocasionarle perjuicio al Estado, le aporta el valioso *expertise* que ha logrado durante su vida laboral previa a su jubilación.

Son pues estos fundamentos las indispensables para la resolución de la *litis*, y en las que se basa el precedente proferido en la sentencia en análisis. Y esto es así por cuanto fijan la norma que se desprende de la parte pertinente del artículo 40 de la Constitución de 1993, así como el *telos* de la misma, por lo que no cabe duda de que constituyen la razón de decidir. De esta se desprenden ciertas aristas que la confirman, las cuales paso a detallar y explicar:

a. Supuesto contemplado y supuesto excluido de la prohibición en comento.

Aquí el Tribunal Constitucional indica que la prohibición solo comprende a las remuneraciones, con excepción a la que se perciba por función docente, y no a los ingresos por pensión de cesantía o jubilación. Sustenta esto indicando que al ser la finalidad de la prohibición —entre otro— evitar el acaparamiento de cargos o puestos remunerados en el Estado, esto no comprende a la pensión otorgada por los servicios prestados por el trabajador, hoy pensionista, durante el tiempo que estuvo en actividad. Sin dejar de lado que este criterio se construye teniendo como base lo prescrito en el fundamento 86 de la sentencia recaída en el Expediente 00009-2015-PI/TC, en el que se evidenció el tratamiento carente de razonabilidad establecido en el Decreto Ley 19846, pues el pensionista militar o policial puede reingresar a laborar en el Estado, sin que esto implique la suspensión de su pensión.

751

Lo anterior, a mi juicio, es acertado ya que nos encontramos ante una regla de acción que ordena a los servidores públicos (lo que incluye a los funcionarios³) abstenerse de acumular empleos o cargos públicos ya que eso

³ Nótese que según el Tribunal Constitucional la función pública debe ser entendida de manera amplia y desde el punto de vista material, como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado (sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Fundamento 8, literal a), en tal sentido la denominación *servidor público* comprende a todo funcionario, servidor o empleado de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado (artículo 4 de la Ley 27815, que aprueba el Código de Ética de la Función Pública).

conlleva la doble percepción de remuneraciones, lo cual es calificado deónticamente por el Constituyente como prohibido —siendo incluso que la consecuencia de su infracción es la responsabilidad administrativa disciplinaria en la que se puede incurrir, por citar lo prescrito en el artículo 85, literal p de la Ley 30057, del Servicio Civil—; pero, en ningún momento se incluye como propiedad de tal regla a las circunstancias en las que los ex servidores públicos jubilados perciban su pensión y de reingresar a la función pública puedan percibir remuneración de forma simultánea.

Es preciso invocar lo señalado por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero sobre las reglas de acción,

752

“[las] reglas de acción [son] pautas específicas de conducta que establecen mandatos o permisiones [o prohibiciones] y que se caracterizan por los dos siguientes rasgos. El primero es que su estructura consiste en un antecedente o condición de aplicación, que contiene un conjunto cerrado de propiedades; y un consecuente o solución normativa en donde cabe distinguir, a su vez, dos elementos: una acción ... y su calificación deóntica como obligatoria prohibida, permitida, etc. [...] La segunda característica —consecuencia de lo anterior— es que las reglas de acción pretenden regular la conducta de sus destinatarios excluyendo de su propia deliberación como base para la determinación de la conducta a seguir: ... los ciudadanos deben abstenerse de realizar tal tipo de acción; o bien pueden realizar la acción en cuestión si concurren determinadas circunstancias [...]

Hay, sin embargo, otro tipo de reglas —reglas de fin— que se diferencian de las anteriores ... únicamente en que el consecuente establece el deber o la permisón [o prohibición] no de realizar una determinada acción, sino de dar lugar a un cierto estado de cosas. Por ejemplo, pensemos en una disposición administrativa que foja a tal órgano administrativo el objetivo (la obligación) de lograr que los funcionarios que de él dependen (o un cierto porcentaje de los mismos, digamos, al menos 50%) aprendan lengua vernácula. Para cumplir esta regla, el destinatario (el órgano) tiene una variedad de medios entre los cuales puede optar [...]” (Atienza, Manuel; Ruiz Manero, Juan, 2000, 2006, págs. 16, 17 y 18).

Además, no se advierte que existan límites imprecisos en la formulación de la regla en cuestión.

A mayor abundamiento, considero prudente esquematizar la interpretación de la regla en cuestión. Para ello conviene indicar, siguiendo a Josep Aguiló Regla, que previo a su interpretación debemos preguntarnos por el significado del texto (objeto de la interpretación) que se halla bien recortado (formalmente bien delimitado). Para esta oportunidad, el objeto formalmente delimitado es: “Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente”.

Luego de ello, es factible presentar la interpretación como una estructura que correlaciona tres enunciados diferentes, teniendo en cuenta que la conexión entre estos viene dada por la presencia de un problema interpretativo, veamos:

753

Enunciado a interpretar:	Ningún servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de la función docente.

Problema interpretativo:	¿Incluye la parte <i>in fine</i> del primer párrafo del artículo 40 de la Constitución de 1993, a los ex servidores públicos jubilados en cuanto a percibir remuneración y pensión en caso de reingresar a la función pública?

Los servidores públicos se encuentran prohibidos

Enunciado interpretativo: de acumular empleos o cargos públicos remunerados, a excepción de la docencia, en atención a lo dispuesto por la parte *in fine* del primer párrafo del artículo 4 de la Constitución, pero no significa que los ex funcionarios jubilados que reingresen al Estado a laborar tengan que dejar de percibir su pensión de cesantía.

Enunciado interpretado: Los servidores públicos se encuentran prohibidos de acumular empleos o cargos públicos remunerados, a excepción de la docencia, lo cual no incluye a los ingresos provenientes de pensiones de cesantía o jubilación en situaciones en las que los jubilados reingresen a laborar en el Estado.

(Aguiló Regla , Primera edición, 2021, pág. 49)

b. La pensión de cesantía o jubilación como patrimonio del ex servidor público jubilado.

El Colegiado indica que la pensión de cesantía o jubilación forma parte del patrimonio del jubilado y no le pertenece al Estado, el cual solo se

encarga de administrarlo, y esto por cuanto dicho concepto se forma con los aportes del primero, otorgados a lo largo de su vida laboral. Al parecer esta línea de razonamiento coincide con lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia de 1 de julio de 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), recaído en el caso Acevedo Buen Día y otros contra Perú,

“84. [e]ste Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad que abarca, entre otros, el uso y goce de los bienes, definidos como cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona. Asimismo, la Corte ha protegido a través del artículo 21 convencional los derechos adquiridos, entendidos como derechos que se han incorporado al patrimonio de las personas. Resulta necesario reiterar que el derecho a la propiedad no es absoluto y, en ese sentido, puede ser objeto de restricciones y limitaciones, siempre y cuando éstas se realicen por la vía legal adecuada y de conformidad con los parámetros establecidos en dicho artículo 21.

755

85. En un caso similar al presente, esta Corte declaró una violación **del derecho a la propiedad por la afectación patrimonial causada por el incumplimiento de sentencias que pretendían proteger el derecho a una pensión** – derecho que había sido adquirido por las víctimas en aquel caso, de conformidad con la normativa interna” [énfasis nuestro].

Razonamiento que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos comparte, conforme se aprecia del Informe 38/09, del 27 de marzo de 2009, en el Caso 12.670 (Admisibilidad y Fondo), Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras- Perú,

“103. La Comisión concluye entonces que los efectos patrimoniales de un régimen pensional al cual se han efectuado contribuciones o cuyos requisitos legales se encuentran cumplidos, deben entenderse dentro del alcance del derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana. En ese sentido, en términos generales y sin perjuicio del análisis sobre restricciones que se efectúa a continuación, en tanto la legislación interna establecía un mecanismo para el cálculo del monto de su pensión y las presuntas víctimas cumplieron los requisitos establecidos en dicha ley, las pensiones y su correspondiente nivelación, entraron a su patrimonio”.

Este desarrollo jurisprudencial resulta interesante ya que cobra sentido si consideramos que la pensión es una fuente de ingresos proveniente de los aportes económicos realizados por los jubilados durante su vida laboral, y que solo es recabado y administrado por las dependencias estatales a las que el ordenamiento jurídico les encarga tales funciones (Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria y la Oficina de Normalización Previsional), pero ello de ninguna manera le confiere propiedad sobre tales fondos al Estado.

Claro, pero el hecho de que los fondos formen parte del patrimonio del jubilado, ello no implica que su goce sea irrestricto, ya que como todo derecho fundamental no es absoluto, y es por esto que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la Ley 31083, que establece un régimen especial facultativo de devolución de los aportes para los aportantes activos e inactivos bajo el Decreto Ley 19990 administrados por la ONP, mediante la Sentencia 151/2021, recaída en el Expediente 00016-2020-PI/TC.

756

c. Contribución de los jubilados en el ejercicio adecuado de labores asignadas.

Con acierto el Tribunal indica que los jubilados pueden aportar la experiencia acumulada y pericia aprendida durante su vida laboral en las labores asignadas con motivo de su reingreso al Estado.

Respecto a las *obiter dicta* relevantes, las encontramos en los Fundamentos 11 y 12, veamos:

11. También debe tenerse en cuenta la tendencia actual hacia la reinserción laboral del adulto mayor jubilado, motivada por la necesidad no solo de conservar en la medida de lo posible su nivel de vida previo a la jubilación, sino a renovar el sentido de su vida, haciéndole sentirse útil nuevamente a la sociedad.

12. No es menos importante tener presente que en muchos casos, el pensionista opta por la reincorporación laboral al Estado debido a lo exiguo del monto de las pensiones, situación que es generalizada; es por ello que resulta particularmente injusto que el legislador opte por

suspenderle su diminuta pensión, vulnerando su derecho a la pensión.

Lo relevante se muestra en que la posibilidad de reinserción de los jubilados es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad —aunque no haya sido dicho expresamente en la sentencia—, pues como tiene dicho el Tribunal Constitucional, tal derecho “garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres” (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 00032-2010-AI/TC Fundamento 22. Año 2011), y como ya se dijo antes, su ejercicio no debe poner en riesgo otros derechos o bienes constitucionales, lo que ocurre con la opción de reingreso de los cesantes, siendo por el contrario una situación que fortalece el adecuado ejercicio de las labores en el Estado

Por lo expuesto hasta aquí, nos permitimos afirmar que toda acción destinada a obstaculizar la decisión de los jubilados de reingresar a la función pública se reputa arbitraria, además que “[los] espacios de libertad del [ciudadano], para la estructuración de la vida personal y social, constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra” (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 00032-2010-AI/TC Fundamento 22. Año 2011).

757

Con relación a lo segundo, si bien el Tribunal afirma que las pensiones de cesantía o jubilación en nuestro país tiene un *quantum* insuficiente para que el jubilado conserve el nivel de vida del cual gozaba antes de que se produzca su apartamiento de la función pública, no indica la fuente en la que se basa para esbozar este argumento, sin embargo, este refleja la situación real de las pensiones en el Perú, pues como se verifica del Informe Anual del Empleo de la Población Adulta Mayor en el Perú (IAPAM)- 2019, elaborado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo,

“[e]l ingreso que reciben los pensionistas en el sistema nacional de pensiones bajo el régimen de la Ley N° 19990 tiene un mínimo de S/ 500 y un máximo de S/ 893 soles, mientras que bajo el régimen de la

Ley N° 20530 el monto máximo legal de las pensiones es 2 UIT. [...]. Para el 2019, la mitad de los pensionistas de la AFP tenían un ingreso por encima de S/ 664,3 mientras que en el caso de los pensionistas de la Ley N° 19990, este monto referencial es de S/ 558,6, que indica que la mitad de los pensionistas tenían un ingreso por encima de ese monto. El mayor ingreso es para los pensionistas del régimen Ley N° 20530, donde la mitad de ellos tenían un ingreso por encima de los S/ 1 100,7.”

Por tanto, resulta evidente que los ingresos pensionarios recibidos por los jubilados son insuficientes para lograr mantener condiciones de vida acordes a su edad (ya que requieren de mayores atenciones y servicios prestacionales que muchas veces no los brinda el Estado), lo que orilla en muchas ocasiones a que estos opten por reingresar a la función pública. Solo basta mirar las fluctuaciones del índice de Precios al Consumidor⁴ reportado por el INEI, respecto del año 2021, que llegó al 6.43%, el más alto en los últimos 11 años, o el porcentaje de inflación⁵ que para dicho año es el mismo. En tal sentido, no es coherente continuar aplicando normativa que obstaculice el reingreso de los pensionistas a la función pública, por lo que con acierto el precedente dispone inaplicar estas.

759

De otro lado, nótese que el precedente no incurre en contradicción alguna cuando señala que una de las finalidades de la regla analizada es generar ahorro público mientras se permite el reingreso de jubilados con pensión y remuneración a la vez, ya que conforme se ha indicado los montos de las pensiones no son de propiedad del Estado, y en todo caso, constituyen montos diminutos —utilizando términos del propio Tribunal— a diferencia del supuesto prohibido que podría generar cargas económicas superiores⁶ e innecesarias.

Para finalizar este punto, es importante recalcar que mediante la STC 300-2022, recaída en el Expediente 00020-2021-PI/TC, la actual Composición del Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República

⁴ Datos extraídos del portal web institucional del INEI (cfr. <https://www.inei.gob.pe/>), el 14 de octubre de 2022.

⁶ Pues los conceptos remunerativos en diversos puestos estatales suelen ser montos que sobrepasan los S/ 500.00, S/ 664.3 y 1 100.7, respectivamente.

y al Poder Ejecutivo a legislar en el más breve plazo una reforma integral del sistema de pensiones público y privado, que de concretarse tendría un impacto positivo en el reingreso de los jubilados a la función pública, pues estos adoptarían dicha decisión desplazando como principal motivación la mejora económica y lo harían esencialmente por vocación de servicio.

4. Cambio de criterio respecto de la sentencia recaída en el Expediente 03480-2007-PA/TC (caso Juan José Medina Morán)

Mediante el presente pronunciamiento se modula el criterio jurisprudencial construido en la sentencia indicada, pues en aquella ocasión una composición distinta a la que dictó el precedente consideraba dentro de la prohibición reglada a las pensiones, convalidando de esta manera las regulaciones sobre dicho tema.

Sin embargo, en este artículo se toma parte del análisis desarrollado en tal resolución para arribar a la conclusión de que la regla de acción bajo comentario ordena a los servidores públicos abstenerse de *acumular empleos o cargos públicos* (cursiva indicada en el Fundamento 5 de la STC 03480-2007-PA/TC).

5. Reglas estatuidas en calidad de precedente a la luz de lo dispuesto por el nuevo Código Procesal Constitucional y la jurisprudencia constitucional

758

En la sentencia recaída en el Expediente 03741-2004-AA/TC, específicamente en su Fundamento 41, el Tribunal Constitucional estableció en calidad de precedente aquellos supuestos para la emisión de uno (sin orden de prelación y no concurrentes), siendo que en este caso se cumple el indicado en el literal a) de dicho fundamento, a saber:

- La existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional. Por todo lo expuesto, ha quedado demostrado palmariamente que existe contradicción entre lo dispuesto por la parte *in fine* del primer párrafo del artículo 40 de la Constitución de 1993 y la regulación establecida en lo referente a la prohibición de doble percepción a nivel *infraconstitucional*, todo ello originado por una errónea comprensión de los operadores jurídicos autorizados a

legislar respecto a dicho tema, lo que conlleva una incorrecta aplicación por parte de los operadores administrativos. Y su relevancia está acreditada, ya que mediante sentencia recaída en el Expediente 00009-2015-PI/TC, Fundamento 87, se declaró un estado de cosas inconstitucional debido al tratamiento legislativo dispar que afecta a un número determinable de jubilados.

Por otro lado, es importante mencionar que se trata del primer precedente emitido a la luz del *nuevo* Código Procesal Constitucional, normativa que introduce ciertas modificaciones en este punto respecto a la regulación que contenía el derogado Código Procesal Constitucional, veamos:

Ley 31307, que aprueba el <i>nuevo</i> Código Procesal Constitucional (Publicado el 23 de julio de 2021)	Ley 28237, que aprobó el derogado Código Procesal Constitucional (Publicado el 28 de mayo de 2004)
Artículo VI. Precedente vinculante Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal	Artículo VII.- Precedente Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados. En los procesos de acción popular, la sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes con el voto conforme de cuatro jueces supremos. La sentencia que lo establece formula la regla jurídica en la que consiste el precedente, expresa el extremo de su efecto normativo y, en el caso de su apartamiento, los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta.	

Para el presente artículo solo nos interesa hacer énfasis en la introducción del número de votos conformes para la adopción de un precedente, el cual es de 5 miembros del Tribunal Constitucional, regulación que antes se encontraba contenida a nivel reglamentario, y que estuvo vigente desde octubre de 2015 hasta setiembre de 2021, poco más de 5 años, conforme se muestra a continuación:

761

Resolución Administrativa 095-2004-P/TC Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (con modificación introducida al artículo 10, por Resolución Administrativa 138-2015-P/TC)	Resolución Administrativa 095-2004-P/TC Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (con modificación introducida al artículo 10, por Resolución Administrativa 168-2021-P/TC)
Resoluciones y acuerdos del Pleno Artículo 10.- El quórum del Pleno del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros. El Pleno del Tribunal resuelve y	Resoluciones y acuerdos del Pleno Artículo 10.- El quórum del Pleno del Tribunal Constitucional es de cinco de sus miembros. Para adoptar decisiones

adopta acuerdos por mayoría simple de votos emitidos, salvo para resolver la inadmisibilidad de una demanda de inconstitucionalidad o para dictar sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, casos en los que se exigen cinco votos conformes. De no alcanzarse la mayoría calificada de cinco votos en favor de la inconstitucionalidad de la norma impugnada, el Tribunal dictará sentencia declarando infundada la demanda de inconstitucionalidad. Para aprobar un precedente y para establecer, con carácter vinculante, interpretaciones sobre el contenido normativo de las disposiciones con rango de ley, conforme a la Constitución, se requiere cuatro votos en un mismo sentido resolutivo. En ningún caso el Tribunal Constitucional puede dejar de resolver.”	jurisdiccionales, el Tribunal Constitucional resuelve en armonía con las disposiciones legales correspondientes y su jurisprudencia. En ningún caso el Tribunal Constitucional puede dejar de resolver.

Este punto resulta de vital importancia, por cuanto el precedente es una “herramienta que no solo es utilizada para dotar de mayor predecibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de la sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales” (Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 03741-2004-AA/TC, Fundamento 40. Año 2005), relevancia jurídica que justifica que el quórum para su adopción, modificación, apartamiento o eliminación deba ser establecido por el legislador democrático, y de esta manera evitar que la valla para su cambio

sea inferior a la que se requiere en sede parlamentaria, y por ende, más fácil de conseguir; siendo además que, “el Congreso es el organismo por excelencia encargado de dictar leyes en nuestro país, en cuyo seno es posible la realización de un robusto debate entre las partes interesadas, a fin de obtener una normativa consensuada que permita su aplicación (Tribunal Constitucional del Perú, voto singular del magistrado Miranda Canales Manuel Jesús, en el Expediente 00003-2020-PI/TC, Fundamento 5).

Conforme se verifica de la Razón de Relatoría contenida en la sentencia bajo análisis, se alcanzaron los 5 votos conformes exigidos por el *nuevo* Código Procesal Constitucional para la adopción de las reglas en calidad de precedente, contenidas en el Fundamento 13, siendo los magistrados suscribientes: Ledesma Narváez, Ferrero Costa, Miranda Canales, Blume Fortini y Espinosa- Saldaña Barrera.

Las reglas son como siguen:

Regla sustancial 1: No existirá incompatibilidad entre la percepción simultánea de la pensión de jubilación o cesantía de los regímenes del Decreto Ley 20530 y Ley 19990, y la remuneración por servicios prestados al Estado, sean docentes o de cualquier índole.

763

Regla sustancial 2: La Administración Pública no podrá suspender las pensiones de jubilación o cesantía de los regímenes del Decreto Ley 20530 y Ley 19990, en el supuesto previsto en la Regla Sustancia 1, deviniendo en inaplicables las normas que se opongan a estas reglas.

6. Reflexiones finales a modo de conclusión

Indudablemente se trata de un precedente que permite corregir el tratamiento dispar introducido en la normativa infraconstitucional, que hasta antes de su emisión afectaba el derecho a la pensión de diversos jubilados que reingresaron al Estado, o amenazaba ese derecho de los que pretendían hacerlo.

Particular mención merece la regulación contenida en el artículo 38 de la Ley 30057, del Servicio Civil, pues lo referido a la incompatibilidad de percepción simultánea de pensión y remuneración que prescribe no fue materia de análisis en la sentencia recaída en los Expedientes 0025-2013-PI/TC; 0003-2014-PI/TC, 0008-2014-PI/TC, 0017-2014-P1/TC, caso de Ley

del Servicio Civil, lo cual se pone en evidencia a efectos de que se tome en cuenta de presentarse controversia sobre el particular y sea sometida a conocimiento en sede constitucional, ya sea mediante un proceso de tutela de derechos fundamentales o mediante el de inconstitucionalidad.

Corresponde recalcar que se trata de un pronunciamiento que muestra el avance en la defensa de la tutela de los derechos sociales de contenido económico de la ciudadanía, modulando la construcción jurisprudencia menos tuitiva recogida en la sentencia recaída en el Expediente 03480-2007-PA/TC.

Téngase en cuenta que el presente artículo solo abarca lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la STC 1/2022, es decir, lo concerniente a la percepción de remuneración y pensión de cesantía o jubilación, no comprendiendo aspectos que se puedan vincular a ella, que bien pueden ser materia de ulteriores debates en sede jurisdiccional y en la doctrina (por citar, lo relacionado a las pensiones de viudez, orfandad, ascendencia, otros).

Bibliografía

Aguiló Regla, J. (Primera edición, 2021). En defensa del Estado Constitucional de Derecho. Lima: Palestra Editores.

Atienza, Manuel & Ruiz Manero, Juan. (2000, 2006). Ilícitos Atípicos. Madrid: Trotta SA.

Häberle, P. (Primera Edición, julio 2017). Tiempo y Constitución. Lima: Palestra Editores.

Hesse, K. (Primera reimpresión 2012). Escritos de Derecho Constitucional. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo y Centro de Estudios Políticos Constitucionales.

Jurisprudencia y páginas web consultadas

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 03480-2007-PA/TC, Fundamento 5. Año 2007.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 00050-2004-AI/TC, 00051-2004-AI/TC, 00004-2005-PI/TC, 00007-2005-PI/TC y 0009-2005-PI/TC, Fundamento 107. Año 2005.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 01417-2005-AA/TC, Fundamento 32 y 37, literal c). Año 2005.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 05157-2014-PA/TC, parte in fine del Fundamento 22. Año 2017.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 00009-2015-PI/TC, Fundamentos 86 y 87. Año 2019.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Fundamentos 8 literal a). Año 2015.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 00032-2010-AI/TC Fundamento 22. Año 2011.

Tribunal Constitucional del Perú, sentencia recaída en el Expediente 03741-2004-AA/TC, Fundamento 40. Año 2005.

Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia 151/2022, recaída en el Expediente 00016-2020-PI/TC. Año 2021.

765

Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia recaída en el Expediente 03480-2007-PA/TC. Año 2007.

Voto singular del magistrado Miranda Canales Manuel Jesús, en el Expediente 00003-2020-PI/TC, Fundamento 5. Año 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 1 de julio de 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), recaído en el caso Acevedo Buen Día y otros contra Perú, fundamentos 84 y 85.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos comparte, Informe 38/09, del 27 de marzo de 2009, Caso 12.670 (Admisibilidad y Fondo), Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras- Perú, fundamento 103.

Informe Anual del Empleo de la Población Adulta Mayor en el Perú (IAPAM)- 2019, elaborado por el Ministerio de Trabajo y Promoción

del Empleo, rescatado de
<https://www.gob.pe/institucion/mtpe/informes-publicaciones/1476982-informe-anual-del-empleo-de-la-poblacion-adulta-mayor-en-el-peru-iapam-2019>

<https://www.inei.gob.pe/>

SECCIÓN CLÁSICOS

Nota

A continuación, publicamos el documento denominado “Esclarecimiento a la Constitución del Perú en el año de mil ochocientos veintiocho”, de autoría de Francisco Pacheco, político peruano que fuera miembro del Congreso General Constituyente de 1827, elegido por la provincia de Abancay. Este congreso constituyente elaboró la Constitución de 1828, tercera Constitución Política de nuestra República, contando a la de 1823, de corte liberal, que no entró a regir sino hasta 1827, pues fue suspendida para permitir el accionar libertador de Simón Bolívar, y a la Constitución de 1826, de corte autoritario, llamada la “Constitución Vitalicia”, pues permitía un presidente vitalicio en el cargo y que estuvo vigente solo por un breve periodo de tiempo.

768

Luego de estos dos intentos constituyentes que no progresaron tanto como hubieran deseado sus promotores, se aprobó la Carta de 1828. A decir de don Valentín Paniagua Corazao (2003, p. 109), esta Constitución respondió, con acierto, a las exigencias inmediatas de su hora, sin embargo, se propuso y logró, además, poner los cimientos de nuestra constitucionalidad. Así, recogió las aspiraciones de liberales y autoritarios en un balance equilibrado de posiciones; abrió las puertas “supuestamente” a la federación, vía la organización de un estado con tendencia al federalismo, y pretendió impedir la inestabilidad política, por obra del caudillismo militarista, vía la reelección presidencial inmediata y mediata.

Y sobre el propio Pacheco, constituyente del 827 y autor del documento que ahora ponemos a disposición del lector, como señalásemos, Paniagua sostuvo: “Era –no obstante habersele ignorado, en su época y posteriormente– uno de los más ilustrados y competentes miembros de la Constituyente.” (p. 122). El debate constituyente en esa época se centraba en gran medida en determinar si la República del Perú debía ser unitaria o federal. Pacheco no era en puridad partidario de ninguna de estas posiciones. Creía fervientemente que en la posibilidad de tomar lo mejor de ambos modelos y adaptarlos de mejor manera a la realidad del naciente Estado peruano. Esa realidad, a su juicio, debía ser el punto de partida para regular la forma del Estado y no al revés, mediante la imposición de teorías puestas en práctica en realidades ajenas. Sin duda, era consciente de la diversidad y las diferencias de nuestro país y de que, por tanto, debía tener un modelo propio.

En sus esclarecimientos a la Constitución de 1828, dirigidos primordialmente a los ciudadanos de la provincia de Abancay, Pacheco ofrece su punto de vista sobre las instituciones creadas en dicha carta fundamental debido a algunas observaciones de las que había tomado conocimiento. En estos explica los deseos y principios que motivaron su relevante participación como constituyente. Concluye señalando: “Tal ha sido el plan de la constitucion; su objeto unico la prosperidad del Peru, su paz y felicidad. Sus instituciones se han dirigido a darle solidez y fortaleza, a impedir las disenciones interiores, a precaver el despotismo y la anarquia, a establecer y sostener las garantias individuales, a dar en una palabra imperio a la ley para que reyne sola. Se ha considerado a toda la masa de la nacion, su estado, su caracter, sus costumbres, sus habitos, su ilustracion, su modo de existir, sus maneras, sus ocupaciones y su poblacion.” (1828, p. 53).

Se transcribe este documento histórico, que tiene un indudable lugar en nuestra historia constitucional, tal como fue redactado en aquella época.

769

**Dirección de Publicaciones y Documentación
Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional**

Referencias

Paniagua, V. (2003). La Constitución de 1828 y su proyección en el constitucionalismo peruano. *Historia constitucional. Revista Electrónica de Historia Constitucional*, (04).

Pacheco F. (1828). *Esclarecimientos a la Constitución dada al Perú en el año de mil ochocientos veintiocho*. Imprenta de la Instrucción Primaria por J. Fabián Solórzano.

ESCLARECIMIENTOS

A LA

CONSTITUCION

DADA AL

PERU

EN EL AÑO

DE

MIL OCHOCIENTOS VEINTIOCHO

770

LIMA: 1828 IMPRENTA DE LA INSTRUCCION PRIMARIA, POR J.
FABIAN SOLORZANO.

ESCLARECIMIENTOS

A LA

CONSTITUCION

DADA AL

PERU

EN EL AÑO DE MIL OCHOCIENTOS VEINTIOCHO

Debo estos esclarecimientos a unas observaciones que se han hecho a la constitucion presentada al Peru. La provincia de cuyo poder he sido encargado, ocupa un lugar muy distinguido en mi corazon para que habiendo parecido a su nombre, no satisfaga en cuanto este a mis alcancés a sus dudas y ansiedades. Responsable a ella de mis opiniones y vinculada mi suerte con la suya, debo poner a su vista los principios que me han dirigido. Si no convengo con los suyos, es porque el convencimiento ha precedido a mis juicios, y he podido verlos despues retificados por la experiencia y el tiempo. La escases de mis fuerzas, apesar de la inmensidad de la materia, me hara breve; pero me reportara la ventaja de evitar el fastidio de una larga y cansada vindicacion.

771

La revolucion del 26 de enero del año pasado de 827 es el punto de donde debo partir. Ha sido el suceso mas grave y de la mayor influencia, que ha acaecido en la Republica despues del de sus victorias. El paso que debia seguirle naturalmente era el de constituirse. Esta obra tan grande como al parecer sencilla era animada por el deseo ardiente y uniforme de los pueblos: la ocacion no podia presentarse mas favorable y el impulso rapido que recibio anunciaba su mas feliz complemento. El Peru aun no habia perdido enteramente el precioso germen de su poder, todavia conservaba parte de el en su seno apesar de las calamidades que habian cargado sobre el y de los desastres causados por su injusta y perniciosa administracion. Su superioridad sobre otras secciones de America era incuestionable: aun no habian podido

fijar estas la inconstancia de su gobierno, a pesar de la antelacion de su independencia y de sus menores sacrificios proporcionales.

Colombia protectora y rival suya a un mismo tiempo se hallaba dividida en dos partidos contrarios que la encaminaban a su ruina. Su Libertador la proponia inquieto una conciliacion, que si no terminara en la consumacion de sus proyectos ilejitimos, acaso seria lo mas conveniente al estado critico de aquella Republica; estado tan critico que lo ponía en el caso de temer por su vida y por su nombre. No siendole posible distraerse un momento del peligroso sacudimiento que conmovia su patria, ni contaba con fuerzas disponibles, ni tenia bastante imperio para extender sus asechansas hasta la nuestra: idolatra de su gloria, los unicos medios indirectos de que podria entonces valerse, le habrian parecido insuficientes e ignominiosos, y el Peru estaba muy recientemente poseido del orgullo de su libertad para dejarse sorprender o seducir.

Colombia entre los delirios de una federacion extemporanea y los temores del absolutismo aun aparece incierta sin poder dar caracter a su gobierno. Los gefes de esas disensiones intestinas, esforzandose cada uno a inclinar la balanza a su respectivo lado, ponen en juego su poder el uno y la opinion publica el otro; reportara la victoria el que cuente con la fuerza, y desechado el sistema federal, que aun es arriesgado en sus circunstancias, salvaran esos pueblos inexpertos del terrible escollo en que ha naufragado los que inoportunamente lo adoptaron. Introducido diestra y sordamente el disgusto a su tan juiciosa constitucion, se desea con ansia la convencion ¡Quiera el cielo que ella establezca aquel equilibrio de que tanto necesita su gobierno con el nuestro! Porque, digase lo que se quiera, Colombia por la naturaleza y la politica es llamada a ser muralla del Peru, de su paz depende nuestra prosperidad y su poder se fomenta con el nuestro, por conveniencia comun deben ser unos los sentimientos.

Bolivia por la diferente organizacion que la dio su carta politica debia causarnos menos cuidados. Sea cual fuere el sistema interior que rigiese en esa Republica, bastaba ver a su frente aun jefe extranjero y armado, para que dejase muy obscura la opinion. Sea cual fuere la satisfactoria tranquilidad de que se jactase, era muy ambigua la que se apoyaba con ejércitos en pie de un extremo al otro de su territorio. Sea cual fuere por ultimo el benefico impulso que se atribuyese a su gobierno, se confundia demasiado con el de los sultanes

y despotas. Esta forma tan equivoca no era conciliable con la energia y nobleza que ese pueblo habia desplegado por su libertad: se hallaria pues en una coaccion civil y se estudiaria su enervacion, por consiguiente no podia ser duradera, y debiamos esperar mas que temer de ella y debiamos tambien creer, que la faz liberal con que se presentaba disfrazada, como obra del artificio, solo podia conservarse a costa de los mas penosos esfuerzos, que absorberia y reconcentraria a si sola toda la atencion y todos los recursos del gobierno y que este obligado por el imperio de tan fuerte necesidad y por el honor aque lo llamaba su reciente posicion, debia dejarnos obrar en paz; si tenia planes, los mas diestros y posibles no se propondrian mas que introducir disenciones en nuestro suelo; pero prevenidos como estabamos contra esa arma miserable y conocida, sabiamos eludirla oportunamente.

Le bastaba al Peru la impotencia de estas dos Republicas limitrofes para emprender su marcha: los temores de que por otra parte podia prevenirse aun eran remotos: tenia, es verdad, enemigos ambiciosos y vengativos a todas distancias, pero ellos por fortuna se hallaban en un estado debil y complicado. La Europa entera tan sospechosa para nosotros estaba entonces ocupada de lleno en su politica continental, pensaria menos en expediciones ultramares que en sus mutuas pretenciones. El cielo empeñado en protegernos habia abatido completamente a la España: se hallaba cabalmente en un estado de nulidad, bastante para desespararla de toda empresa o tentativa: la Francia que por su pronunciamiento constitucional habia llegado a hacerse el brazo mas fuerte de la alianza, daba indicios claros de querer enrolarse en nuestra amistad a virtud de sus intereses comerciales: la Inglaterra declarada ya en nuestro favor debia proteger tambien los suyos: el trono de Alexandro se hallaba ocupado por un soberano indolente, defensor acerrimo de los derechos imperiales, y el Portugal sin dueño luchaba por su libertad bajo de una dependencia estrangera. En el Brasil Pedro 1.º experimentaba de la vecina Republica guerrera quebrantos que commobian su trono por el terrible influjo del ejemplo mas que por lo que ellos importaban. Buenos Ayres cantaba con pompa sus esteriles victorias, y obligado a rehacer sus grandes perdidas tanto interiores como exteriores, desdeñaba con altivez las relaciones a que lo llamaba Bolivia, mientras su rival mas cuerdo se buscaba apoyo y se atraia guerreros del norte de la Europa.

Tan felices combinaciones nos preparaban la paz exterior, pero la nacion recién entrada en el aprendizaje de su gobierno, aun no tenia la practica necesaria, ni conocia sus resortes interiores: era natural que desconfiase de todo y temieses por si: 17 años de revoluciones y tiranos de toda clase y bajo

distintos nombres la habian devorado, su mejor reaccion, la unica que podia cimentar su felicidad, era debida a causas extraordinarias y casi prodigiosas, y lo que era pero se hallaba enteramente aislada y abandonada a si misma. Los primeros ensayos del Congreso desfigurados entonces, y varios articulos de constitucion injustamente censurados tuvieron por movil esta posicion tan versatil y dudosa, efecto necesario de la inconstancia y multiplicidad de los sucesos.

Si hay probabilidades que no siempre son perniciosas en la politica, acaso esta misma posicion la ponia a cubierto de los fermentos y disturbios interiores. No era prudente reposar absolutamente en ella, pero no debia ser desatendida del todo en la estrechez y premura que presentaban las circunstancias. Estas misma, la indole peruana, el entusiasmo de los pueblos debieron tener su lugar en el plan de concurrir a cimentar la paz y tranquilidad interior. Es verdad que acababa de estallar una revolucion dificil e inesperada, y que una revolucion cualquiera que sea, deja tras si divisiones y partidarios, que aguijados por la conveniencia pasada, por el descontento presente, por la misma gratitud son otros tantos agentes que incitan y promueven las sediciones: que la ambicion, las venganzas, las fortunas decaidas asecha vigilantes los momentos de satisfacerse y erigirse: que los pueblos siempre miran con zelos y con envidia a los que tienen sobre si, y que habra gobierno, sea cual fuere su forma, que contente a todos; pero tambien es verdad que hay un cierto modo de existir en que no tienen cabida las conspiraciones: que un pueblo victorioso es entusiasta de la novedad: que la causa de la revolucion ultima habia sido soberanamente justa y soberanamente plausible; y que el peruano fatigado, debil y manso por complexion, estaba muy lejos de envolverse en nuevas y peligrosas empresas. Si el suceso del 26 de enero no se hubiese promovido y llevado al cabo en tanta parte por agentes extranjeros ¿Quien sabe si estariamos aun sumidos en servidumbre y dependencia? Esta inaccion, este conato al reposo, si es una virtud en un gobierno justo y asentado, no lo es en cualquier otro sentido, es un defecto, es un mal que perjudica al vigor y a la nobleza de la especie humana. Extremo tan detestable, como lo es igualmente el de su excesiva movilidad. ¿Quien diera a los pueblos evitar uno y otro y que tranquilos en el punto legitimo de sus derechos, solo fuesen sensibles a las invaciones de la injusticia y tirania!

Por desgracia aun no esta bien definido este punto la ambicion ha tenido interes en mantenerlo en problema. Si se quisiera circunscribir la orbita

de las facultades de los gobiernos, desaparecería sin duda al momento su accidental embrollo: sobre ella y la de sus deberes individuales es que esta fundado el equilibrio de la sociedad; sino hay recelo, sino hay hecho por el que conste, que esta haya salido alguna vez sin causa muy grave de la suya, es consiguiente que el mal proviene necesariamente de los excesos de aquella. Aquella en efecto por la arbitrariedad a que la inclina el poder, ha sembrado tanta confucion en los actos de la vida social que ya se la desconoce enteramente; ha pervertido de tal modo la reciprocidad e igualdad de garantías que solo sirven para recitarse en teorías: de aquí ha resultado incierta y complicada la ciencia de la policía; ya no hay seguridad absoluta en la sociedad, ni hay medida que alcance a retificarla y descansar en ella con confianza.

Sobre el débil apoyo que podían prestar tales circunstancias, fue encargado el gobierno de la República a un jefe preparado de antemano con el conocimiento de sus relaciones y recursos: faltaba el último sello a la declaratoria de nuestra absoluta libertad, la expulsión de las tropas colombianas del territorio del Perú. Era tan necesaria que sin esto habrían sido insuficientes, aventuradas y tal vez poco libres nuestras operaciones. Será acreedor a la gratitud de la nación el jefe que se encargó del proyecto: grave y difícil, corría riesgos conocidos: debía ser precedido de combinaciones extraordinarias, y de medidas y precauciones oportunas: no podía llevarse al cabo sin muchos y simultáneos sacrificios. ¡Soldados victoriosos en estimación y regalo, citados bajo de un cielo benigno, y en un país delicioso: soldados autores de la mejor y más alhagüeña revolución, en quienes estaba concentrada toda la fuerza: soldados esperanzados en premios y recompensas, ansiosos del goce de los frutos de su empresa! ¿Cómo ser extrañados de un país del que estaban en posesión de disponer a su arbitrio? ¿Cómo ser impulsados a otro en el que serían detestados como enemigos y acaso víctimas, donde eran perdidos sus trabajos y no les esperaban sino vejámenes e ignominias? Pues esos soldados al frente de tantas dificultades, salen de Lima y recalán en Guayaquil. Se completa el proyecto y se pone la capital del Perú en aptitud de obrar sin trabas. La nación entra en el goce total de sus derechos y comienza a existir por sí; el Congreso podía reunirse sin obstáculos ni temores.

Entonces por primera vez se dejó sentir la desorganización o nulidad de la República, sin industria ni agricultura, sin recursos ni costumbres. Se habían abiertos dos brechas considerables y funestas a la educación pública; la interrupción de la enseñanza en los colegios a pretexto de mejoras, y la

supresion de los monasterios de regulares al de liberalidad y reforma: ambas fueron notadas y llorabas por ese pueblo honrado, que esento de vagas preocupaciones, ve las cosas por su verdadero aspecto y no desconoce sus intereses. Se habian colocado al frente de los mas de aquellos, rectores tenidos por despreocupados, cuyas ideas aun no estaban en la correspondiente sazón para poder derramarse sin riesgo sobre una juventud amodelada a ejemplos viejos pero seguros; se veia con dolor caer a su consecuencia por tierra la escasa moralidad que nos habian trasmitido nuestros padres. La dependencia, y el ridiculo en que se habia consignado a los regulares, hacian desaparecer las ventajas que sacaba la sociedad de su influjo, de ese influjo por el que se difundian las luces y la doctrina a todas partes y uno de los medios principales por los que se fomentaban las costumbres; autorizado por tan largos años cuantos han sido los de nuestra dependencia y sostenido por toda la autoridad del gobierno español, no debio ser combatido ni tan precipitadamente ni tan defrente. Este paso intempestivo ha puesto en duda nuestra buena fe y ha enervado nuestra fuerza moral: sus escuelas se han cerrado y con ellas otros tantos albergues de la horfandad e indigencia: cuando solo se atendiese a que el recinto de los claustros habia dado varones eminentes en toda clase, que ha ilustrado y ejemplarizado la nacion, aun se le debia respetar y no dejar al pueblo sin un recurso de provecho antes de reemplazarlo con otro, ni abolir establecimientos que miraba como sagrados antes de preparar su juicio. Asi es como la religion y la moral han sufrido quebrantos que en ningun tiempo ni en manera alguna podran subsanarse. ¿Que utilidad o conveniencia se ha reportado? La existencia y respeto de los regulares por mucha parte que se les quiera dar en la sociedad peruana, ni tienen la influencia peligrosa de la de Europa, ni se oponen en nada a las instituciones naciones de la Republica. Un fantasma de novedad, la preocupacion de parecer despreocupados, y tal vez una malignidad increpable han sido los moviles de esta providencia antipolitica, cuyos daños apenas seran reparados por el tiempo y bien acosta de fatigas y de caudales; es de esperar que el Congreso llame su atencion hacia ellos.

Otra brecha aun mas temeraria se habia abierto a la fuerza nacional; no habria sido tan sensible ni dañosa, si solo se hubiera tratado de hacerla insuficiente o de abatirla, pero se la habia querido extirpar de raiz: se habian consumido enteramente sus elementos, hombres, armamentos y caudales: con una marina extranjera y nuestras fortificaciones demolidas eramos a la vista de todo el mundo la triste presa del primero que quisiese invadirnos. Nuestros

oficiales acostumbrados a la dependencia y postergacion, se adormecian en la inaccion y el vituperio; sus acciones mas heroicas, sus sacrificios y servicios se hallaban obscurecidos de tal modo que apenas podian despertar la atencion y la confianza de la nacion; pobres y abatidos abundaban en quejas y pretensiones. Los gefes de las provincias tenidos por partidarios del dictador ora por su creacion, ora por sus relaciones indispensables, eran vistos como sospechosos, ¿y quien podria desimpresionar a la multitud de sus presunciones justas o injustas?

La hacienda publica sin fondos, sin administracion y sin credito, cargada de deudas enormes por defuera y por dentro, era el argumento mas concluyente de nuestro abatimiento e imbecilidad. Los gravámenes de los pueblos llevados hasta un extremo ultimo, ya no podian dar mas de si, mientras que no bastaban a llenar las necesidades naturales del erario.

Los bancos de comercio y de mutuo, que hacian el esplendor y la opulencia de la capital, que eran el recurso de la industria y de la indigencia, y aun mas el de la nacion, se habian disuelto y desaparecido enteramente, envolviendo en sus ruinas millares de familias que hoy mendigan un pan extranjero y miserable por las calles.

777

Las casas de beneficencia, los hospitales y otros establecimientos de misericordia que habian costado tanto trabajo, tantos años y caudales a nuestros padres, todo habia desaparecido en un momento casi del mismo modo que si un enemigo feroz y devastador hubiese venido de proposito a batirnos en ruina.

La imprenta que debia estar a prevenir los errores, callaba. Eco cansado del suceso del 26 perifrasedo de mil y mil modos, ni daba al mismo suceso su importancia productiva, ni nos preparaba a sus efectos: menos señalaba el origen de nuestros males, y ponía termino al desacierto. Contenta con encomiar o zaherir las personas y tambien los vicios, era el semillero mas fecundo de insultos impunes y de ridiculos episodios. Lo que es apendice de los papeles publicos en cualquiera otra parte, se habia hecho entre nosotros el todo, no se componia sino de informes articulos comunicados, aque daban vasta materia los odios y las aspiraciones: el mejor talento era el que mejor sabia forjar una diatriba y las calumnias e invectivas terminaban a porfia del seno sagrado de la prensa: exaltada hasta las nubes su libertad sin limites y convertida en entusiasmo de los espíritus ilustrados, sus leyes justas y necesarias eran el azote de los talentos y virtudes; viciado y corrompido su

noble objeto, acababan de corromperse las costumbres; mal peor que nuestros males actuales. ¿Como se le perdonara sobre todo el criminal silencio que ha guardado sobre el modo de constituirnos, sobre las bases que debiamos adoptar y sobre los obstaculos que teniamos que superar?

Tal era en compendio el estado del Peru en junio del año 27 en que se instalo el Congreso. Este llamo desde luego la atencion de los pueblos; resonaron los aplausos por todas partes, y su uniformidad y entusiasmo dieron a conocer claramente haberse llenado el voto de los pueblos. Respectable y magnifico por su magestad y por su objeto, y con todo el prestigio de la novedad, el impulso que de el se esperaba, animo la confianza general y derramos consuelos y esperanzas.

Una de sus primeras atenciones fue la eleccion de un presidente propietario. Aunque pareciese inconsecuente a los principios de una politica severa, porque se la hacia depender de una constitucion jurada y de la forma establecida de gobierno; por no se consideraba prescrita todavia su peculiar denominacion ni detalladas sus atribuciones y facultades; porque no estaba aun determinado el tamaño de la representacion que tendria en la sociedad, ni se habia avaluado el peso de que debia encargarse: aunque se abriese campo para sospechar de sorpresa o precipitacion, por no haberse dado tiempo para fijar la opinion, ni poder fijarlo de un golpe diputados incautos y novicios recién venidos de los ultimos reductos de la Republica: aunque una deliberacion de este orden por su gravedad e importancia se expusiese a riesgos a causa de la poca fuerza diseminada en las provincias, que facilmente exitable por los postergados y quejosos podia parar en una peligrosa disencion: y aunque se dudase por ultimo del allanamiento del que era llamado especialmente por la espresion general y que ausente del Peru y ocupado en otra Republica, la discordia era cierta, sino se presentaba al punto en la capital: el Congreso debio proceder a ella, debia ceder y someterse al imperio de una tan urgente necesidad: la Republica tocaba en grandes conflictos y el desorden progresaba con rapidez, debio acelerar este paso porque era el unico que podia balancearlo en sus dificiles circunstancias. Si se deseaba firmeza y precision en el gobierno era a mas indispensable la propiedad: el que conoce el corazon humano sabe cuales son los resortes que le dan energia y constancia: las acciones del hombre no se determinan sino por el honor y la fortuna, pero es necesario que la sigan de cerca y se hagan inherentes a su posicion.

Es cierto que este procedimiento esta fuera de las leyes comunes y prescritas; pero tambien es cierto, que la politica no es de rutina, que es la ciencia de las conveniencias y la analogia de la ley con las circunstancias. Nada importa que se haya improbadado y zaherido tan fuertemente nuestra conducta, el acierto sera siempre nuestra ultima vindicacion: a el se debe la marcha tranquila y vigorosa de la Republica.

El Congreso aun no conocia partidos, si los ha habido; si en toda corporacion los cria la diferencia de la opinion, y los fomentan el tiempo y las pasiones. Se hallaba en la coyuntura favorable de obrar con cordura e imparcialidad; era el tiempo oportuno de prevenir los desastres de la desavenencia, y precaver honrosamente los de las aspiraciones. Hay males que causa la dependencia mutua entre un elegido y el que elige; el juicio sigue las mas veces al corazon y produce disgustos que degeneran en venganzas, o complacencias que empeñan y esclavizan la voluntad. Un Congreso constituyente debio evitar a todo transe ambos males, repeliendo de si todo estimulo de queja o de gratitud.

Autorizada previa y provisionalmente la Constitucion Peruana del año de 823, resultaba asi mismo autorizada y legalizada por el derecho de las naciones nuestra eleccion. Ella prescribe ser un Presidente el gefe de la Republica y le designa sus atribuciones. No podia tener otro caracter por esa Constitucion, que pueblos libres habian aceptado con gusto y con placer y que pueblos fieles la habian respetado hasta declararse por su menos posible variacion. No podia ser otro en la forma de gobierno republicano, adoptada por la voluntad general.

¡Que flanco tan grande se habria presentado a la ambicion y a la intriga, si nos hubiesemos dejado arrastrar de teorías! Los enemigos domesticos habrian hallado campo franco para minarnos y anarquizarnos, mientras que los exteriores suspicaces y fecundos en recursos y asechanzas, comensaban ya a acumular cuidados sobre nosotros por el sur y por el norte. La obra de constituirse no era obra del momento; meditada y lenta por su gravedad e importancia debia absorber mucho tiempo y mucho espacio. A espaldas de ella esos mismos enemigos colocados en puestos tan ventajosos y con una tactica menos implicada que la nuestra, se habrian criado fuerzas, intrepidez y resolucion: y nosotros fluctuantes a merced de los baybenes de la contradiccion y las calvas, caminariamos sin un guia seguro y de confianza que dueño de su posicion fuese capaz de responder de nuestra suerte; y nosotros faciles de corromper por nuestra insipiencia, habriamos dejado

perder esos instantes pasajeros de entusiasmo, cuyo empleo oportuno es el principal resorte de la subordinacion de los pueblos.

Partida la opinion entre dos dignos y famosos generales, se declaro por el que al credito de sus virtudes morales reunia grandes conocimientos politicos y pericia militar: conocido por ellas, mas conocido por el triunfo de Ayacucho y por su conducta sagaz y firme al lado de un dictador temible y suspicaz, reconcentro en si todos los votos de los pueblos. Su horado competidor no se hallaba en iguales circunstancias; permitaseme prescindir de esta materia, el paralelo es dificil y delicado, corresponde al publico; un particular teme ofender la verdad o comprometer alguna de aquellas pasiones de que no es facil desnudarse. El resultado fue que tranquilo en la preferencia, conserve intacta la opinion que justamente se habia adquirido por su talentos y servicios: la Republica lo cuenta entre sus defensores y garantes. Las renunciias suyas que publicaron los periodicos, tal vez el cargo del poder transmitido por un dictador que era la causa de nuestro desasosiego, y tal vez tambien la misma revolucion producida bajo de sus auspicios y nombre produjeron la dididencia, y decidieron del suceso. Los animos republicanos son demasiado escrupulosos de su libertad.

780

Se vio luego ir disipando el nublado a grandes pasos. El gefe electo se presento en la capital recibio el mando, y desplege aptitudes que prometian y aseguraban el exito y el acierto. Con esa menos distraccion y con mas seguridades, pudo fijar el Congreso su atencion en constituirse. Se designo al caso la comision que instruyese su proyecto; yo no fui entonces de su numero. Mientras se determinaban y combinaban las bases, se agitaron varias cuestiones importantes, tres de ellas muy graves y embarazosas por su trascendencia y resultados: la ley de amnistia, que no acabo de sancionarse, la ley de contribuciones directas y la de facultades extraordinarias. Debo decir previamente que a ninguna de ellas concurri con mi sufragio, pero debo tambien hacer justicia a la sana intencion de los que las propusieron.

La ley de amnistia se presento desde luego desfiguraba en el modo y en la substancia: concebida en varios articulos, algunos de ellos, sino se contradecian directamente, se embarazaban unos con otros. Tan estraña combinacion provoco y la hizo sufrir muchas e indecorosas interpretaciones, dando margen a desconfiar de su origen y de su fines. Se atribuyeron de paso por inferencia a timidez; a venganzas y aspiraciones. No era de creer que

adolesciese de tales vicios a pesar de las excepciones que arguían contra ella y bien se dejaban traslucir sus dos útiles y fructuosos objetos: el primero y principal, era sofocar la discordia de opiniones y que desapareciesen a su consecuencia las sospechas y acriminaciones personales tan frecuentes como ruinosas en una naciente sociedad. Si se avocaba la costumbre, si era deber de un Congreso constituyente dar principio a sus tareas con esta gracias, entonces más que nunca la indicaban la necesidad y la justicia. Renacían y se alentaban los discolos y descontentos, y la experiencia madre de la verdad hace ver, que las pasiones y la discordia con nada mejor se destruyen que con la indulgencia y suavidad, ni puede ser de otro modo en una masa grande y heterogénea. La uniformidad civil aunque no sea más que aparente es la verdadera fuerza de una sociedad, ella aproxima las afecciones, las liga y concurre a consolidar la unidad y la paz. Siempre se mirara como pernicioso e injusto todo juicio que recaiga sobre las opiniones que han producido las circunstancias, la inesperienza o la ilusión: difíciles de distinguirse sus principios, se lastima la justicia suponiéndolos siempre delincuentes. Los satélites de las facciones proscriptas caen con todo su influjo, cualquiera que haya sido su tamaño; flacos por el general abandono y tímidos por la naturaleza de los mismos sucesos, no son capaces de emprender, ni de emprender con sucesos: desde entonces se hace inaplicable el rigor de la justicia, pues la persecución ya no produce las utilidades de la ley. Los gobiernos son y serán siempre el producto de las revoluciones, y sean siempre el producto de las revoluciones, y sean cuales fueren sus bases, los gobiernos arrastran insensiblemente a la multitud: llamarla a juicio sería arrazar con la sociedad entera, cuyos matices son muy delicados para poder distinguirse. La prudencia es la rienda suave y primera de los estados; y ella consiste en saber dar vado a la impudencia, y evitar el frenesí de la exasperación: pasiones furiosas, tan fáciles de exaltarse, como difíciles de contenerse y que han causado innumerables males a los pueblos. La amnistía es una atmósfera benigna que cubriendo con igualdad a todas las clases de la sociedad mezcla sus partes, las amalgama, las da una sola forma, las reviste por decirlo de una vez de una misma complexión. Es un bálsamo saludable para toda clase de heridas. Las naciones más bárbaras la adoptaron y debe su origen a las más belicosas y feroces. Grecia y Roma, cuyos principios políticos son tan ponderados por exactos, la prodigaron con frecuencia y con fruto, y no ha habido gobierno que no la haya usado aprovechando de sus seguros y conocidos efectos. Nuestras Repúblicas contemporáneas empezaron por ella, y el Perú benigno y dócil por naturaleza no podía dejar de imitar tan bellos ejemplos.

A la fuerza de estos sencillos raciocinios, la ley fue aprobada en la parte en que la amnistia se declaraba absoluta. Si no se publico entonces, fue porque entorpecida desde luego por sus mismas exepciones, no se dio lugar a la sancion de estas: acaso no era tan necesaria su publicacion, puesto que la amnistia estaba de hecho en el Peru al que le es casi connatural por caracter la apacibilidad.

Versandose dichas exepciones sobre los que principalmente disolvieron el Congreso del año 23 en Trujillo, y los que impidieron por medios indirectos la instalacion del de el año 26 en Lima, debieron no ser tan facilmente olvidadas y aun parecian justas y necesarias: nadie dudo entonces de la importancia de este segundo objeto politico. Atentados de aquel orden son muy graves, son mas graves cuando se cometen a merced de las bayonetas: si estas era aun entonces para nosotros equivocas y debiles, era indispensable poner a salvo al Congreso de sus agreciones usando de los medios de precaucion posibles en las circunstancias, sino suficientes: medios de precaucion que sin hacer verter lagrimas ni dejar resultados ruinosos, pudiesen contener de algun modo la insolencia y evitar los alientos del ejemplo; es por esto que no designado penas ni provocando a juicio, no hacia mas que dejar abiertas las causas para imponer y retraer con su aparato. La clausula restrictiva de que su calificacion y duracion *estuviesen a juicio del Congreso* era el modificativo o mas bien el paliativo de la ley; pero los diputados cuya probidad y mansedumbre no se aventuraban a continjencias, reusaron ceder a esta medida politica. Aunque el suceso del año 26 fuese aun muy reciente, aunque se señalasen con el dedo los que concurrieron a el, entre ellos algunos empleados y de opinion, se dudo de las intenciones de estos, de su poder e influencia, se desconfio de las mismas exepciones que jeneralizadas por la naturaleza de la ley no podian limitarse a ellos solos. Es verdad que el dictador debia tener partidarios y que una parte aunque pequeña de Lima se pronunciaba tambien por Riva – Agüero, ambos autores principales de las defecciones pasadas: pero importaron mas las justas razones con que fue impugnado el proyecto, que las probabilidades que lo apoyaron; era mejor dejar las cosas en el estado en que estaban, que incitar el terrorismo. Yo me incline tambien a este partido, a pesar de que previne el objeto y penetre en el espiritu de la ley.

Me incline digo, porque no he creido en vitalicios: asi se han llamado por apodo a los partidarios de Bolivar: menos he creido que pudiese obrar los

de Rivaguero, faccion debil y miserable; entonces manifieste mi opinion. no he creido, vuelvo a decir, que hubiesen peruanos tan desnaturalizados que quisiesen vender por otro a su patria; si los hay, el mismo hecho indica que debian carecer de recursos y de talentos: ¿Quien no ve que estallarian luego vergonsoza y desgraciadamente sus planes? Bastaba observar de cerca la direccion de la Republica y pesar sus circunstancias, para ver desvanecida toda sospecha: la impulsion de las provincias interiores de claradas enemigas de todo sistema que no fuese liberal, era constante y era firme. ¿De Lima se queria recelar mas? Pero Lima contenta con su modo de vivir, Lima debil y tan cansada que ya tocaba en indolente, Lima orgullosa y entusiasta de sus derechos y libertades, no aventuraria su suerte, su credito y su fortuna a caprichos y empresas que trastornasen su existencia tan penosamente recuperada. ¿Cual es el caudillo que pueda arrastrarla o seducirla? Lima no profesa adesion especial a persona determinada, ni rinde ciega subordinacion a nadie: no hay poder o imperio particular que la obligue a sacrificios y peligros. El cebo del pillage puede ser estimulo para la gente soez y baja, pero no era este el objeto de la cuestion. Las calamidades civiles pueden moverla alguna vez, pero cederá al momento que se encuentre con resistencia. Este es su caracter: discordian mucho sus gentes entre si, dice ademas un extranjero observador, y donde no hay union no pueden darse planes concertados y seguros. Yo concluido todo, que no habia que temer del influjo de los partidos: si me engañe entonces, mi error no ha sido perjudicial.

La ley de contribuciones directas. Por muy complicado que sea el sistema de economia politica, comienza y acaba en la nuestra por estas dos sencillas proposiciones. 1.^a Las contribuciones deben ser proporcionadas a las necesidades del estado. 2.^a Deben ser gravados unicamente los brazos y ramos productivos, y tambien en proporcion. La ciencia toda de la administracion consiste en la fidelidad y simplicidad de nuestras exacciones. El estado general de los ingresos corrientes y de las inversiones precisas aclara y absuelve la primera, y basta el conocimiento practico de nuestras ocupaciones y giros nacionales para dirimir la segunda. Las combinaciones metafisicas de adelantos quiebras y reproducciones, los proyectos arduos de aplicabilidades y arbitrios seran adaptables para otros paises y en otras circunstancias; no lo son para el Peru que careciendo de capitales y no teniendo comercio activo, desconoce todavia los medios directos e inmediatos del trafico y de las ganancias; que reducido a la explotacion eventual de minas, y a una miserable agricultura de consumo, no sufre en su estado presente otra contribucion que la directa. Calculense en hora buena las indirectas sobre las negociaciones extranjeras, en las que esta refundida toda la riqueza de la nacion; ellas deben

dar cuantiosos productos al erario que siempre seran ruinosos a la multitud, pero entre nosotros que no conocemos fabricas, que aun las bastardas y pocas que sirven de fomento a algunas pobres provincias hoy se disputan y se quieren suprimir a merito de especulaciones capciosas y de sofismas sugeridos por la mala fe: entre nosotras que no tenemos exportacion y que todo lo consumimos del extranjero, ni pueden tener lugar, ni pueden dar un resultado que no sea pernicioso al comun. Si hay alguna que a primera vista se presente facil y exequible ademas de ser gravosa y perjudicial, sera odiosa, sera fraudulenta y apenas alcanzara a mantener a sus agentes; hablo de las aduanas interiores. Es verdad, que esta especie de contribucion se reputa por la mas justa, es la que se siente menos y es la mas conforme a un sistema liberal; pero acusemos a nuestros circunstancias y atraso si no nos es posible su aplicacion, ni sera suficiente su producto a llenar, en el grande conflicto en que estamos, nuestras urgentes y multiplicadas necesidades. En conclusion es quimerica toda analisis que recayga sobre nuestra pobre industria productiva.

Una sola observacion: el movil y el agente del comercio y de los giros es el pecuniario; la riqueza de los pueblos esta en razon de la cantidad que circula: o su mayor internacion o su menor extraccion dan el avauo de esa cantidad. Cuanta mas o menos haya de ella, circula mas o menos, hay mas o menos negociaciones, hay mas o menos riqueza. Si es constante que el Peru no tiene internacion alguna de pecuniario algo mas, si no tiene canges que lo subroguen, su circulacion esta reducida al que da el pais. El primer extremo es pues nulo.

El segundo se puede medir por la amonedacion. Si la amonedacion es de cuatro millones, el pais es rico como cuatro; si la extraccion es de los cuatro, queda en equilibrio, si es mas de los cuatro camina a su decadencia: del Peru se extrae mas del que se amoneda, el Peru camina necesariamente a su decadencia. Este argumento tan concluyente, no seria ruinoso, si hubiese canges; pero no los hay. La nacion debe observarlo, la nacion debe propender a que suceda la menos posible extraccion: y uno de los medios mas llanos y positivos debe ser el domento de nuestras fabricas.

Limitada la teoria de hacienda a no gravar mas de lo que puedan sufrir los pueblos, y a gravarlos con la posible igualdad, debe ser muy facil y simple por ahora. El clamor de las necesidades del erario, los planes espesiosos de arbitrios, los adornados discursos ministeriales, todo es inoportuno inutil y

vago. El Peru no puede cargar sobre si, ni mas, ni otra especie de contribucion. El ultimo recurso que le queda, tal vez grande y efectivo es la rectificacion de sus rentas.

Mientras recibe la mineria el impulso de que es capaz, y mientras se fomenta y prospera la agricultura base cierta y segura de opulencia, toda la atencion debe recaer sobre activar y valorizar nuestra industria. Un solo paso seria bastante tal vez a producir este benefico efecto, la prohibicion de la internacion de lo que, o podemos pasar sin pena o proporcionarnos equivalente. Todas las naciones nos dan esta importante leccion ¿y porque no la tomamos? Si se previniesen luego los fraudes de que abundan las exacciones y aplicaciones de la contribucion, si se modificasen las del pobre y elevasen las del rico, si se regularizasen las rentas y los empleados, y se ordenasen y pusiesen en exacto las ramificaciones y atenciones del ministerio, habriamos tal vez equilibrado nuestras relaciones economicas y completado por ahora nuestro sistema de hacienda.

Por desgracia carecemos del conocimiento y avaluo de todas sus importancias y estamos reducidos a comparaciones vagas e inexactas. Carecemos tambien de los documentos y razones de los estados, por el embrollo de los archivos y la mala versacion de los administradores; efecto necesario del trastorno de las revoluciones y de la variacion de sistema.

785

Pero no ignoramos, que pesan sobre nosotros una enorme deuda exterior con dividendos progresivamente acrescientes, otra deuda interna acaso de igual tamaño, premios reclamados, indemnizaciones justas y contratas insolubles. Sabemos que tenemos que mantener ejercitos al sur y al norte en estado de accion y movilidad, marina de respeto y en defenza, guarniciones locales con los consiguientes subsidios. Sabemos que tenemos que proveer a un numero asombroso de empleados con rentas exorbitantes al Congreso y a la planificacion de la Constitucion.

Este melancolico cuadro se puso a la vista del Congreso sin orden ni exactitud. El solo embarazo de la practica habia hecho notas un deficit regulado en ochocientos mil pesos en el año 27 para el lleno de los gastos naturales. La ley de patentes que poco antes se habia promulgado y aun comenzado a establecer, no regia en la parte mas util y exequible: las provincias estaban sometidas a ella en lo respectivo a su industria rural, es decir en lo respectivo a la subsistencia de la clase pobre, y las capitales habian sabido eludirla en lo respectivo a su industria fabril y de comercio, es decir,

en lo respectivo a las grandes ganancias de la clase rica. El modo indiscreto de su planificacion, y el clamor de un pueblo indistintamente empadronado impulsaron al gobierno a dictar una providencia absoluta de suspension, no debiendo ser sino modificativa.

En los conflictos del erario, en el desengaño practico de no poder ser cubiertos con otras contribuciones, la ley de patentes debio ser insinuada con prudencia y sostenida con energia. Una vez indicada, su arreglo ya no dependia sino del corto trabajo de darla igualdad y proporcion. El ejemplo de las naciones ilustradas, y las reglas conocidas de este mismo ejemplo, la hubieran dado impulso y perfeccion. Estaba casi entablada entre los indigenas, y habiendose designado con la pequeña cuota de un tres por cierto sobre los utiles, era consiguiente su exequibilidad por su analogia y moderacion.

No seria preferible, es verdad, en otras circunstancias. Las contribuciones directas adolecen de muchos vicios y hieren a la equidad, a la justicia y al bien estar. Su primer defecto esta en su notable desigualdad, tan injusta como irremediable. Todas las clases, condiciones y manejos son gravado indistintamente sin proporcion a su importancia y productos, y sin atencion a las quiebras y menoscabos eventuales: son las mas susceptibles de fraudes y de abusos por su inconstancia y variabilidad; su misma facilidad hace complicar las cuentas, confundir y viciar las matriculas. El vago y el holgazan ganan con ellas son penados el trabajador y el artista: ellas paralizan la industria obrera, perjudican á la agricultura, son un obstaculo a la poblacion, y retrazan sino impiden toda mejora o adelantamiento; cargan sobre cosas que tal vez no son productivas y cargan mas sobre la clase infima y necesitada; igualan al pobre con el rico, al debil con el fuerte, al padre de familias con el discolo; aquellos sufren una dolorosa y enorme lesion en su substancia, mientras que estos apenas la sienten; unos son comprendidos en todo su rigor, otros las eluden con facilidad. Las recaudaciones no dependen como debian de los generos y producciones, se hacen exclusivas al pecuniario existente, que ni es la principal riqueza, ni siempre es el fruto de la accion: se hacen a plazos señalados que pueden ser las mas veces el tiempo de la indigencia; se hacen por exactores infieles, avidos y duros. Con razon se ha deducido, que los pueblos para ser gravados con esta clase de contribuciones, deben estar en un grado eminente de ilustracion y de actividad: antes de esto no hacen mas que enervarlos y abatirlos; y la historia lo dice.

Pero las urgentes necesidades de la Republica no dieron lugar a detenerse en inconvenientes que el tiempo y el trabajo debian por otra parte reparar. Sera siempre una verdad, que menos pierde un estado con el aumento en las contribuciones actuales que con la fundacion de otras nuevas; y sera otra verdad que no deben ser derogadas unas antes de suplantarse otras, porque no pudiendo hacerse esta mudanza de un golpe, su sagaz y lenta insinuacion no llena los vacios que van quedando en el intermedio.

¿Que pudo haber hecho el Congreso? Asi es que desechada toda otra contribucion, aunque apareciese obvia, apelo al recurso unico y cierto que se le presentaba, el de anivelar a toda la Republica en la directa, haciendola extensiva a las capitales. El nombre de patentes se habia hecho odioso; pudo suprimirlo a merced de algunas modificaciones de poca importancia y la calidad de provisionales. Otra nueva legislatura proveida de datos y de experiencia, sistemara este plan, tal vez decretara la derogacion de la pequeña industria tan perniciosa y tan opresiva; ella dara reglas a un ministerio que no las tiene; ella organizara con el espacio que no le ha concedido a este Congreso este ramo fundamental y el mas importante de la nacion; el baluarte de la paz y seguridad, y la fuente de las desgracias o felicidad de los pueblos, de su prosperidad o decadencia, de sus lagrimas o consuelo.

La tercera ley que concedia facultades extraordinarias a la autoridad suprema de la Republica, ha sido la piedra de escandalo para los democratas rigurosos y un objeto de satira para las republicas vecinas. Sin atender estas a que ellas sucumben al abyecto sistema del absolutismo, peor mil veces que el ensanche provisional que hemos dado alguna vez a nuestro gobierno, lo han calificado maliciosamente por el nombre y no como debia ser por su objeto. Las facultades extraordinarias no tienen mas riesgos que los del momento, el poder vitalicio los tiene siempre, es tiranico, o no le falta sino un paso para serlo: aquellos se pueden precaver por los mismos pueblos que las dan y las observan, los de este tienen atacan a personas determinadas, estos a toda la nacion: las circunstancias pueden obligar a este expediente politico del que casi siempre se han reportado ventajas, pero no puede haber circunstancia que autorize y abone un poder eterno y absoluto.

Bien es verdad que el error ageno no debe subsanar el nuestro. No hay punto de comparacion entre uno y otro, pero no por eso hemos salvado de la imputacion de faciles de lisongeros o de inconsecuentes a los principios. Repugnan las facultades extraordinarias en un sistema democratico liberal y justo; repugnan en una Republica naciente, cuyas instituciones nunca mejor

que en sus principios deben marchar a paso recto firme e invariable; repugnan aun mas fuera del caso de guerra actual o de inminente conflicto. Es muy doloroso y terrible que el ciudadano sea indistintamente amenazado sobre su vida, sobre su honor y sus bienes, y que sea condenado a una pena no esperada sin causa previa y legalmente substanciada. Esto solo basta a desordenar respecto y atrae sobre el ejecutivo el odio de la nacion. Esto solo echa por tierra todas las garantias sociales y hace desaparecer el unico sosten de una sociedad republicana que es el equilibrio e independencia de los poderes. Se cria uno, que los pueblos no pueden ver con frialdad y que la historia lo asienta en la escala inmediata al despotismo; uno que se pudo entonces mirar como la mayor traba para constituirse libremente, que llevaba sobre si con desdoro la marca del terror y de la desconfianza; que es en una palabra, el oprobio del derecho publico de las naciones.

Pero era necesario para juzgar de el, haber palpado la dificil actitud en que se hallaba el Peru. Debil en su estructura, debil en su administracion, sin fuerza moral ni fisica, sin constitucion ni leyes ciertas, era combatido a un tiempo por las opiniones peligrosas del espiritu y por las pasiones tumultuarias del corazon: comenzaba a manifestarse la impudencia sin disfraz y se ponía en juego todo genero de licencia, papeles subversivos y pasquines, robos, insultos y asesinatos, indicios claros de una perversidad meditada y sintomas precursores de las explosiones. Cuando no llegasen a su complemento, la desconfianza y el descontento que infundian en un pueblo, facil de persuadirse, que se le debe todo lo que quiere y que todo lo pueden sus fuerzas, exigian precaverse y templarse. La poca fuerza armada replegada toda a los dos extremos de la Republica por circunstancias que obligaron a esta necesidad y que dependian de la prontitud, habia dejado las provincias, inclusa la capital sin las guarniciones correspondientes y abandonadas a si misma. ¡Que tiempo tan a proposito para una empresa, que oportuno para que faccionarios habiles y diestros supiesen aprovechar de el! La capital arrastraria las provincias y la autoridad politica en el fervor de las garantias, sin poder bastarse a si misma, sucumbiria tal vez a una maligna maquinacion. El Congreso insultado, ridiculizado, blanco de la maledicencia, correria peligros que se llevarian consigo toda la suerte de la nacion.

La fuerza es y sera siempre el diploma de los gobiernos el baluarte de la tranquilidad de los pueblos: ella sola pone a nivel a los hombres y a sus pasiones; pero el soldado no se forma muy facil ni prontamente, se cria

despacio, y mientras se le daba caracter, debio su falta ser de algun modo relevada.

Las causas de las conspiraciones han tomado tales lecciones de la experiencia, que se ha hecho dificil sino imposible darlas direccion segura y sacar de ellas el provecho que se espera. En el orden adoptado, ninguna se puede ya poner en claro; una logica capciosa y refinada sabe oscurecer el origen. que siempre es oculto, cohonestar los medios que siempre son varios y equivocos y debilitar las pruebas que nunca son terminantes. Es necesario aprehenderlas en el hecho y deducirlas de los mismos sucesos, cuando el mal esta consumado. Elevadas las garantias y amuralladas por las leyes de un modo tan extraordinario y mal entendido, ellas mismas, sin poderlo evitar, patrocinan la impunidad de los mayores atentados; los juicios lentos y de rutina no hacen mas de apagar en su debil curso la mayor negrura, dan un espacio bastante para prevalerse de empeños e insinuar la conmiseracion hasta que producen el olvido: entre tanto la impresion queda en los animos, los ejemplos cunden y dan aliento, y aunque se logre cortar el riesgo presente no se evita el inmediato.

Los pueblos deben vivir en subordinacion racional, y el grande resorte que los contiene en ella es el temo. Algun terrorismo es menester, decia un grande politico para contener sus desbordes: no bastan el honor ni los sentimientos generosos, porque a la par de ellos, hay tambien ambicion y pasiones desenfrenadas.

789

Asi, cuando el Congreso concedio las facultades extraordinarias, fue a la fuerza de la necesidad y del conflicto. Acaso no serian sino de mera teoria; las manos en que se depositaban eran justas y prudentes; es necesario decirlo, repugnaron encargarse de ellas. Solo su aparato ha bastado tal vez a producir los efectos que se esperaban, y ha salvado a poca costa al estado de la crisis funesta que le amenazaba. Las circunstancias han variado, ya no son necesarios; han desaparecido los motivos, se ha jurad la constitucion, el poder ejecutivo ha entrado en su orbita.

Llegado el caso de sentar las bases de la constitucion politica, la comision encargada del proyecto presento esta “la forma del gobierno del Peru es popular representativo consolidado en la unidad” Proposicion exacta, que al primer golpe de vista ofrecia todo el plan y que llenaba sin duda todos los votos de la nacion. Solo se deseaba que se organizase el sistema centralizado de un modo que se aproximase al federalismo. Es muy lisonjero

governarse por si mismo; pero puesto que nuestras circunstancias no nos lo permitian, debiamos al menos prepararnos y adoctrinarnos para cuando llegase su caso por los medios posibles y conformes a ellas.

Aunque la comision lo ofreciese asi en el informe con que acompaño la base, no se ahorro los debates acalorados que era propios de la vehemencia de aquellos deseos muy naturales. La facilidad de producir y sostener raciosinios cuando se recorre el campo de las abstracciones, hizo demasiado vigorosa y casi interminable una disputa, que si reposaba por una parte en la teoria mas hermosa y alagueña, tropezaba por otra con obstaculos e inconvenientes en la practica. La variada y multiplicada combinacion de que era capaz el desarrollo de la base, debio producir desconfianzas; debio despertar tambien los antiguos zelos de las provincias con la capital. Desde entonces la cuestion se hacia mas grave y sostenida; pero era forzoso dilucidarla sin un espiritu tan parcial y prevenido: ella debia decidir de la suerte de una Republica inmensa, era necesario no engañarse y buscar sin alucinacion su desenlace.

Si se deseaban en el sistema la conveniencia y la practicabilidad era incuestionable la consolidacion unitaria, por unica adaptable en las circunstancias a la masa grande de la nacion, a sus limitada aptitudes, a su pobre ilustracion y a sus costumbres. Circunstancias que no deberan subsistir por mucho tiempo, si subsisten nuestras instituciones. Un gobierno centralizado por mas regularizada que sea su organizacion, figura siempre una monarquia, de que estan muy cansados y desengañados los pueblos: sus fundamentos son con bastante aproximacion casi los mismos que sisteman el absolutismo, poder terrible, la causa de nuestras lagrimas y de nuestros sacrificios: se encamina a el cuando menos, por mas severas que sean las precauciones que se arbitren. Ni puede dejar de suceder de otro modo; la fuerza, la haciencia y los destinos se ponen en una mano, y millares de hombres penden de la voluntad de uno solo. Sola la virtud y el amor a la patria pueden impedir este paso.

La capital sigue la razon de las cosas, como la autoridad civil la de las persona. La Capital se hace por necesidad el punto centrico y exclusivo del poder y de la grandeza: refunde en si los hombres utiles, los caudales y la industria: circunscribe a su recinto las luces, las invenciones y el comercio, y las circunscribe de tal modo que se hace la absoluta y la avara de su posesion.

Las provincias enduran la mas odiosa e injusta postergacion; representan muy poco en la asociacion politica, y no son sino los talleres del engrandecimiento de aquella: sufren la injuria de la abyeccion y tal la de la ignominia y el ridiculo: humillante dependencia que no podra compajinarse jamas con esa ambicion y orgullo, ni su espantosa desproporcion podra producir la uniformidad de sentimientos ni la conformidad de animos tan necesarias para la estabilidad de una sociedad: solo de la igualdad en las afecciones y derechos se pueden esperar justicia y felicidad.

Lima es el ejemplo mas vivo de esta verdad. Constituida en soberana mientras ha sido metropoli de las colonias españolas, ha dispuesto de todas las producciones sin haber concurrido a los trabajos, ha dispuesto de la gloria sin haber concurrido al peligro, ha dado leyes sin saber obedecer. Esta politica injusta y perjudicial debida desde su fundacion al favor de leyes barbaras y de privilegios escandalosos ha formado sus altivas costumbres y ha dado en trescientos años de experiencia y de sufrimientos lecciones muy enerjicas a las provincias.

A virtud de las nuevas instituciones entrara Lima en equilibrio con ellas y se hara forzoso que se confiese su igual en derechos y deberes. Su prelación sera en solo el nombre sus viejas distinciones se limitaran a las que le pueda dar unicamente el ser residencia de los supremos poderes, y no reportar mas ventajas que las que le presten su accion y la naturaleza: ventajas positivas que no admitirian rivalidad, si aprendiese a existir por si sola y se crease recursos propios: ventajas reales que bastarian a su verdadera opulencia, si una tactica colonial no la hubiese edificado entre la holganza y el lujo, sino la hubiese reducido a vivir de empleos y distinciones y la hubiese sumergido en la corrupcion y en los vicios. Si algun dia llegase La Republica a federarse, Lima debe ganar y sobresalir, entonces aislada asi sola, sabra aprovechar de sus fuerzas y elementos naturales; hoy no los conoce o los desdeña. ¿Como podra hacer positivos y seguros progresos mientras esta reducida a puras relaciones estrañas y eventuales? ¿Con tan precaria existencia, no esta visto que camina a una decadencia cierta y desgraciadamente muy proxima? Desaparecido el gobierno colonial y desaparecidos con el los capitales que hacian su opulencia accidental, el comercio extranjero que es el unico que se cree que la vivifica, no hace mas que arrebatarle su substancia sin dejarle mas que el ruido de su fama.

Su sentada primacia y las comodidades de que abunda la llaman a ser capital de la Republica. Amaestrada en la politica, rica, central y

respectivamente la mas poblada, ella sola entre las demas puede condecorar y dar vigor al gobierno: sus recursos son el sosten de la fuerza y respeto nacionales, y su ilustracion el apoyo de la libertad: su magnificencia, sus delicias y placeres son la magia que reúne todos los votos a su favor. Si era necesario que hubiese un punto de preferencia sin perjudicar a la igualdad; este punto no podia ser otro que Lima.

La igualdad debe buscarse en su espiritu y no en los prestigios de la novedad: la igualdad bien entendida, que es el alma de las sociedades modernas y sabias, que ha sido el objeto de la contienda de los pueblos y el premio de sus esfuerzos. El abuso que se ha hecho de este sagrado nombre y las equivocaciones con que se le ha pronunciado han dado origen a muchos desastres y causado muchas desgracias; es preciso no engañarse. Para proceder con toda seguridad seria necesario determinar su acepcion, señalar sus limites y definirla con exactitud. ¿Pero quien podra describir su forma verdadera y recorrer sus delicadas graduaciones? Lo que solamente se sabe es que no es exacta en el sistema unitario, que no se le puede dar en el firmeza ni estabilidad, que la cercan riesgos continuos e inminentes: pero de exponerla a una perdida total, vale mas permitirle alguna quiebra parcial siempre que consulto de un modo practicable los intereses y derechos de la nacion.

792

La igualdad es visto que gana en perfectibilidad en el sistema de federacion. Aunque en este no sea libre enteramente de contrastes y de vicios, pero son menos. Los pueblos por una inclinacion natural e irresistible se precipitan hacia este sistema y nos engañan. Sobre otras mil formas de gobierno a cual mas ruinosa y funesta, la de federacion es la unica que establece la igualdad de un modo que parece que constituye su esencia. Por eso es este el sistema mas justo que casi completa la ciencia de los derechos naturales y sociales: tan benefico que derrama los alivios y el consuelo sobre la debilidad y miseria humana y tan lisonjero que absorbe todo el embelezo del entendimiento humano: el es apoyo de la ilustracion, mobil de la verdadera prosperidad y grandeza y fundamento de la felicidad de los hombres; es la ultima analisis de nuestros conocimientos y el resultado de la ciencia de la politica tan largos años mendigando y que yacia escondido en un rincon de la Europa.

Pero por desgracia aun no somos bastantes para adoptarlo: aun no podemos lisongearnos de la ilustracion que requiere su eminente teoria para

saber evitar la descarga de sediciones a que incita; aun carecemos de costumbres y virtudes para no ser el juguete de la anarquia con que se eslabona, y aun no tenemos fuerza ni contamos con recursos valederos para eludir los proyectos de la ambicion, para la que hay hombres en todas partes. La variedad de clima, de caracter y de usos, inconsiliables entre si por las distancias, nos presajian una continua agitacion, que nos envolveria en zelos y enemistades: la desigualdad de poblacion nos llenaria de demagogos, y la de jiros y caudales de aristocratas.

Los indigenas componen la mayor poblacion del Peru. Enemigos irreconciliables de los españoles por la injusticia y oprobio de una conquista tan perfida como ignominiosa, no se cansan de llorarla y arrastran su melancolico duelo de edad en edad y de jeneracion en jeneracion: mas enemigos de ellos por lo vejámenes y maltrato, que a la par de bestias de carga les han inferido, miran a los que no son de su raza de igual modo que a aquellos, sus descendientes les parecen substitutos suyos y les merecen sino tanta, la sobrada avercion para considerarlos poco satisfechos y complacidos con ellos. ¿Quien no ha visto que con oprobio del suelo que les ha dado el ser, y prevalidos de esta miserable distincion accidental que les da el color, hacen de injustos imitadores y siguen las fatales costumbres y manejos asperos de sus padres? ¿Que es de extrañar que esos infelices abriguen en su corazon el justo resentimiento de su vilipendio y ultraje; ultraje cuya memoria no es facil de borrar de seres racionales y sencillos; ultraje que solo podra apagarse por el tiempo y nuestras instituciones justas y liberales? Pero antes que asome esa deseada mudanza y se cimente en los animos la uniformidad de afectos y sentimientos sera tan peligrosa la novedad como imprudente la division. La Republica unida presenta una valla inexpugnable a los disturbios civiles, dividida seria derribada con facilidad. La identidad de rejimen es la unica que conserva en sus justos limites a las diferentes partes de que se compone; ¡que de peligros si se destruyese esa misma identidad! Esta posicion es violenta y esforzada: seria un absurdo querer relajarla de un golpe. Los indigenas son muchos y su educacion los hace faciles de dejarse arrastrar por el primero que posea el arte de alagarlos y seducirlos: su misma ignorancia, sus lastimosas circunstancias los hacen capaces de los empeños mas temerarios.

El gobierno español severo y tenaz por caracter y mas por una politica combinada, habia sometido a esta clase numerosa al mayor envilecimiento. Envilecimiento que dandole nuevo jenio y nuevas costumbres, distintas de sus primitivas y sencillas, le ha hecho perder casi enteramente el germen de la virtud y aquella moralidad que constituida su union y su amor fraternal. Hoy

es esclava en toda la extension de la palabra, y no sabe sino obedecer y servir; se puede decir muy bien que es el ultimo eslabon de la cadena del hombre. ¿Como sacaria de repente de la abyeccion al rango de soberana absoluta? ¿Como hacerla mudar de puesto, del ultimo al primero, de la cabaña al solio, del cayado al cetro, de la misma estupidez a la luz? Este proyecto tan fuera de los raciocinios justificables, solo puede tener acogida en esos espíritus exaltados y entuciastas, que discurriendo a rienda suelta en el inmenso campo de las posibilidades, desconocen el curso sensillo de las sociedades y atropellan por la historia. La ciencia gradual sera siempre la mas probada y mas seguro el paso indicado por la razon y la experiencia.

Una familia en comun subsiste de poco, en particular no se alcanza. Los pueblos del Peru se hallan cabalmente en este caso; carecen de grandes medios y necesitan ayudarse mutuamente: los recursos que faltan a los unos son reemplazados por los de los otros. Este principio, mientras no se sisteman el comercio y la politica, hace mucha fuerza a la unidad. La sola diverjencia de las provincias de Cordoba y Tucuman ¿cuanto daño no ha ocasionado al Peru bajo? La falta de bestiales de que lo proveia le ha sido sensiblemente tan ruinosa, que ha paralizado enteramente su comercio interior, medio principal de su subsistencia. Para que un pueblo pueda vivir por si solo no debe carecer de los elementos necesarios, debe tener cuando menos los indispensables a sus necesidades naturales; de otro modo se ha dependiente y miserable se hace facil de ser esclavisado. Ninguna provincia se halla en esta favorable coyuntura, ni es posible que se ponga en ella, mientras subsisten los obstaculos de la despoblacion a tan grandes distancias y de la inercia congenial en medio de las mas ignobles producciones. Habra tal vez alguna que aun no tenga noticia de los renglones necesarios a la comodidad y a la decencia, y alguna que aun no conosca el trafico, sus ventajas y utilidades.

Se dice que las mas de ellas abundan en minas y que esta basta; mientras no se diga que prosperan la agricultura y las manufacturas, no basta: la explotacion de minas no es industria que una nacion calculadora deba fomentar con empeño: el metal es un signo, es un medio, no es la verdadera riqueza, mucho menos quando se estraee solamente y nunca se interna. La variedad y capricho de los metales, su consumo irreparable, la pena de las labores, la falta de proporcion entre los mayores costos y trabajo y la menor saca y utilidad, y sobre todo la falta de conocimientos cientificos de que lastimosamente adolece, hacen esta industria eventual tan precaria y tan

insubsistente que no es posible fiar de ella ni darla un lugar preferente entre los arbitrios y medios que deban fomentar o fundar la prosperidad de un pueblo. Si la riqueza del estado se mide por la de los particulares; el estado no adelanta. Gana muy poco y no es rico por este medio. En cincuenta mil habitantes de una seccion minera no se presentan acaso cuatro que merescan el nombre de capitalistas, muy pocos logran conservarse en una mera y ajustada mediania, y los mas sucumben al peso de la indigencia oprimidos de deudas y de litigios. Las malas habitudes que imprime el imponente alucinamiento de grandeza y de fortuna hace ademas peor su condicion: ella nace. necesariamente de la misma naturaleza de esta industria, cuyas bases se apoyan en la suerte y en la aventura.

La explotacion de minas en el modo y direccion que hay tiene, no hara mas que atraer extrangeros avidos que lo consuman todo, no hara mas que provocar la codicia de las naciones y tambien su hostilidad, no hara mas que promover un lujo extemporaneo y tambien la corrupcion. Las minas han causado las desgracias de la America: los españoles no tubieron otro sebo, y todos sus giros y especulaciones se referian a ellas solas. Adolece pues de mil inconvenientes este ramos industrial y no estan productivo, tan util ni seguro como se piensa. Su economia interior lo hace todavia mas pernicioso y detestable: esos socabones, esos yernos, esas nieves donde han perecido y perecen millares de infelicies a la intemperie y a las fatigas, son el escandalo y el llanto de la humanidad y de la filosofia: jamas compensaran los costos sacrificios de la nacion.

795

Pero por desgracia es el unico recurso que ha quedado, al menos al mas exequible y efectivo: paralizados o anulados los demas y reconcentrada en el toda la ambicion del peruano, es empresa dificil retraerlo de el y mas dificil provocarlo a otra parte sin igual estimulo ni esperanzas tan alucinantes. Mientras el gobierno y el comercio tocan en su desengaño, mientras reciben impulso las negociaciones y la industria, y mientras la nacion se halle como se halla, oprimida de deudas y de cargas, la mineria llamara, sin poderlo remediar, su atencion primaria y provicional.

Si la mineria por si sola no es capaz de dar vida politica a una provincia y basta a su federacion, la falta de luces es todavia un obstaculo mas grande e insuperable: es muy vergonsoso confesar a la faz del siglo vivimos tan ignominiosa degradacion; pero lo sera mas para esa nacion injusta que nos consigno en ella. Mas prescindiendo de la misma educacion y de las costumbres que son su consecuencia, estamos todavia muy distantes de

arribar a ese grado de ilustracion que es necesario para la total independencia. El paso de la ilustracion es muy lento: y solo se puede acelerar al abrigo de la abundancia y de la comodidad. Sin estas, sin la riqueza del suelo y el valor de sus producciones que son sus manantiales, no se haran muchos ni grandes progresos en ella. La ilustracion en la masa de la nacion no es la causa, es el efecto de la accion y del trabajo; antes que el saber busca el hombre con que sustentarse, y esto es lo mas natural.

De la abundancia y de la accion deriva la riqueza de los pueblos: dada esta, ya ellos se inclinan por su propio peso a la perfeccion de las artes, a los progresos de la filosofia, a la indagacion de las verdades abstractas. Los pueblos pobres son imbeciles e ignorantes, los ricos son poblados y vigorosos: la poblacion y la riqueza son dos mobiles que determinan la voluntad del hombre al ensayo de nuevos recursos, al merecimiento de los premios que dan las ciencias y las artes, al abrigo que estas prometen y al alagueño estimulo de sobresalir.

El Peru pobre carece de ilustracion: el Peru pobre y sin ilustracion aun no se halla en estado de desunirse. ¡Cuanta tortura sufririan los principios fundamentales de la sociedad, tan ambiguos por su esencia, como capaces de arbitrarias esplicaciones! ¡Cuantos errores no cundirian del seno mismo de la verdad, que alucinando a los unos y alagando a los otros precipitasen a todos en un abismo de contradicciones! No son infundados estos temores, repetidos ejemplos nos dan de esto las Republicas extemporaneamente federadas. ¿Y sin buscarlos en ellas aun antes de entrar en el eminente puesto a que conduce el federalismo, no los hemos visto con dolor en la capital de Lima la mas ilustrada, la mas rica y la mas garantizada del Peru? En ella se han sembrado doctrinas las mas equivocas y sediciosas, principios aislados los mas seductivos y que nada menos han intentado que sumirnos en funestas desgracias y disenciones.

Se ha dicho y en papeles publicos que los pueblos soberanos pueden hacer y deshacer a su arbitrio, pueden deliberar, pueden atacar a las autoridades constituidas. Se ha llamado pueblo soberano a un pequeño y miserable numero de individuos y se le ha dado tanta o la misma facultad que a la nacion entera. Se ha dicho esto, al frente de un Congreso que la representa, que es el organo legal de su voluntad, su confianza y su apoyo. Algo mas, se le ha hecho atacable al mismo Congreso a pretesto de traycionante o de

poderlo ser. Todas proposiciones perniciosas, bastantes por si solas para trastornar el mejor orden y armonia de la sociedad y para pervertir los principios fundamentales que la constituyen. Esto prueba que aun no tenemos luces ni discernimiento o que abusamos de ellas, que no respetamos las leyes, que posponemos al capricho y a la ambicion la paz del estado y que aun no tenemos costumbres. No tenemos costumbres porque no hemos llegado al grado de ilustracion que se requiere para ellas. Sin costumbres no puede haber verdadero patriostimo: el egoista, el aspirante, el perturbador no pueden dar lecciones de amor a la patria. Sin ilustracion ni costumbres no puede haber union ni estabilidad Centralizado con todo el apoyo y contrapeso que nos damos uno a otros caminamos con tanta fatiga, ¿Como iriamos divididos?

Los pueblos son soberanos, es una verdad. La soberania reside en la nacion, la soberania es inenagenable, pero la nacion no puede ejercerla en masa, no puede aun mismo tiempo mandar y obedecer; estos extremos se complican. Delega el ejercicio de su soberania y lo delega de un modo que no contrarie a los objetos de la sociedad. Al delegarlo entra en convenio con sus representantes y les trasmite sus facultades, aquellas facultades que son necesarias al arreglo y orden de la misma sociedad, aquellas facultades absolutas que tienden a su direccion y a su felicidad. Su soberania en cuanto a los efectos acaba en el acto de la eleccion. La misma eleccion debe estar sujeta a la ley, debe ser conforme y arreglada a ella; la multitud no puede conducirse de otro modo. Por eso es que las reuniones de la nacion se hacen colejos soberanos ni deliberantes, ni podian serlo por fracciones. El pacto es entre toda la nacion; toda la nacion no puede convenir a un tiempo para deliberar, pero puede convenir y conviene en efecto para depositar y transmitir su voluntad.

797

Si el pacto es entre toda la nacion, toda la nacion debe concurrir a rescindirlo; una fraccion suya no puede tener esta facultad. Cien individuos, mil, cien mil son nada en la nacion, no espresan todabia la voluntad general; se necesita al menos la mayoria. Esta mayoria basta y entra como calidad en el pacto; porque en el orden y curso de las asociaciones humanas no puede haber conformidad absoluta: mientras no se de esta mayoria al menos debe juzgar de estos fines; de otro modo el interes de los unos, el daño que pueda sobrevenir a los otros harian contrariados, equivocos e insubsistentes estos fines.

Asi como hay un pacto entre toda la nacion, lo hay tambien entre esta y sus representantes. La nacion por un derecho que esta en la naturaleza de

los contratos, tiene absoluta y entera libertad en las elecciones: este derecho es inenagenable e imprescriptible; por este derecho determina las personas; impone las condiciones y restringe las facultades. El representante debe someterse a esta su voluntad, es obligado a espresarla, a modificarla, a interpretarla, a darle fuerza y autoridad. Por esto es que la ley de elecciones nada menos que emanada del derecho comun de las naciones, es la ley fundamental que da perfeccion al pacto. La misma ley previene y modera de varios modos los incidentes que pudieran sobrevivir tunbar o contrariar los objetos y fines de la eleccion. La nacion en masa no puede estar en el centro de las operaciones de los diputados, no puede penetrar en sus miras, no puede preveer sus errores o infidencia ni salir oportunamente a su encuentro; la ley de eleccion salva estos peligros, pone coto y limita su mision a un corto espacio de tiempo. Asi ocurre al daño, lo sobre coge en sus principio e impide sus progresos. Los salva, sugetando al diputado a la voluntad de la mayoria en la que se supone racionalmente el mayor acierto y rectitud y en la que son dificleess no imposibles las intrigas y combinaciones siniestras. Por esta sugesion es que no esta sometido el diputado a una responsabilidad efectiva ni debe contestar de su sufragia sea cual fuere: a uno estar ligado de esta manera, seria injusta la ley que le diese tamaña salva guardia, seria un privilegio repugnante a la garantia que se busca que es la igualdad. De aquí resulta que una parte de diputados que no indique mayoria no es en modo alguno obstaculo al pronunciamiento de la ley, a su validez, al obligatorio sometimiento a ella del pueblo representado por esa parte que no ha concurrido a su sancion. Los salva finalmente por otro medio mas efectivo que es la renovacion de diputados; puede ser distintos en cada sesion. Esta libertad es un freno al diputado, al mismo paso que es una garantia de los pueblos: es una barra que contiene los exesos de aquellos, al paso que defiende los derechos de estos.

Si un cuarto, un tercio, una mitad de diputados que representan otro cuarto otro tercio, otra mitad de la nacion no son bastantes para anular la ley o embarazarla, menos podra serla una fraccion pequena y abyecta. Si diputados nombrados y autorizados legalmente no pueden perturbar la formacion promulgacion y establecimiento de la ley, menos podra hacerlo un pueblo desordenado y en tumulto. Verdades sencillas que a mas de toda la fuerza de la razon, estan apoyadas en el consentimiento expreso y unanime de los pueblos.

¿Puede un Congreso hacer traycion a la nacion, o lo que es lo mismo puede la nacion hacerse traycion asi misma? Este caso es muy dificil, o por mejor decir, no existe: la historia no lo presenta en las naciones democraticas. Los Congresos son los baluartes de los derechos de los pueblos, de su libertad e independendia: mientras ha habido congresos, no ha habido tirania. Los diputados son de la confianza de la nacion y esta confianza jamas ha desmentido en las asambleas. Los diputados son inviolables en sus opiniones, la ley los garantiza por su conducta civil, la nacion los llena de honor y acude a su subsistencia; no hay temor, no hay esperanzas, ni hay necesidad que puedan desviarlos de sus obligaciones y que puedan coartarlos o corromperlos: su justificacion y energia nacen de su independendia. La nacion garantiza al diputado, el diputado es garante de la nacion. Los diputados representan cada uno un pueblo inmenso y ejercen una soberania incomparable sobre toda aspiracion ¿que mas estimulo para rebozar en satisfacciones, para revestirse de fortaleza, para despojarse de pasiones? En un sistema democratico, la ambicion del hombre es la confianza de la nacion; esta confianza bien desempeñaba hace el mayor merito y es la grande escala a los puestos y distinciones; no pueden tener lugar en ellos pasiones viles y degradantes hasta el punto de determinarlos a una traycion. Si hay un modo obvio y seguro que los asegura y los debe lisongear y que esta en el orden racional de los sucesos ¿como preferian otros medios injustos, ignominiosos y arriesgados? Los diputados osn muchos en numero y estan al alcance del estado politico de la Republica, ¿Como podran todos hacer traycion a sus deberes, a los deberes sagrados de su patria? ¿Como ser ganados y engañados tantos? Los diputados someten sus proyectos a discusiones publicas, lentas y reflexivas ¿Como seducir o ser seducidos? ¿Que clase de ofertas, que capciosidad, que medios podran alcanzar a pervertir a ese considerable numero de hombres probablemente esclarecidos, de distintas costumbres y educacion por otra parte , de distinta fibra y caracter, de distintas edades y pasiones?

Mas suponiendo por un instante que un Congreso pueda consumir una traycion, que todos los que lo componen sean debiles y corrompidos y que se alucinen de improviso contra todo principio: suponiendo que la traycion sea tan clara y notoria que no se pueda esconder o difrazar: suponiendo todabia que sea apoyada por la fuerza armada, de la que no pueden disponer inmediatamente los Congresos y cuya inspeccion primaria si la tiene, es al solo efecto de reprimir los abusos de los otros poderes ¿no tiene la nacion medias legales y pacificos de ocurrir a los peligros y cortarlos? ¿Sera necesario un tumulto, un rebelion, la discordia y la sangre? ¿Sera necesaria

esa ley de Creta, condenada a un justo olvido, proscripta por la razon y cuya propuesta sola es la ignominia y el escandalo de los tiempos ilustrados? No. La nacion tiene su defenza y su apoyo en su fuerza moral y en su imprescriptible poder; la tiene en la ley y la razon ; la tiene en su justicia. Si es libre, si sabe apreciar su libertad, si conoce sus derechos, no habra conjuracion que alcance a someterla al yugo y al oprobio. Estas armas solas bastan. Han bastado a salvarla de los terribles efectos que debieron producir los atentados del año 23 en Trujillo y del año 26 en Lima. Los despotas temerarios que a espaldas sus cadenas, sucumbieron Los congresos desarmados y oprimidos fueron victimas de la perfidia, pero ellos prevalecieron.

¿Y quien seria mas culpable en la infidencia de un Congreso sino la misma nacion? ¿No estaba en su mano elegir diputados de probidad de energia y patriotismo? ¿Por que no habia de sufrir algo de sus desaciertos y no habia de esperar pacientes el punto que le designa la ley? La ley es la regla que debe dirigir a los hombres ¿como podra atropellarla la misma nacion interesada en el orden? ¿Como podra trastornar o quebrantar ese orden que le da la vida y hace su felicidad? La ley le designa un termino, que no puede sin crimen ser traspasado; puede prevenirlo, tiene el derecho de peticion, tiene el de la libertar de la imprenta. Antes de ese termino cualquier paso que no este prescripto es violento, tiende al desorden y a la anarquia.

Este termino es el de su mision. El diputado no puedo por si solo violarlo, los pueblos tampoco, pueden revocar los poderes de los diputados antes de concluida la mision. Este periodo preciso es una calidad indispensable que nace de la naturaleza del convenio, es una traba puesta para evitar aquellos males. Un diputado no va solo disponer de la nacion, es un miembro suyo, sugeto a ella y capaz de ser contenido por ella. La nacion carga sobre si todo el peso de su provincia, el diputado representa sus derechos. Los derechos de una provincia no pueden prescindir de los de la nacion: el diputado ya no hace el papel de representante particular, lo hace de toda la nacion; la nacion toda vela sobre el, la nacion toda debe juzgarlos: al pueblo que lo nombro no le queda mas parte que la que tiene en la nacion. Su representacion no es la de un apoderado cualquiera, viene de un convenio bajo calidades determinadas; no puede ser rescindido antes de cumplidas estas. Si esas calidades son indefenidas, como en los Congresos constituyentes, solo pueden ser juzgadas por el resultado; sino son y esta sugetas a constitucion

como en los constitucionales, el diputado es obligado a someterse a esta, y su infraccion abre su juicio ante la autoridad a esta, y su infraccion abre su juicio ante la autoridad que lo designa: esta autoridad es la nacion. La importancia de su representacion y sus grandes objetos exigian indispensablemente tales precauciones y resguardo. Desde entonces su autoridad que nace de la ley no depende del capricho o volubilidad de los hombres; y desde entonces se necesita causa cierta y conocida legalmente para que pueda ver violada: este juicio legal no corresponde al pueblo a quien representa: consumado el pacto corresponde a toda la nacion que ha concurrido al pacto, corresponde al Congreso: a el solo puede estar sometido. Y como no puede el diputado perturbarlo ni ofenderlo, aunque reuse o se oponga a sus determinaciones, tampoco puede ser citado sino por el y ante el. El error puede ser de entendimiento, puede ser tambien de malicia: se necesita de un criterio recto que abrase y deslinde el hecho para distinguirlo; deben haber diferentes modos de procederse y conocerse y estar sugeto a reglas fijas y seguras.

Estos principios parten del derecho natural, sino se tiene por derecho natural la ley del fuerte y la violencia. Es de derecho natural no querer para si lo que no se quiere para otro, no ser condenado antes de ser juzgado y ser juzgado por el que deba hacerlo: es de derecho natural que los pactos obligan a ambas partes y que obligan con todas sus condiciones; que basta que no se declare recision de estos pactos por mutuo avenimiento o por autoridad competente, una parte sola no puede rescindirlos y que aun en el caso de una transgresion notoria y que hiera en su esencia, nunca podra legitimarse su disolucion hecha por la violencia o la fuerza.

801

Asi es como la verdad emanada de la esencia misma de las cosas y de los principios establecidos en las naciones destruye esas maxima perniciosas que inclinan al trastorno y al desorden: maximas que aisladas parecen de eterna verdad, pero que dejan de ser justas y aplicables si se prescinde de su conexion y medida: maximas que á primera vista demasiado plausible al corazon se presentan con el mayor alicitivo para seducir la buena fe y sorprender la sinceridad: maximas que aplicadas a su verdadera teoria y en el modo exacto de su importancia producen los mejores efectos, pero que usadas fuera del tiempo oportuno y traspasada la linea de su aplicacion son perjudiciales y funestas.

Funestas porque trastornan el orden. La ley es el vinculo que une a los hombres entre si. La ley es el nervio que dirige sus operaciones. Si la ley estuviese al arbitrio de la multitud, ninguno se creeria obligado a obedecerla

y mucho menos a ser juzgado por ella: todos se harian jueces de las acciones ajenas y el que se considerase agraviado se consideraria tambien con derecho a desagraviarse y el que percibiese un error, se creeria facultado a corregirlo: no habria autoridad segura, todo estaria a merced de los pueblos y los pueblos en sus irrupciones son injustos y sanguinarios.

Hay un punto hasta donde obliga la ciega obediencia de los pueblos; su esclarecimiento y demarcacion corresponde al juicio de toda la nacion, corresponde a los Congresos constituyentes, es la constitucion. No hay autoridad que pueda por ningun titulo traspasarlo, ni hay poder que no este obligado a seguir en silencio los tramites que conducen a el; un solo paso del gobierno mas alla de este punto, es despotismo y tirania: un solo paso de los pueblos mas alla de este punto, es anarquia. Los pueblos lo conocen, los pueblos sufren y padecen, la voz general lo indica, toca al arma y este clamor que se deja percibir lentamente exige y pide pronto remedio. No se describa por calculos ni teorias arbitrarias; la historiade los sucesos, los males tolerados y padecidos, el sacrificio de los mismos pueblos indican su violencia y su oprecion y esta es la sonda que hace ver el riesgo y el precipicio. A los pueblos les queda el derecho de reclamarlo por los medios prudentes y legales: si estos no bastan, apelan a la ley ultima de las naciones; ley terrible que solo podra justificarse cuando la tirania hay llegado a su colmo, cuando la injusticia sea notoria y general, cuando la nacion gima por un hombre o por una clase de hombres, cuando la opinion sea tal que destruya los intereses de la misma nacion, cuando los poderes se confundan y trastornen. Ley terrible que ha dado origen a todas las leyes, por la que los pueblos hacen el sacrificio de su subordinacion y el desprendimiento de sus derechos. Para evitarla es que hay leyes: que las leyes nacen y tiene su origen en la nacion, que se interpretan, que se derogan y perfeccionan; para evitarla es que es necesario ese concurso inmenso de individuos, de formulas y circunstancias.

Los males vienen de las leyes o de sus abusos: los primeros son enmendables y facilmente enmendables; los segundos alguna vez deben serlo por la fuerza: para los primeros tiene los pueblos el derecho de reclamacion, para los segundos no les queda otro recurso que el de las revoluciones. Son los abusos de los supremos poderes encargados de su ejecucion y aplicacion: estos son los trascendentales, los abusos de los particulares no tienen mas influencia que la del ejemplo no basta a desquiciar los fundamentos de la sociedad.

Me he estendido mas de lo que debia en rebatir esas maximas. La materia por su ominosa transcendencia, por la importancia que se le ha querido dar y el enlace que parece tener con la constitucion, ha debido considerarse despacio. Aun no he llenado todo el objeto, pero he designado lo que me ha parecido bastante a tranquilizarme.

Faltaba que considerar a favor de la centralizacion la pobre poblacion del Peru, el caracter vario y no formado de sus habitantes y su falta de industria y de virtudes: obstaculos al federalismo tanto mas insuperables cuanto mas generales y antiguos. No se gobernarán por si mismos pueblos debiles y acostumbrados a una servil obediencia. No podran dictarse leyes pueblos inexpertos y sin costumbres formadas. No podran vivir en seguridad pueblos enervados y sin recursos. No tendran poder y representacion en las sociedades, pueblos pequeños aislados. No podran circunscribirse a si solos, pueblos pobres, soldados sin tactica ni principios ¿Y en que circunstancias? En las mas tristes, en el aprendizaje de un gobierno propio, en el caso de estar amenazados por todas partes, de no haberse formado el patriotismo, y acaso tambien de estar dividida la opinion. Llegara al Peru ese dia solemne, ese dia deseado; le llegara por una tendencia natural; lo conduciran a el rapidamente nuestras instituciones liberales, la virtud y el vigor de nuestros brazos; no se necesita sino una sola circunstancia, una sola ventura, la paz: la paz sola basta, con la paz seremos todo, la paz sola basta, con la paz seremos todo, la paz es el fundamento de nuestra dicha, de nuestra prosperidad, de nuestra vida y destinos; ella nos hara felices y a nuestros nietos, ¿Porque fatalidad la vemos turbarse en nuestro suelo? ¿Porque fatalidad un solo hombre a quien tributamos nuestros corazones, a cuyo arbitrio pusimos nuestros destinos la quiere arrancar con tanto descaro y perfidia? ¿La suerte de dos millones de hombres, o mas bien, la suerte de tantos millones de hombres cuantos abrigán todas las republicas de nuestro alrededor importan tan poco en su balanza, que se han de sacrificar por saciar la pasion mas injusta mas delincuente y mas atroz, su ambicion? No. No sera asi: se levantaran las piedras a echarle en cara su injusticia y a vengar nuestro agravio: reuniremos nuestros esfuerzsa para conservar nuestros derechos y asegurar nuestro reposo. El Peru no es digno de la suerte ignominiosa con que lo amenaza. Somos fuertes, si nos unimos, somos invencibles, si caminamos de acuerdo. Lejos de nosotros la intriga y toda pasion inquieta y temeraria. Con esto basta. Que la ambicion se domicilie en esos paises donde se le consagran altares y se da holocausto a la esclavitud, que la discordia no tenga cabida entre nosotros, que las conspiraciones y sediciones se proscriban de nuestro suelo, que tranquilos en nuestros hogares,

fieles a nuestras instituciones, las tributemos una virtuosa sumision y enseñemos patriotismo a las naciones. ¡Feliz suerte! ¡Voto solemne de tantos seres sensibles cansados de opresion, de lagrimas y de infortunios!

Con el objeto de aproximarse a la federacion y de adoctrinarse para ella se ha organizado la constitucion. No se ha perdido de vista este objeto en nada y se han adoptado a su efecto los principios mas reconocidos y experimentados; se ha tomado las doctrinas de las mejores constituciones liberales y se ha formado el juicio de ellas por su aplicabilidad. Se han deducido muchos de la naturaleza y se ha averiguado en cuanto lo han permitido las fuerzas la politica de los tiempos.

La independencia de la nacion, la soberania de la nacion, la religion de la nacion son los puntos centrales de donde has partido y a donde han terminado nuestras incubaciones. Se ha amurallado la primera por todos los medios negativos de precaucion y por la acumulacion de obstaculos: se ha apoyado la segunda por los positivos de accion y liberalidad y se sostiene la tercera por unos y otros, por los medios de proteccion. La ley es el pronunciamiento de la voluntad general, es la razon del pacto, origen del poder y de la autoridad por una parte, y debia subordinacion y sugesion de los hombres por otra: en su mutua relacion se funda y se establece la sociedad, es su vinculo y su apoyo. La ley es la primera base en la construccion del edificio social y el foco de su orgnizacion. La formacion de la ley, la ejecucion de la ley la aplicación de la ley son la triple y primitiva fuente de que nacen los tres poderes. La igualdad ante la ley es el nervio de los mismos tres poderes. De la igual resultan la garantia de la nacion y las garantias individuales. Unas y otras necesitan de direccion. Las primeras la reciben de la direccion de la fuerza, de la direccion de la justicia y de la direccion de la hacienda y constituyen el codigo fundamental; las segundas la reciben de la direccion de la industria y costumbres; objetos de codigos particulares que abrazan las relaciones civiles de la sociedad.

La direccion de los poderes es el unico medio de consolidar la libertad. Era necesario huir de la confusion y precaver los abusos señalando los limites de cada uno. Esto se ha practicado reduciendo y circunscribiendo sus orbitas de tal modo que se cierre la puerta a toda arbitrariedad. Los puntos de su contacto son los de su conecion, del apoyo que deben prestarse para su consistencia y de la dependencia con que deben estar trabadas para organizar

un sistema. Se ha procurado fijar con exactitud este punto delicado y casi insensible por su naturaleza. A este efecto se han rape a las atribuciones con las restricciones.

Los encargados de los poderes, desde el supremo que lleva el brillo de la nacion, hasta los ultimos que lo eslabonan, con solo llenar sus respectivos deberes, impiden los exesos de sus concurrentes. Todos los funcionarios estan al alcance de los abusos y cada uno o por si solo puede prevenir el despotismo: cada uno atento a las operaciones del inmediato tiene sobre si otro que observe las suyas, sin que los demas dejen por eso de velar sobre ellas y juzgarlas. El gran poder encargado al Congreso figura a la nacion, y por sus dos atriciones esenciales y exclusivas ejerce en grande su soberania. Vela sobre el cumplimiento de la ley y señala: su extencion, delibera y juzga en el ultimo resultado. Dispone acerca de los objetos que tienen relacion y trascendencia sobre toda la nacion y que parten de ella: la fuerza y su cantidad, la hacienda y sus arbitrios emanan de el primitivamente: las relaciones con los demas estados, las relaciones entre los departamentos deben ser designadas por el; el debe poner las bases. Su jurisdiccion en esta parte es suprema, participa del poder judicial y ejecutivo: esta participacion nace del pacto y linda con su mision y sus poderes. Participacion necesaria para llevar a efecto sus resoluciones, para darlas energia y firmeza, para enlazarlas con los demas poderes y arrastrar su dependencia. Para tan soberana atribucion son nombrados principalmente los diputados y su eleccion viene inmediatamente de los pueblos; en ella tiene parte todos los ciudadanos de la Republica. Para esta atribucion es que deben espresar su voluntad, demarcar sus facultades, ponerla restricciones y ajustarla calidades. La eleccion directa carece de glozas e interpretaciones y una atribucion de este tamaño debia darse de este modelo y precaucionarse en lo posible. El sistema electoral se ha establecido bajo de estas bases, se ha fijado especialmente por respeto a esta atribucion esencial y desisiva; su detul ocupa articulos de constitucion. Su ejercicio no depende de nada ni de nadie, goza de entera independendencia y no conoce el obstaculos ni trabas.

La segunda atribucion del Congreso es la de dar leyes: es el poder sublime economico que mira al orden, a la prosperidad y felicidad de la nacion. Este poder conoce limites y no puede introducirse en las atribuciones de las demas poderes; si lo hace abusa, siembra discordia y tiene al desorden. La ley debe ser general la ley debe ser util, la ley debe ser justa en todo sentido. El poder ejecutivo debe hacer observaciones: su peso y el que preste la

opinion publica deben prescribirle el acierto y el lindero. Un cuerpo por ser un cuerpo no esta libre de error o de prevencion.

Se ha dividido este poder en dos camaras para el acierto de las resoluciones, para darles todo el peso de la meditacion y madurez, para evitar la preocupacion y el capricho, para dar vado a la seduccion y a los partidos. Desgraciadamente los hay a veces: el calor de una discusion obscurece el juicio, a veces hay interes, hay diputados que arrastran la opinion por su virtud y elocuencia y la opinion de un hombre puede ser capciosa y seductiva, hay opiniones de cuerpo y sus individuos pueden abundar en una camara y arrastrarse la mayoria.

No todos han nacido para legislar, ni todos tienen las luces y aptitudes eminentes que requiere este cargo tan peligroso como raro. Los pueblos pueden muy bien engañarse en su eleccion y solo atender a otras virtudes que aunque sean eminentes por otro respecto, no son tal vez aparentes para el objeto. Esto ha hecho variar en el modo la eleccion de los miembros de cada camara; unos parten inmediatamente del pueblo en masa entre ilustrado o recto rudo, o alucinado: otros de ese mismo pueblo pero mas sensato, mas esclarecido y mas perspicaz por una segunda analisis. Los diputados son elegidos de modo que llenen el sistema popular representativo unitario: los senadores de modo que indiquen la aproximacion al federalismo.

El poder ejecutivo bajo una justa y necesaria dependencia en lo politico al legislativo, es encargado y dispone de la fuerza de la nacion de la hacienda y de la ultima eleccion de los destinos: atribuciones tan ventiladas como desmenuadas porque se temen mucho, pero necesarias porque sin ellas desaparece el poder. Sin ellas nada podria perfeccionarse: la ley no podria ser cumplida y serian quimericas las garantias: sin ellas no se le podria sugetar a responsabilidad, ni se llenaria la base sancionada de la centralizacion: sin ellas la Republica no tendria credito ni respeto, ni las naciones extranjeras la considerarian constituida. Atribuciones que por tan graves y peligrosas necesitaban ser balanceadas. La responsabilidad es uno de los diques que las contiene en su esfera. Se ha cuidado de estrechar a lo justo y necesario esta esfera y de ponerla trabas que embaracen su facil y deliciosa expansion: un Congreso al frente, la opinion publica, el poder judicial, el derecho de peticion de cada ciudadano, el derecho de acusacion, la sagrada muralla de la constitucion. Para cada acto necesita ley expresa y es obligado a hacer

subscribir sus resoluciones por otros funcionarios tan sujetos como el a la misma responsabilidad. De nada puede disponer por si solo y en todo debe ceñirse a lo que esos mismos funcionarios lo pongan por delante. Son sus ministros elegidos por el, pero responsables a la nacion, los que lo conducen por la senda complicada del gobierno. Los ministros son la columna del edificio social, son el contrapeso del poder, son el timon de la nave del estado. Si el gefe supremo necesita tener integridad, los ministros a mas necesitan tener conocimientos. Si el gefe supremo debe estar adornado de valor y de entusiasmo, los ministros deben demostrar prudencia. Si aquel tiene dignidad, estos deben ser populares. Los ministros rectos hacen la prosperidad de los pueblos; los buenos ministros hacen su felicidad: los injustos son el oprobio y la desgracia de la nacion: los ministros malos han causado casi todas las revoluciones del mundo. ¡Que pocos hay para ministros! Y estos pocos ¡como huyen de los palacios!

La constitucion presenta la ley, pero de nada serviria la ley si no fuese observada. Hay un unico arbitrio que puede llenar este objeto, el de comprometer en su observancia a todos los funcionarios del poder. Velando conformes en ella, se prestan un mutuo apoyo, y presentan juntos una barrera dificil de derribarse y mas dificil todavia por el interes que cada uno reporta de su misma observancia. Ella liga por este medio los intereses publicos con los individuales, el honor suyo con el de la nacion. Bajo de esta regla marcha el ejecutivo: enlazado con los otros poderes por subordinacion y dependencia, lo esta tambien por supremacia: depende de aquellas para su existencia natural y politica, y por esta concurre a dar existencia a la Republica: si ha de observaciones a la ley, vive del voto de sus autores; si hace cumplirla por el poder judicial , esta sujeto al juicio de sus encargados : combinacion feliz, obra de los trabajos e incubaciones de algunos sabios amantes y defensores del hombre : combinacion adoptada y probada por los gobiernos mas sabios y venturosos: combinacion que no debe jamas perderse de vista, pues de ella penden la paz, la unidad y el suceso. Ella concilia la centralizacion con el federalismo.

Las observaciones del poder ejecutivo a la ley salvara a esta alguna vez de error, de arbitrariedad o capricho. El ejecutivo esta al alcance de los negocios y relaciones tanto interiores como exteriores de toda la Republica, mientras que un Congreso compuesto de individuos de sus secciones aislada puede no estar a el, pueden ignorar los de un extremo lo que pasa en el otro, y no reconocer la marcha general y enlace politico de ella, pueden engañarse. En el ejecutivo reposa la nacion, su patriotismo y fidelidad se consideran

sincerados, el responde de su seguridad y prosperidad; debe decir su opinion, debe ser considerada previamente y debe ser respetada por el peso que le dan sus vastos conocimientos. Por eso es que la constitucion exige algunos mas sufragios de lo ordinario para resolver contra ella.

El poder judicial debia estar a la par del legislativo y ejecutivo por iguales razones ceñido a las mismas relaciones de supremacía y dependencia con estos poderes. Obra es verdad con entera libertad para que la administracion de justicia sea exacta facil y pronta, pero no es absoluto ni perentorio, esta sujeto a juicio y observacion. Una ley de constitucion lo declara independiente, otra lo hace rigurosamente responsable. Si el poder ejecutivo vela y tiene imperio sobre el: si el legislativo lo hace del mismo modo con mas imperio todavia, ambos para embarazar a sus desvios, es tambien para prestarle auxilio, para facilitar sus resoluciones y para enlazarlas con la organización general. Si el lo presta a su turno a los mismos poderes en el orden politico y diplomatico, ninguno puede introducirse en sus atribuciones propias, ninguno puede turbarlas ni usurparlas. Sujeto a una responsabilidad acaso la mas efectiva, es tambien el mas respetado y garantizado.

808

Goza unico el privilegio de la permanencia en su clase: los empleos son inamovibles y no pueden sus funcionarios ser removidos arbitrariamente ni a epocas, como los demas. Asi, puestos a cubierto del insulto, del despotismo, de la violencia o venganza podran desplegar sin recelos las virtudes importantes de justificacion, de rectitud, de constancia y de energia. Eslabonado el empleo con su fortuna y su honor debe ser valorizado por fuerza, debe infundir amor y fidelidad y debe fijar la contraccion y el desempeño. Este interes particular arrastra necesariamente el de la conservacion de la Republica y el del imperio de la justicia y del orden. La satisfaccion, el gozo, las bendiciones de los pueblos seran su fruto.

Una triste experiencia ha hecho ver que la arbitrariedad en los juicios es un mal insanable y frecuente. Se ha dictado la ley de motivar las sentencias: salvaguardia poderosa para precaver daños irreparables: con ella solo seran menos las injusticias, si el mundo es condenado a nadar siempre en ellas: una garantia mas al ciudadano acaso la mas deseada y plausible. Si los derechos penden de la ley, deben ser claros y fundados; los misterios nunca seran justificados ni aun en los gobiernos tiranicos: el ciudadano debe saber cual es

la razon que lo condena o lo salva. Si hay ejemplos que influyan, los que preste esta institucion, debe sin duda moderar cuando no evitar los procesos. El magistrado sostiene al estado con la ley, el soldado lo sostiene con la espada; debe usarse de aquella como se usa de esta. ¡Feliz el hombre, si estas dos armas se empleasen bien! Otra ventaja mas, la de crear estímulos para el estudio: la ignorancia de las leyes es la causa tan común como lastimosa de las tropelias e injusticias. La mala administracion de justicia ha sido quiza la primera queja en que hemos fundado nuestra razon contra el gobierno español.

El poder ejecutivo y el legislativo son prontos y rapidos en sus empresas; pueden variar en un instante todo el diploma de la nacion exitando mudanzas y revoluciones imprevistas: el judiciario no obra de este modo, pero prepara y dispone a ellas y acaso con mas firmeza: sera estas lentas pero mas cargadas de razon: su mayor influencia en la opinion publica y en las quejas individuales las haran mas obvias y sostenidas. En aquellas los complices son los gefes y sus aspiraciones, para estas basta una mala administracion: estas se apoyan en la notoriedad del mal, aquellas pueden partir de capricho o de ambicion: unas penden del juicio publico, otras del de un hombre o de una faccion. No siento igual el peligro, no debe ser tanta la desconfianza: asi el poder judiciario no ha sido tan escrupulosamente circunvalado como el ejecutivo y legislativo.

Sin embargo, segun la calidad de estos males han debido proveerse los remedios; se ha amurallado este poder, donde puede estar el daño. Representado primariamente y de una manera sublime en la corte suprema, sus atribuciones exclusivas y peligrosas reposan sobre bases firmes, pero publicas, pero observadas y en contacto con los otros poderes. Ella entiende privativamente de los asuntos graves que se versan sobre la economia del estado, sobre la diplomacia, sobre el juicio de los primeros hombres, sobre el gran comercio y hacienda nacional, pero en el centro de las luces, del poder, de la fuerza y de la opinion.

A mas de los justos recelos y temores que causan la muchedumbre de jueces su influencia y generalidad, las pocas luces que aun alumbran al ramo de la literatura del foro han hecho desconfiar en sus ultimas instancias de las de los departamentos sobre otros negocios de importancia y trascendencia. La corte suprema ha de componerse de hombres de larga practica, de suma probidad, de edad y de respeto: calidades suficientes para fiar de ellas la proteccion y el juicio ultimo de los primeros funcionarios, la proteccion y el juicio ultimo de los intereses de la nacion y el consejo en las deliberaciones

generales. Su elecccion parte de cada departamento para ocurrir con el conocimiento de sus relaciones e individuos a las necesidades e intereses particulares. Forma cuerpo para el acierto, para el mejor desempeño y para el mayor respeto: preside y juzga a los tribunales departamentales, donde la arbitrariedad es mas impune, donde solo se consideran los respetos, donde la voz publica por la prensa no es tan libre, donde los males son mas frecuentes y escandalosos, donde la mayor miseria hace mas debiles a los hombres.

Cada uno de los poderes esta ramificado en razon de su importancia y de la necesidad: disminuyen gradualmente sus atribuciones hasta sus ultimas ramas, y solo se ven en ellas la cadena de dependencia y la aplicabilidad que exigen el orden y las garantias individuales. Se substraen oportunamente de las manos subalternas las que no son imprescindibles y pueden tener riesgosa influencia en el publico y sus afecciones. A pesar de eso, cuando se trata del desempeño economico y exclusivo de sus funciones, la organizacion del sistema esta completa, es grandemente libertal y casi federalizada: los pueblos son los soberanos, los pueblos lo hacen todo, de ellos parte el poder, ellos lo dirigen y en ellos termina.

El poder judicial debia estar mas ramificado por su incumbencia mas general y necesaria. Debe haber administracion de justicia en el ultimo canton de la Republica; apoyo del pobre del debil y oprimido, donde quiera que se hallen y cualquiera que sea su pocision, deben tener el amparo de la ley y la proteccion de sus garantias. Asi es, que este poder comenzando en la corte suprema que corresponde a toda la Republica, sigue por las cortes superiores que tiene a la vista á cada departamento, se extiende por los jueces de derecho en cada provincia y acaba con los jueces de paz en los cantones: las atribuciones puramente judiciales en todos ellos son completas e independientes.

El poder ejecutivo cuya inspeccion es mas politica que civil esta derramado igualmente en todo la Republica, pero con deducciones considerables. El primer gefe representa a la nacion y carga la divisa de su poder y grandeza: como su conservador protector y defensor es el primer ciudadano, penetra en sus intereses y se identifica con ella. Es un problema politico el de encontrar aquellos medios, que interesando a este funcionario en la estabilidad de la forma de gobierno adoptada por la nacion y en la subsistencia de las garantias sociales, lo conduzcan recto hacia estos objetos

sin desviarse: difícil de resolverse sin riesgos ni usurpación, si de algún modo ha podido serlo, ha sido a costa de concesiones prudentes y exclusivos, que dando impulso e interés a su voluntad por una parte y ligando su existencia con la del pueblo que rige por otra, terminen por complacer su potestad y honren su posición. Por esta razón se le concede en la nuestra algo más de lo que se halla en otras constituciones, en que demasiado restringidas sus facultades, no satisfacen su aliciente y le dejan un vacío desagradable. Coinciden con este objeto algunas que se hallan en las constituciones Norte americanas, que bien merecen servirnos de modelo por liberales. La facultad de commutar penas, cediendo al mismo tiempo en beneficio del desgraciado, es una de ellas. Si es tan perjudicial la falta de poderío como la usurpación y el exeso, era necesario respetar igualmente este principio.

Los prefectos sus inmediatos subalternos no están en igual predicamento: representan parcialmente su departamento con necesarias restricciones y alguna más dependencia. No disponen primariamente en lo político ni deliberan con lo civil y económico. Ejecutores de la ley, son encargados del orden conservación y seguridad de su sección respectiva y de la intendencia subalterna de la hacienda y de la fuerza.

Los subprefectos tercera rama de este poder en cada provincia son menos autorizados: la promulgación de la ley, la exacción de las contribuciones, velas sobre la observancia de aquella y mantener el orden, son todas sus facultades. Menos que estas corresponden a los gobernadores de los distritos.

El poder legislativo por su origen y su objeto debe ser absoluto único y centralizado: la ley perfecciona el pacto nacional, y la ley no puede expresarse sino bajo de una forma y por una sola vez. Este poder tan indivisible como inenajenable no puede ramificarse ni admite delegación: las leyes no exigen la presencia de los pueblos; los conocimientos que se requieren, caminan al centro con los diputados.

Sin embargo se le ha dado cierta imagen en las juntas departamentales: no es el sistema, sino la aproximación al federalismo la que ha dictado su creación. Lo preparan así en su escuela, trazan el camino por el que ha de ser conducido y son la escuela a la plenitud del liberalismo: son un cuerpo que representa el departamento, pero que aun no puede ni debe dictar leyes. Encargadas de su beneficencia y política, es de su inspección formar planes, meditar reglas, proponer medios y arbitrios para la fundación y arreglo de los

establecimientos utiles. Encargadas de velar sobre los desordenes, de impedir los abusos, de contener moralmentelos exesos, son una guardia de la constitucion y de las leyes. Encargadas de dar impulso y perfeccion a la agricultura e industria, son el garante de la prosperidad de los pueblos. Encargadas de la ilustracion, son el baluarte de las costumbres y virtudes. Tan utiles objetos hacen tan respetable y necesaria esta institucion, como benefica justa plausible y lisongera. Columna del gobierno popular representativo, es en el sistema unitario la cadena que enlaza los intereses de los departamentos con los de la capital: ella los combina los iguala y los defiende. Es una muralla que se erije en cada departamento a sus derechos e instituciones, el contrapeso del poder ejecutivo y el respeto del judiciario. Es el sosten de la paz, el apoyo de la patria, el consuelo del desvalido; dispensa los bienes, distribuye los destinos, califica el merito. Bajo de sus auspicios estan la vida, el honor, los bienes, la fortuna de los ciudadanos: bajo de su tutela las luces y las costumbres. ¡Quiera el cielo que sepan usar bien de sus atribuciones, y que las den el giro recto que conduzca a la felicidad!

Con esto parecia haberse llenado la area de todo el sistema, pero aun quedaban los vacios que dejaba el receso del cuerpo legislativo y departamental. Cuerpos deliberantes no pueden ser permanentes, pierden su prestigio y degeneran en peligrosos: era pues necesario crear otros que los reemplasasen de algun modo y que se sostituyesen a los grandes e indefectibles cargos pertenecientes a aquellos. Este ha sido el origen del consejo de estado y de las municipalidades. El consejo de estado figura al Congreso en sus relaciones politicas con el ejecutivo. Es un cuerpo de respeto colocado al frente del poder: la guardia de la constitucion, la observancia de la ley y el consejo en las dudas graves son sus cargas importantes ordinarias: pero la principal, la facultad sublime, que debe estar siempre en pie para precaver los peligros de la nacion, es la de convocar a Congreso. Creado principalmente para este obgeto, sus atribuciones guardan consonancia con su forma: no son tantas que inclinen hacia el absolutismo, como los consejos de los monarcas: ni tan francas que simulen la aristocracia.

Las municipalidades se han considerado necesarias por iguales razones de congruencia. Ellas prestan auxilios de practicabilidad a las jutnas departamentales, pues siendo corto el periodo de la duracion de estas, serian vagas y precarias sus resoluciones y medidas sin aquellas. Los arreglos de policia en una sociedad constituida no deben interrumpirse, piden actividad y

constancia y no pueden ser desempeñados sino por cuerpos permanentes y consejiles.

El pueblo debe tener siempre un cuerpo de proteccion que se encargue privativamente de sus intereses locales: no ha menester representacion popular, menos ha menester facultad de deliberar; bastan para aquel objeto facultades subalternas y basta a veces el solo amor a la ley y el interes que cada uno deduce de su cumplimiento. Las municipalidades constaran de hombres de toda clase, de distinto carácter estado y condicion; seran nombrados de la vecindad sin justo discernimiento, se estableceran en gran numero hasta en las poblaciones mas pequeñas: otros tantos inconvenientes para atribuciones representativas y de trascendencia publica, para atribuciones generales y comunes: con el apego a los intereses mutuos se irrita el provincialismo y se confunde el orden. La constitucion les niega su antigua representacion popular y sus antiguas prerrogativas; limita sus facultades a la orbita de la policia de sus intereses locales.

Este establecimiento contemporiza con la costumbre. Era arduo y peligroso abolir de un golpe instituciones sancionadas por el tiempo. Las municipalidades consideradas especialmente entre los indigenas, acostumbrados á su gobierno economico a sus maneras e importancia, son reputadas por ellos como un asenso, alternan ufanos en su desempeño y las miran con todo el respeto de la antigüedad. Los pueblos principalmente del interior carecen de otros medios de conservar el orden, de sistemar su moralidad y costumbres, de ejercitar su hospitalidad y promover su ilustracion. En los casos imprevistos, en las desgracias comunes son su recurso y su asilo: su abyeccion y atraso, la diferencia de castas y la fragil y aventura radicacion de colonos en las grandes propiedades, son todabia otros motivos mas urgentes que indican su importancia y necesidad. Sin estas corporaciones ni se harian exactas la asignacion y cuota de los contingentes de hombres y contribuciones, ni se harian exequibles y efectivas. Los individuos de ellas ganan en actividad con el ejemplo y aprenden a alternar y penetrar en el orden social economico, mientras que puesto este cargo en manos de particulares es desatendido por lo comun o solo es atendido cuando rinde provecho y utilidad: aquellos emulan honradez y contraccion porque tienen mil fiscales que los atisvan, mientras estos pueden obrar y obran con voluntariedad eludiendo los deberes mas sagrados.

Tal ha sido el plan de la constitucion; su objeto unico la prosperidad del Peru, su paz y felicidad. Sus instituciones se han dirigido a darle solidez y fortaleza, a impedir las disenciones interiores, a precaver el despotismo y la anarquia, a establecer y sostener las garantias individuales, a dar en una

palabra imperio a la ley para que reyne sola. Se ha considerado a toda la masa de la nacion, su estado, su caracter, sus costumbres, sus habitos, su ilustracion, su modo de existir, sus maneras, sus ocupaciones y su poblacion.

Su poblacion, su miserable poblacion ha influido bastante en algunas leyes. Con respecto a ella se convida y facilita la inmigracion de estrangeros: Somos pocos y estamos muy atrasados, un sistema opresivo tan largos años tolerado, una guerra sangrienta pertinaz y desventajosa nos han acabado: no alcanzan a reponernos los medios naturales; la naturaleza lenta en sus obras, no hace prodigos de una vez: forzados a sobreponernos a ella, nos hemos valido de la concesion de la ciudadania a los estrageros, de la libertad del comercio, de francas relaciones y alianzas con las demas naciones: acaso tambien reportaremos por este medio el adelantamiento de nuestras costumbres.

Si la ciudadania es un don, hemos sido generosos en concederla por motivos tan poderosos, si es de justicia hemos debido concederla. La ciudadania es esa preeeminencia de que debe gozar todo hombre que entra en el pacto, es el constitutivo de la soberania, es la misma soberania: una de sus precisas calidades es la libre voluntad; solo dejaran de ser ciudadanos los que no la tienen o los que la tienen sujeta y dependiente: otra es la aptitud para deliberar, no podran ser ciudadanos los que tengan la razon embargada. Unos impedimentos parten de crimen o de oposicion directa a las instituciones sociales, estos la hacen perder; otros de vicios extrinsecos o precauciones legales, estos la ponen en suspensi3n. Como la nacion esta toda en si, es libre e independiente, debe constar de miembros adictos a ella, libres e independientes: los que no son tales, entran en la sociedad civil, pero no en la politica, gozan de la proteccion de la ley, pero no pueden darla, son miembros del estado que deben concurrir a su sosten, como concurren a sus beneficios. Son de consiguiente acreedores al goce de la ciudadania por justicia los que no estan comprendidos en esas exepciones, y los que hayan entrado o se consideren entrados en el pacto por relaciones intimas y directas vinculadas con su natural subsistencia: el tiempo, los bienes, los matrimonios y los servicios son esas relaciones que les da el titulo de tales.

Esta corta digresion hace ver la injusticia o maliciosa opocicion que se hizo el articulo en que se concedia la ciudadania a los estrangeros pacificos avecindados en el pais desde antes del a3o de nuestra independencia. Es verdad que entre los de las demas secciones de America cuya porcion es bien

considerable, se incluía también a los españoles; pero era a aquellos españoles que se habían mantenido sin tomar parte en nuestra contienda, a más de los muchos que la tomaron a favor y se han singularizado en ella: aquellos españoles, que habían contraído relaciones íntimas con nosotros por sus matrimonios, por sus bienes, por sus luces, por su libre sometimiento a nuestro sistema: aquellos españoles que careciendo de todo influjo y potestad, no eran capaces de conspiraciones e intrigas; que avanzados en edad y con las pasiones apagadas, no podían esperar ventajas de las revoluciones que de un sistema pacífico; aquellos españoles que presentes y residentes en nuestro suelo eran observados de cerca. No haya miedo que considerada nuestra posición actual vengan los de allá: respeta mucho el hombre su vida para exponerla a riesgos conocidos.

Pues una ley tan oportuna y justa pudo exaltar el espíritu de faccionarios demagogos. Han recurrido a ella como a medio de hacer valer sus falsas intenciones, interesando al pueblo a pretexto del nombre de libertad: se obscureció su claridad y sencillez se confundió su aplicación y se la quiso generalizar de tal modo que pareciese como una transacción con la España: se quiso en una palabra abusar de la docilidad del pueblo peruano que es la que hace toda su opinión y que es la complacencia de sus concurrentes ¿Qué triunfo con desconectar al Congreso y exponer esta débil barca de la nación a un naufragio? ¿Qué ventajas positivas ni seguras con los odios, las venganzas y las revoluciones?

La constitución respeta el derecho de las naciones. Esta es la garantía de la República; ella sola bastaría si los tiempos no fueran tan turbulentos y si las repúblicas vecinas estuvieran consolidadas. Por desgracia en todo el continente americano no hay una capaz de proteger y garantizar los derechos de la otra y tal vez ni aun los suyos propios. Buenas serán las alianzas entre unas y otras; buenas serán para dar apariencia a la amistad y uniformar el plan de la independencia; pero serán buenas mientras haya esa conveniencia de ganancia o incapacidad tan frágil como conculcable mientras no se levanten ambiciosos y tiranos; pero no son bastantes en las circunstancias desastrosas de la América. Una triste experiencia nos da la mejor lección de desconfianza, sean cuales fueren la posición e instituciones de nuestras repúblicas. Las potencias de la Europa por su táctica, por su política y por la distancia menos pueden ser favorables o satisfactorias: buena será tal vez su alianza para ponernos a salvo de sus invasiones, para reducirnos a un estado negativo, para conservar sus relaciones políticas y mercantiles y para contar con recursos; pero no son bastantes para llenar nuestros vacíos y acudir a nuestros riesgos.

La fuerza armada y la marina, en la insuficiencia de esa garantia internacional, sera la unica y mas terminante salvaguardia del Peru: ella sola sostendra su dignidad, su respeto y seguridad, ella sola puede prometerle paz y prosperidad. La milicia nacional no presta aun apoyo ni confianza absoluta, ni la prestara tampoco mientras no este formado el patriotismo y mientras cada individuo no sea idolatra y conocedor de sus derechos. Es justo, es util, es necesario su fomento, le llegara su caso, la seguridad interior podra reposar en ella; pero no basta ni podra bastar en mucho tiempo para la seguridad exterior. ¡Miserable condicion de las sociedades humanas vivir siempre de bayonetas! El arreglo, diciplina y regimen economico en que deben estar montadas una y otra seran la obra que ocupe nuestros trabajos; para que pueda hacerse sin mayor gravamen de los pueblos, sin la vejacion que ha introducido una costumbre inveterada y sin los atentados y pretensiones injustas que pasan por leyes en los ejercitos.

816

Concluye la constitucion con el indice de las garantias individuales que son resumen de toda ella y con la declaracion de otras que aunque no espresadas derivan inmediatamente de sus bases. Si su objeto es la prosperidad nacional; la ilustracion, la agricultura y la industria debieron ocupar un lugar privilegiado y ser vigorosamente protegidas. La ilustracion se promuebe por todos los medios asequibles; la ensenanza de las primeras letras es gratuita a pesar de las grandes sumas que se necesitan y de las dificultades que se presentan por delante. Se fundaran colegios y academias en todo el territorio de la Republica y la opcion del sabio a los empleos y distinciones sera un esitmulo a la literatura. Se ha garantizado la agricultura, garantizando las propiedades: rebajadas las pensiones con que han estado gravadas, abolidas las llamadas manos muertas y declaradas libres las enagenaciones, quedan removidos los obstaculos; se pondran las propiedades en manos activas se formaran capitales y se haran rapidos los progresos. Se ha garantizado por ultimo la industria, despojandola de sus trabas, dandola emulacion y libertad, excluyendola de penciones, y premiando a los inventores y amejoradores.

El triste ejemplo de una Republica vecina, la desconfianza que infunde toda obra nueva, el desconsuelo de nuestras luces y costumbres, la volubilidad de los pueblos, el temor de los proyectos de la ambicion, la idea fragil del trastorno de las sociedades, el mismo curso de los acontecimeintos humanos, nos ha impelido a fijar una convencion y a fijarla al corto periodo de cinco

años. ¿Quién sabe si aun este periodo sera demasiado grande, si el genio del mal, si desgracias imprevistas, si acaso nuestro mismo desacierto lo deberan anticipar? Tambien lo hemos prevenido. ¡Quien diera que no llegasen esas circunstancias extraordinarias! ¡Quien diera que no hubiese tal necesidad; siquiera hasta que ciertos de nuestros derechos y firmes en nuestros principios pudiesemos caminar a paso seguro e impertubable; siquiera hasta que disipadas enteramente las semillas de la discordia y de la rivaliad pudiesemos representar con honor y dignidad entre las naciones; siquiera hasta que la España misma nos mirase con admiracion y solicitase nuestra amistad; hasta que fuesemos virtuosos justos y verdades republicanos!

Es la provincia de Abancay, son mis comprovincianos a quienes dirijo este escrito; ellos me conocen, lo juzgaran con indulgencia como deben al tamaño de mis luces y por mis intenciones: he incurrido en defectos por buscar tal vez la claridad y concicion, pero he escrito para gentes sencillas. No he tenido otro espiritu que el deseo del bien, ni otro mobil que mis sinceros afectos a esa provincia que represento, rival de la mejor en honra, en luces y en patriotismo.---

Francisco Pacheco.

**SECCIÓN RESEÑAS
BIBLIOGRÁFICAS**

El poder de la justicia. Formación y capacitación de magistrados en el Perú (Su encuadre constitucional en el Perú).

✍ FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA¹

Título: El poder de la justicia. Formación y capacitación de magistrados en el Perú (su encuadre constitucional en el Perú).

Autor: Helder Domínguez Haro

Editorial: Grijley

Año: setiembre 2022

Patrocinio:

- Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, número 55.
- Centro de Estudios Sociales y Jurídicos Sur de Europa (CESJ)

Páginas: 359

819

Dentro de la estructura orgánica que conforman los poderes públicos de un Estado, el estudio sobre el Poder Judicial ha merecido un singular interés a lo largo de la historia. Temas como el estatuto del magistrado, el nombramiento o designación de magistrados, la organización y las funciones propias de su labor jurisdiccional y de gobierno judicial han sido objeto de ardorosos debates y cruce de opiniones, que deberían sumar cuando se trata de mejorar el servicio de justicia.

¹ Ex presidente del Poder Judicial.

Es particularmente llamativo que de dicho abanico temático no ha sido frecuente, a nivel nacional, el estudio pormenorizado y acucioso sobre aspectos de formación y capacitación de magistrados, siendo la presente obra —por vez primera— un logrado esfuerzo por esclarecer de un modo convincente la naturaleza e importancia de la educación judicial y fiscal, desde una dimensión constitucional e integral; y sobre todo el aporte crítico que fluye de sus páginas en la idea de contribuir con una escuela pública de magistrados acorde con las exigencias del nuevo siglo, y desde una mirada constitucional. Para dicho propósito, dentro de los procesos de reforma judicial o de la justicia, el autor Helder Domínguez Haro ha tenido que analizar su desarrollo histórico y comparativo, básicamente en los últimos 60 años de vida republicana, lo cual es un mérito y dedicación especial al quehacer investigativo.

Por la razón anterior me permito poner en aviso que estamos ante un libro de lectura obligada —forma parte de la Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional de la Sección Peruana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional— y porque conozco al autor desde sus años universitarios. Precisamente, es a través de una revista académica estudiantil llamada «Némesis» del cual formaba parte (a mitad de la década de los 90) que entablamos una fructífera plática y amistad, manteniéndose luego en ámbitos profesionales y laborales. No en balde, sus méritos y cualidades también han sido reconocidos —con anterioridad— por destacados maestros del derecho como el argentino Germán Bidart dedicando una de sus obras a Helder Domínguez Haro por su promisorio vocación (Casos de Derechos Humanos, Ediar, Bs.As., 1997, p. 7); el jurista Domingo García Belaunde, quien en diálogo con el autor, a propósito de un artículo sobre constitucionalismo democrático, originaría uno de sus últimos libros como así deja constancia en el prólogo (Tiempos de constitucionalismo, Gaceta Jurídica, Lima, 2020, p. 5); y cabe referirse al recordado profesor Carlos Fernández Sessarego al prologar una de las primeras publicaciones del joven autor (El derecho a la democracia, Grijley, Lima, 2008, pp. 15-40).

Retomando las ideas directrices del libro, para hablar de los procedimientos de reclutamiento y entrenamiento de los magistrados, es fundamental tener en claro anticipadamente un conjunto de presupuestos teóricos para su aplicación: el ejercicio de una democracia constitucional, la

plena independencia judicial, el rol sustantivo de la Corte Suprema de Justicia, una carrera judicial-fiscal acorde con los tiempos actuales y la llamada función política-social de la magistratura. Una primera reflexión tratado con bastante cuidado por el autor y con mayor razón en épocas de reforma donde la voluntad política o el poder político juegan también un papel significativo. Como he explicado en otro lugar, el principio de legitimidad democrática y la credibilidad social en el Poder Judicial se verifican en tanto los jueces actúen de modo independiente e imparcial, en tanto la función jurisdiccional se constriñe en aplicar la Constitución y el ordenamiento jurídico, en sus debidos alcances, pues de no ser independiente el juez, estaría aplicando una voluntad ajena a la del derecho, o de faltar a la imparcialidad, estaría aplicando su propia voluntad para la resolución del caso judicial.

La reforma judicial es un proceso permanente, continuo e inacabado que debe estar siempre en un sistema democrático. El libro permite verificar la activa participación de la judicatura en determinados espacios de reforma de la justicia, además de las acciones correspondientes a los órganos de gobierno judicial nos muestra un conjunto de iniciativas legislativas presentadas por el propio Poder Judicial, con especial énfasis en el pasado inmediato, con el objeto de alcanzar una justicia célere, eficiente y de real garantía de los derechos de las personas. Al respecto bajo la Presidencia del Poder Judicial que me honré en desempeñar (2007-2008), se conformaron comisiones de estudio integradas por los señores jueces de la Corte Suprema de Justicia, para el estudio, revisión y mejora del recurso de casación, y con el correr de los años sirvió de algún modo para los proyectos de leyes señalados en el presente trabajo.

Una segunda reflexión que se desprende de este trabajo, es revalorar la enseñanza de los magistrados en cada nivel y en cada espacio educativo, y aquí el papel de la Academia de la Magistratura es un actor fundamental para liderar todo proceso de cambio o “transformación” en este tema. Para que la reforma sea un éxito no sólo se requiere de buenas leyes sino también de buenos abogados y buenos jueces en idoneidad y capacidad, un juez constitucional que transmita confianza y seguridad a la ciudadanía, con una sólida formación jurídica y ética. Ciertamente el poder de la justicia descansa en los fallos judiciales producto de los conocimientos y la preparación de los juzgadores, y es allí entonces donde se debe mirar si las cosas marchan como debiera ser, para un acceso a la justicia pronta y respetando la verdad, por una magistratura transparente, moderna, eficaz y sin corrupción. En consecuencia, así como hay significativos avances por parte de la Academia de la

Magistratura, también es importante que toda dificultad identificada en el proceso de formación y capacitación de los magistrados debe ser superado, y propuestas como las desarrolladas aquí tienen la sana intención de contribuir con el sistema de justicia.

Resulta de interés la propuesta de perfeccionar la formación de los magistrados tomando como líneas maestras el perfil democrático-constitucional de los magistrados y el esquema cuatridimensional de la capacitación debidamente expuesto en este libro (derecho, deber, principio y política pública). El autor, asimismo, retoma una discusión no reciente ni nueva, empero bosqueja atrayentes fundamentos y argumentos históricos, doctrinarios, pedagógicos y de estudios comparados sobre la imperiosa necesidad de trazar una educación orgánica para los aspirantes y magistrados en tiempos razonablemente largos, exclusiva y altamente especializada. He allí la virtud de su labor propositiva en la construcción de un aprendizaje significativo en el ámbito judicial y fiscal, replanteando las tres líneas de capacitación de la Academia de la Magistratura en cursos fundamentales, especializados e interdisciplinarios, desde un enfoque constitucional-democrático; respondiendo a cinco grandes bloques de materias: ética de la magistratura, derecho constitucional, derechos humanos, argumentación jurídica y derecho judicial-derecho procesal, como bien se sustenta.

No podría estar en desacuerdo la acertada inclusión dentro del bloque dedicado a la argumentación jurídica la vinculación del razonamiento jurídico con la literatura. En diversas ocasiones he formulado dicha afirmación, en tanto no es posible entender el derecho sin la literatura o a la inversa. La literatura ha sido muy pródiga en tratar el tema de la justicia y de los implicados con ella.

Asimismo, en temas de capacitación no sólo debe pensarse en los jueces-profesionales, también constituyen un valioso grupo humano los jueces de paz-no profesionales. Las características multiculturales de nuestro país, han merecido que el sistema judicial involucre a la justicia de paz presente principalmente en zonas rurales y periurbanas que buscan generalmente resolver conflictos en los cuales son competentes, mediante la conciliación, bajo las reglas de equidad y conforme a las costumbres propias de la comunidad. En el libro se hace referencia al impulso a este tipo de capacitaciones desde fines de los años setenta; sin embargo, se debe tener

presente, dada sus particularidades, qué se va a enseñar dentro del diseño o bloques de cursos que se plantea.

Dicho sea de paso, se acompaña al final de la obra un interesante repertorio bibliográfico sobre la reforma e historia de la judicatura en nuestro país, siglo XX hasta entrando el presente siglo, que incluye también una bibliografía a nivel constitucional y de raíz histórica, constituyendo un valor agregado trabajado por el autor que se debe rescatar y de consulta necesaria dada la riqueza de las fuentes bibliográficas puestas a los ojos de los lectores.

Después de recorrer cada parte de esta obra, debe acotarse que la referida publicación pretende cubrir un ámbito del conocimiento indispensable en todo proceso de reingeniería de la justicia y abre un derrotero sobre un tema crucial que no se debe desatender.

Francisco Artemio Távara Córdova

La Sociedad Patriótica De Lima 1822. Debate sobre la forma de gobierno más adaptable al Estado Peruano

✍ ALEX ULLOA IBÁÑEZ¹

Título: *“La sociedad patriótica de Lima 1822. Debate sobre la forma de gobierno más adaptable al Estado Peruano”*.

Compilador: Wilver Álvarez Huamán

Edición: Fondo Editorial del Tribunal Constitucional

Año: 2022

Páginas: 178 pp.

824

El 10 de enero de 1822, don José de San Martín, entonces Protector del Perú, secundado por Bernardo Monteagudo, emitió un Decreto estableciendo la Sociedad Patriótica de Lima; documento normativo que se recoge en el libro² que tenemos entre manos; y que se constituye en un noble esfuerzo por parte del Fondo Editorial del Tribunal Constitucional del Perú; con la finalidad de brindar a la colectividad nacional de un material no solo académico y jurídico; sino también histórico, que logra recoger el debate suscitado luego de la independencia nacional, para decidir si nos convertíamos en monarquía o república.

Como bien lo ha señalado el doctor Domínguez Haro³, en la nota de presentación de esta obra, la sociedad patriótica de Lima, “(...) compuesta de cuarenta miembros de los más ilustrados de la sociedad peruana, debatió

¹ Director Académico del Centro de Estudios Constitucionales
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

² Ver pp. 75-77.

³ Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú y Director General del Centro de Estudios Constitucionales.

también sobre la forma de gobierno más adaptable para el Estado peruano. Varios eran partidarios de establecer un proyecto de monarquía, en consonancia con lo que el régimen del Protectorado pretendió instaurar en el Perú. Sin embargo, hubo también detractores de este proyecto y, en consecuencia, partidarios de considerar a la República como la forma más idónea para el naciente Estado peruano, lo que generó un importante debate en los meses posteriores a nuestra independencia”⁴.

La obra bajo comentario, contiene un Estudio Preliminar, a cargo de Wilber Álvarez Huamán quien da cuenta de las fuentes utilizadas en la presente investigación (actas de la sociedad patriótica, extractos de los discursos pronunciados en su oportunidad y artículos publicados en la época y “un raro folleto” (sic) alusivo al discurso de José Ignacio Moreno).

Luego, se describe el objeto, la composición y la instalación de la Sociedad patriótica de Lima. El encargo que tuvo la Sociedad fue la de “discutir todos los asuntos que en materias políticas, económicas y científicas influyeran directa o indirectamente sobre el bien público (...) también (...) conocer el estado de la opinión pública para que luego, sobre la base de ese conocimiento, se le preparara para la aceptación de la monarquía, adoptándose las providencias necesarias para que el Congreso Constituyente optara por ese régimen”⁵. “Asimismo, (...) se componía de 40 miembros perpetuos nombrados por el Gobierno y de un número indefinido de miembros honorarios (...)”⁶. Posteriormente, “(...) el 20 de enero se reunieron un total de 22 miembros de la Sociedad para proceder a elegir a quienes desempeñarían los cargos directivos (...). Finalizadas las elecciones, el presidente anunció que la Sociedad se instalaría con la solemnidad requerida el 12 de febrero”⁷.

El Estudio Preliminar desarrolla breve - pero sólidamente -, aspectos como el discurso monárquico de José Ignacio Moreno, la publicación de la primera parte de la carta de El Solitario de Sayán: la carta sobre la inadaptabilidad del gobierno monárquico al Estado libre del Perú, el silencio de Luna Pizarro y la memoria de Manuel Pérez de Tudela, el discurso monárquico constitucional de José Caveró y Salazar, la censura de la publicación de la continuación de la carta de El Solitario de Sayán, el discurso

⁴ Ver pp. 13.

⁵ Ver p. 17.

⁶ Ver p. 17.

⁷ Ver p. 18.

monárquico constitucional de José Mariano de Aguirre y, la lectura de la carta anónima remitida a la Sociedad por Pedro Antonio de La Torre.

En dos acápites por separado, el Estudio Preliminar, da cuenta, primero, de la caída de Monteagudo y la liquidación del plan monárquico; y, segundo, de las cartas del Solitario de Sayán. Sobre este último punto, debemos precisar que la primera carta trataba sobre la inadaptabilidad del gobierno monárquico al Estado libre del Perú; planteándose la siguiente pregunta: ¿conservaría un gobierno monárquico los derechos imprescriptibles e irrenunciables de libertad, seguridad y propiedad?⁸, evidentemente, Sánchez Carrión brinda una negativa rotunda. Con la segunda carta, el Solitario de Sayán, propone las ideas fuerza de un estado republicano de estilo federal, con soberanía popular y separación de poderes, elecciones populares y la existencia de las municipalidades.

“Se trataba, por tanto, de constituir una forma de estado semejante al estado federal, estableciendo una soberanía central combinada con poderes locales, es decir, crear una república sin dispendio de la integridad territorial, manteniendo juntamente a las que llamamos provincias o departamentos, en su dignidad soberana. En ese sentido, no se buscaba crear una confederación de estados independientes, separados de su centro, sino dar una independencia relativa a las provincias con el objeto de que puedan regular sus propios intereses, lo cual no destruía la soberanía central”⁹.

El libro, se complementa con una serie de normativas y documentos que pretenden trasladarnos al pasado y situarnos en el debate de las ideas aquí descritas. Así encontramos por ejemplo el Reglamento para la Sociedad Patriótica de Lima, las actas de la Sociedad Patriótica de Lima, algunos discursos de la época, las cartas del Solitario de Sayán; y otros documentos de relevancia histórica.

No queda duda, que la presente obra, denota no sólo un esfuerzo conjunto por cubrir - en forma prolija y ordenada - un vacío en la historia constitucional de nuestro país; sino también, por brindar instrumentos que nos permitan - para quienes somos apasionados del derecho constitucional -

⁸ Ver p. 60.

⁹ Ver p. 68.

identificar los primeros pasos soberanos de un Perú tan grande, como la de sus convicciones democráticas.

SECCIÓN DOCUMENTOS

Nota

En la sección documentos históricos divulgamos en esta ocasión el Acta de Cerro de Pasco de fecha 27 de enero de 1854, publicada en el diario “El Comercio” el 3 de febrero de 1854, por la que por “su incapacidad moral y falta de virtudes cívicas”, se cesa en el mando supremo de la República a don José Rufino Echenique y se reconoce como Jefe Supremo Político de la Nación, con calidad de provisorio, a don Domingo Elías Carbajo.

José Rufino Pompeyo Echenique Benavente (1808-1887), fue un militar y político peruano, Ex presidente de la República entre los años 1851-1855. Sucedió en el cargo a don Ramón Castilla y Marquesado, presidente del Perú entre los años 1845-1851 y 1858-1862. Tuvo un gobierno difícil, violento y tumultuoso, incluso desde su candidatura hubo cuestionamientos por su supuesta nacionalidad boliviana. En agosto de 1853, surge el escándalo de la consolidación de la deuda interna, el cual estalló con las cartas divulgadas por el aludido comerciante Domingo Elías. “En ellas denunciaba la consolidación como un fraude por haber generado numerosos expedientes falsificados que habían permitido el enriquecimiento de personajes allegados al gobierno” (Peralta, 2013). En este sentido, se denunciaba que personas cercanas al gobierno se habrían beneficiado con 24 millones de pesos, a través del reparto de vales y la falsificación de los mismos.

829

Elías inició una revolución en Ica el 21 de diciembre de 1853 por dos situaciones: i) el escándalo de corrupción por la consolidación de la deuda interna y; ii) por la negligencia en el conflicto con Bolivia, desatado por el incumplimiento de este Estado de un tratado comercial firmado en 1847. Con el fin de verificar el cumplimiento del referido tratado, Echenique exigió al presidente boliviano Manuel Isidoro Belzu que admitiese a un representante diplomático en Potosí, pero este, indignado, ordenó la expulsión del cónsul peruano (Peralta, 2013). En mayo de 1853, el Congreso había aprobado que se le declare la guerra a Bolivia por esta situación. Sin embargo, se alegó negligencia de parte del gobierno de Echenique al momento de realizar las acciones correspondientes para invadir el territorio boliviano. Elías es derrotado el 7 de enero de 1854 por las tropas del ejército. No obstante, luego de este enfrentamiento, surgieron más levantamientos en diversas regiones del país como en Arequipa, liderados por Diego Masias y sus hermanos; en Junín, por Fermín Castillo; y en Cusco, en marzo de 1854.

El 5 de enero de 1855, en la batalla de La Palma, Echenique es derrotado por el general Castilla. Fue desterrado a los Estados Unidos y regresó al Perú clandestinamente en 1861. Luego de que se le levantaran los cargos durante el gobierno del General Miguel San Román, continuó haciendo vida política hasta 1884, ocupando los cargos de diputado, senador y también constituyente.

El acta de Cerro de Pasco que mostramos al lector, suscrita por ciudadanos naturales de la región Junín en su mayoría, representa un importante documento histórico en el que se condenan los abusos y malos manejos de la administración de Echenique y se pone nuevamente en tela de juicio su nacionalidad. Por estos y otros motivos se le cesa en el cargo por la aludida incapacidad moral. Constituyente entonces un antecedente claro de la vacancia regulada en los textos constitucionales.

**Dirección de Publicaciones y Documentación
Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional**

Referencia

Peralta Ruiz, V. (2013). La guerra civil peruana de 1854. Los entresijos de una revolución. *Anuario De Estudios Americanos*, 70(1), 195–219. <https://doi.org/10.3989/aeamer.2013.1.07>

Cerro de Pasco*
(Del Reparador)
ACTA.

En la opulenta ciudad del Cerro de Pasco, capital del departamento de Junín, á los veintisiete días del mes de Enero del año de mil ochocientos cincuenta y cuatro: reunidos en la sala consistorial, los padres de familia y personas notables que componen la población del país; y tomando en consideración;

1°. Que los abusos y desórdenes de la administración del general D. José Rufino Echenique, y su ineptitud para el buen gobierno de la Nación; ha conducido á esta á la marjen de su ruina;

2°. Que la falta de nacionalidad peruana en el prenotado mandatario ha sido un obstáculo para que hubiese obtenido, y continúe desempeñando la Suprema majistratura de la República, que pudo alcanzar, ejerciendo una influencia corruptora sobre parte de la plebe, y haciendo derramar la sangre de los ciudadanos en los campos, en las calles, en los templos y ante la Divinidad misma;

831

3°. Que dicho mandatario ha corrompido igualmente al mas noble principio de la democrácia, desprestijiando y convirtiendo en órgano de sus caprichos á la Representación Nacional, cuyo personal ha sido creado, por medio de sus ajentes en las provincias, según sus intereses y pasiones;

4.° Que el referido mandatario, con la más culpable indiferencia, ó de un modo intencional, ha mancillado la gloria de la Nación, dejándola ultrajar y cubrir de vilipendio por el gabinete de Bolivia, sin adoptar medidas de alguna reparacion; avanzandose hasta el extremo de no proteger la seguridad de los pueblos del Sur, como para que sean presa de la conquista extranjera, ó que abrumados con una absoluta interdiccion comercial indefinida, tocasen en el despecho, y fuesen apremiados por la necesidad, á una violenta anexacion á Bolivia, cuya existencia política ha menester de las poblaciones litorales de Tacna;

* *El Comercio*, n.º 4354, Lima, 3 de febrero de 1854, pp. 2-3.

5°. Que con semejante conducta y los demas actos, que hacen execrable el gobierno del referido Echenique, ha acreditado de un modo clásico ser extranjero, y extranjero ingrato á los favores con que le ha colmado el Perú.

6°. y último. Que los pueblos no se han hecho para los gobiernos, sino los gobiernos para los pueblos, quienes, cuando depositan en alguno el ejercicio de la autoridad pública, lo hacen con la condición expresa de que esta se desempeñe con subordinación al pacto social y en bien de los gobernados; disolviendose todo vinculo de obediencia, luego que se procede contra tan santo principio.

POR TANTO:

De su libre y espontánea voluntad, declaran.

1°. Que el jeneral D. José Rufino Echenique, por su incapacidad moral y falta de virtudes cívicas, ha cesado en el mando supremo de la República: reconociendo esta provincia como Jefe Supremo Político de la Nación con calidad de provisorio, hasta la reunión del Congreso jeneral, al Excmo. Señor D. Domingo Elías, y como Jefe superior de las armas, al Illmo. Gran Mariscal D. Ramón Castilla.

2°. Que nombran así mismo por comandante jeneral de este territorio, al Benemérito señor Jeneral D. Fermín Castillo; encargándose por su ausencia interinamente del servicio de este empleo, al señor coronel D. José Manuel Olachea.

3°. Que respecto de encontrarse en acefalia el departamento, han elejido para el cargo de Prefecto al señor teniente coronel D. Bernardo Bermudez; para el de Sub-prefecto al señor D. José Malpartida; para el de Intendente de Policía al señor D. Antonio Rodriguez; para el de Tesorero al señor D. Hilario Parra; y para el de Administrador de Coreos al Dr. D. Cipriano Zanabria, todos en la clase de interinos, y hasta la aprobación Suprema.

Y en atención al brillante comportamiento de los sarjentos mayores D. Pedro Jaramillo y D. José María Ordoñez, cuya honradez, patriotismo y

valor han economizado la sangre del vecindario, han encomendado al señor Prefecto y señor Comandante Jeneral el encargo especial de recabar del Supremo Gobierno la confirmación de sus ascensos inmediatos que se les ha conferido por el pueblo en esta junta; así como al sarjento mayor D. Juan Moreno y al sarjento mayor graduado D. Joaquín Luna Victoria, debiendo recomendarse á estas personas de un modo muy eficaz á la alta consideración de S. E. el Presidente Provisorio. Con lo que concluyó este acto, que firmaron los concurrentes en el día de la fecha.

Bernardo Bermudez, José Manuel Olaechea juez de minas, José Malpartida, Hilario Parra juez de minas, Cipriano Zanabria Sindico Procurador, Manuel I. La Torre juez de comercio, Raimundo Bringas sindico de minas, Pedro Jaramillo, José Maria Ordoñez, Antonio Rodriguez y Ramirez, José Manuel Delgado, Agustín Chavez, Eusebio Montoya, Cayetano Heredia, Manuel Sanchez Cossio, Manuel Cardenas, Justo Portillo, Pedro Barinaga, Tomas Polar Cornejo, Adrian Minaya, Leandro Mendoza, Miguel Aparicio Lopez, José Manuel Vargas y Santillán, Isidro Dianderas, José Narciso Bustamante, Juan Ibarra, José Leon, Pedro Pedraz, Pascual Ortiz, Agustin Otrera, Narciso Nuñez, Eduardo Villaverde, Agustin Ferruso, Federico Cisneros, Andres Diaz, José Morales, Fidel Bejar, José María Padilla, José Carrion, Marcos del Rosario Egoavil, Juan Manuel Tafur, Camilo Barracia, Felipe Guerrero, Leandro Blanco, Ambrosio González, José Oviedo, Enrique Córdova, Ceferino Lobatón, J. Leandro Coello, Manuel Narvarte, Justo de Paz, Bruno Almonte, José Manuel Pastor, Sebastian Benavides, Carlos María Monteverde, Francisco Inostrosa, Cipriano Mesa, Mariano Collao, Anselmo Camborda, F. Salazar, Andres Irabelo, José Rubin, José Casimiro Rusbin, Julian Benavides, Benito A. Ijorra, Andres Velis, Mariano Santa Maria, Julian Pacheco, Pedro Pablo Peralta, Pedro Ponce, M. Blas Zegarra, Manuel Neyra, Espíritu Loaiza, José Manuel Millan, Francisco Maita, Tomas Castilla, Eustaquio Parra, José Anaya, Tomas Artola, José G. Pizarro, Santos Agreda, Manuel Morel, Ramoón I. Ballesteros, Manuel Ruzo, José Chavez, Sebastian Collantés.

Siguen doscientas y más firmas.

Revista Peruana de Derecho Constitucional N° 14

Versión digital elaborada por el Centro de Estudios Constitucionales del
Tribunal Constitucional

