

El modelo de jurisdicción constitucional: reformas y retrocesos (estudio preliminar)

Samuel B. Abad Yupanqui

Abogado. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Si bien una Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico de un país, la realidad demuestra que con mayor o menor frecuencia es vulnerada por parte de las autoridades e incluso por actos de particulares. Reconociendo tal situación, todo Estado de Derecho garantiza el **principio de supremacía constitucional** y el respeto a los **derechos fundamentales** a través de ciertos instrumentos procesales -llamados garantías o procesos constitucionales- y determinados órganos jurisdiccionales, ya sea el Poder Judicial o un Tribunal Constitucional.

De esta manera, nos referimos al **modelo de jurisdicción constitucional** para definir la forma como se regulan los procesos constitucionales y se estructura el órgano encargado de resolverlos (Poder Judicial, Tribunal Constitucional o, de ser el caso, ambos).

La Constitución peruana de 1979, vigente desde julio de 1980, adoptó un **modelo dual** de jurisdicción constitucional⁽¹⁾ que a la fecha ha sufrido diversas modificaciones. En efecto, el 5 de abril de 1992 el Presidente de la República dispuso, entre otras medidas, la reorganización del Poder Judicial y la desactivación del Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC). Se inició así una etapa en la que la Carta de 1979 quedaba en suspenso en tanto sus disposiciones no sean compatibles con los objetivos del régimen.

Posteriormente, ante la presión de la comunidad internacional, se dio inicio a un "proceso de retorno

a la institucionalidad democrática" que pasa por la elaboración de una nueva Constitución -a nuestro juicio innecesaria e incluso con acento autoritario⁽²⁾- a cargo de un Congreso Constituyente, que fue sometida a referéndum el 31 de octubre. De ahí que sea relevante efectuar un balance de lo sucedido, del perfil del modelo de jurisdicción constitucional vigente y de las reformas que en el plano constitucional se pretende introducir.

I. EL MODELO DE LA CARTA DE 1979.

La configuración del modelo de jurisdicción constitucional fue una de las más importantes innovaciones contempladas en la Carta de 1979. No sólo contaba con un Tribunal Constitucional, llamado Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC), sino además con las siguientes garantías o procesos constitucionales:

- a) El hábeas corpus, cuya existencia formal se remonta a una ley de 1897, protector de la libertad individual, y cuyo trámite se inicia ante el Poder Judicial, pudiendo luego acudir al TGC -hoy desactivado- en casación sólo si era rechazada la pretensión en la vía judicial.
- b) El amparo, de origen mexicano, que tutela derechos fundamentales distintos a la libertad individual, y de trámite similar al hábeas corpus.
- c) La acción de inconstitucionalidad ante el TGC, contra las leyes, decretos legislativos, leyes regionales y

(1) GARCIA BELAUNDE, Domingo. "La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado". En *Lecturas Constitucionales Andinas*, Lima: CAJ, 1991, pág. 186.

(2) Véase "Análisis del Proyecto de Constitución", en *Del Golpe de Estado a la nueva Constitución. Lecturas sobre Temas Constitucionales 9*, Lima: CAJ, 1993, págs. 193 y ss.

ordenanzas municipales contrarias a la Constitución. d) La acción popular, cuyo antecedente inmediato se encuentra en la Carta de 1933, que se tramita ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general que expide el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público.

A ello se suma la atribución del Poder Judicial de inaplicar al caso concreto las normas inconstitucionales, bajo las pautas del sistema difuso o norteamericano (artículo 236 de la Constitución de 1979).

Es decir, para la Carta de 1979 la jurisdicción constitucional correspondía tanto al Poder Judicial, en sus diversas instancias, como a un Tribunal Constitucional. En algunos casos compartían determinadas competencias dentro de un mismo proceso, tal como sucedía en el hábeas corpus y el amparo, pues el Poder Judicial actuaba como instancia y el TGC en casación. En cambio, en otros la ejercían de modo exclusivo; por ejemplo, la acción popular, tramitada ante el Poder Judicial y la acción de inconstitucionalidad, ante el TGC.

Este modelo funcionó en su conjunto hasta el momento de la ruptura del régimen constitucional. Pese a ser el más avanzado de nuestra historia, por diversas razones no operó adecuadamente; por un lado, mostraba serias deficiencias vinculadas al marco normativo que le daba sustento, y por otro, la mala actuación de sus operadores no garantizaba su eficacia. No obstante, jamás a nivel de los poderes públicos se pensó en una **reforma integral y coherente** que pudiera tornarlo eficaz. Por lo general, las reformas planteadas fueron elaboradas al calor de una determinada coyuntura, destacando como aislada excepción una propuesta no gubernamental que no llegó a prosperar⁽³⁾. Por ello, era necesario una reforma democrática que, evaluando dicha experiencia, tratara de brindar un adecuado marco constitucional que lo fortalezca, pero que en ningún caso justificaba la forma autoritaria como el Gobierno la asumió.

II. EL “MODELO” PLASMADO A PARTIR DEL 5 DE ABRIL DE 1992.

Del 5 de abril al 30 de diciembre de 1992 el Gobierno expidió setecientos cuarentiocho Decretos Leyes; diecinueve de ellos en forma arbitraria e inorgánica modificaron la regulación de las garantías

constitucionales y el modelo de jurisdicción constitucional en su conjunto. Pese a haberse instalado el Congreso Constituyente Democrático (CCD) y declararse la vigencia de la Carta de 1979, tales restricciones aún permanecen.

“Producto de los actos gubernamentales realizados a partir del 5 de abril, se comenzó a incluir en cada una de las normas que el Gobierno reputaba necesario, una disposición especial que impedía el empleo del amparo...”

1. El Tribunal de Garantías Constitucionales.

a) La desactivación del TGC.

El Decreto Ley 25418, Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional (6 de abril), dispuso la reorganización integral del TGC. De acuerdo con ello, el Decreto Ley 25422, publicado el 9 de abril, cesó a todos sus magistrados.

Esta decisión fue materializada cuando el TGC se encontraba próximo a cumplir diez años de funcionamiento (recordemos que se instaló en la ciudad de Arequipa en noviembre de 1983). Ella no sólo se “explica” porque para un régimen expresamente alejado del marco constitucional resultaba poco atractivo la existencia de un órgano que lo pudiera controlar, sino además por las sentencias parcialmente estimatorias dictadas en los tres meses previos al golpe y cuyos alcances no agradaron al Ejecutivo.

Efectivamente, el TGC en las sentencias recaídas en las acciones de inconstitucionalidad interpuestas contra los Decretos Legislativos 651 (que dispuso la libertad de tarifas y rutas en el transporte urbano de pasajeros) y 650 (que otorgó carácter cancelatorio a los pagos por concepto de compensación por tiempo de

(3) La propuesta de reforma más completa fue elaborada por el Centro de Estudios Constitucionales de Lima en febrero de 1992. Su texto puede consultarse en *Lecturas sobre Temas Constitucionales* 8, Lima: CAJ, 1992, págs. 255-269.

servicios), consideró que los dispositivos impugnados eran inconstitucionales.

Las referidas decisiones, del 29 de enero y 10 de marzo, respectivamente, fueron severamente cuestionadas, en especial aquella que consideraba inconstitucional otorgar efecto cancelatorio al pago semestral de la compensación por tiempo de servicios. Se decía, entre otras cosas, que la mayoría de sus integrantes eran apristas y que el fallo había sido político. Así, por ejemplo, el editorial del diario "Expreso" criticaba duramente dicha sentencia afirmando que a través de ella, el partido aprista, que "controlaba a los magistrados del TGC", buscaba sabotear el programa económico del Gobierno y obtener ventajas electorales. Agregaba que ello equivalía a decretar la quiebra automática de miles de empresas privadas, pidiendo, finalmente, la renuncia de todos sus magistrados por actuar en forma equivocada⁽⁴⁾.

Si bien, creemos, es posible discutir el criterio interpretativo acogido por el Tribunal, ello jamás podría justificar la medida adoptada. Dicha decisión sirvió más bien para reforzar el proyecto autoritario del Ejecutivo e impedir cualquier posibilidad de control de sus actos.

Por lo demás, al 5 de abril existían aproximadamente treinta expedientes en trámite, que a la fecha aún permanecen paralizados. Se trata de diecinueve recursos de casación (de los cuales dieciséis eran procesos de amparo y tres eran hábeas corpus), así como de once acciones de inconstitucionalidad⁽⁵⁾.

b) La "nueva" competencia de un inactivo TGC.

La situación descrita llegó a límites inconcebibles con la expedición del Decreto Ley 25721, publicado el 15 de setiembre, que modificó el artículo 298 inciso 2 de la Constitución, otorgándole al desactivado TGC la competencia de conocer en casación "de las resoluciones de las acciones de amparo en que el Estado es demandado". Es decir, no sólo aludía a las "resoluciones denegatorias" -tal como lo admite la Carta de 1979- sino además comprendía los casos en que la Corte Suprema declaraba fundada una demanda de amparo contra el Estado.

Dicha norma se "justificaba" por el deseo del Gobierno de suspender, a través de la interposición del recurso de casación, la ejecución de un fallo que le había sido desfavorable. Se trataba de la sentencia de la Corte

Suprema que declaró fundado el amparo presentado por CREDISA y otras empresas contra el Gobierno con motivo de la eliminación del CERTEX (un beneficio tributario concedido a los exportadores)⁽⁶⁾. En la práctica, significaba el "archivamiento" del caso hasta que el TGC volviera a instalarse, lo cual parecía que no sucedería, pues la inicial propuesta gubernamental consistía en eliminarlo del texto constitucional.

Este decreto, además, ha permitido que la Corte Suprema desde diciembre de 1992 siga remitiendo expedientes al desactivado TGC para su eventual revisión, los mismos que, a agosto de 1993, llegaban aproximadamente a setecientos casos. Por cierto, no sorprende que la Corte Suprema conceda estos recursos -pese a no estar en funciones el TGC y tratarse de una norma inconstitucional-, condenando al demandante victorioso al "archivo" de sus aspiraciones, pues muchos de sus actuales integrantes han sido designados por el Poder Ejecutivo.

El Decreto Ley 25721 demuestra con creces la actitud autoritaria del Gobierno. No bastaba con desactivar al TGC para evitar cualquier posible fiscalización jurisdiccional, sino además, en aquellos casos en los cuales el Poder Judicial reconoce la existencia de lesiones a derechos fundamentales por parte del Estado y declara fundada la demanda, será suficiente con interponer un recurso de casación para suspender en forma indeterminada los efectos del fallo. Es decir, si los ciudadanos obtienen una sentencia estimatoria de amparo teniendo como demandado al Estado, aquél sólo requerirá interponer el respectivo recurso para evitar tal "molestia".

2. Restricciones al proceso de hábeas corpus.

La estrategia antissubversiva se ha caracterizado por perseguir una mayor represión del terrorismo y porque sus alcances han restringido severamente el empleo del hábeas corpus.

En términos generales, dicho delito está regulado por el Decreto Ley 25475 (publicado el 6 de mayo), que establece penas muy severas, entre otras la cadena perpetua, y restringe notoriamente derechos y garantías consagrados en la legislación nacional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Posteriormente, el Decreto Ley 25659 (publicado el 13 de agosto) configuró como delito de traición a la patria la comisión de determinados actos terroristas, precisando

(4) "La dictadura de los jueces (apristas)". En "Expreso", 15 de marzo de 1992, pág. A/30.

(5) Información proporcionada por la doctora Gabriela Guillén, secretaria del TGC.

(6) El fallo fue publicado en el diario oficial "El Peruano" el 22-09-92, Separata de Jurisprudencia, págs. 1167-1170.

do que en estos casos su juzgamiento corresponderá a los tribunales militares.

En este contexto, el artículo 6 del Decreto Ley 25659 dispuso que en ninguna de las etapas de la investigación policial y del proceso penal procede utilizar el hábeas corpus cuando se trate de personas detenidas, implicadas o procesadas por delito de terrorismo (Decreto Ley 25475) o por delito de traición a la patria (Decreto Ley 25659).

No puede discutirse la necesidad de una estrategia antisubversiva y de una legislación sobre terrorismo que permita una adecuada sanción a los culpables de este irracional delito. Sin embargo, no compartimos el criterio de que la misma impida el empleo del hábeas corpus cuando se lesione en forma manifiestamente arbitraria la libertad de las personas. Asumir lo contrario importa restringir los derechos fundamentales, abriendo la puerta para posibles excesos al carecer de una garantía eficaz que los proteja.

3. Restricciones al proceso de amparo.

Este ha sido el proceso constitucional que más modificaciones ha sufrido. Aparte de la “nueva competencia” del TGC, se ha alterado el régimen procesal de la medida cautelar y se han creado diversas causales específicas de improcedencia. Ello se “explica” porque el amparo no resulta grato para quienes quieren impedir el cuestionamiento de sus decisiones.

a) *La suspensión del acto o medida cautelar.*

El Decreto Ley 25433 (publicado el 17 de abril) modificó el artículo 31 de la Ley 23506, referido a la suspensión del acto reclamado o medida cautelar. Se trata de una institución destinada a paralizar o detener los actos lesivos a derechos fundamentales, pues de esperar a que ello suceda con la sentencia, el agravio podría tornarse irreparable. Dada la tradicional lentitud de los procesos judiciales, incluido el de amparo, es evidente la importancia de una medida suspensiva urgente y rápida que, al emitirse antes de dictar sentencia, pueda evitar posibles daños irreparables a los derechos de las personas.

El indicado decreto restringió irrazonablemente la posibilidad de suspender de manera rápida los actos lesivos a derechos fundamentales. En efecto, ha extendido de modo innecesario el trámite para su

expedición, exigiendo previamente la audiencia al agresor, la intervención del Ministerio Público y, precisando que de ser otorgada, su ejecución sólo procederá luego de resuelta la respectiva apelación. Además, para impedir la creatividad y el razonamiento judicial que podría permitir dejar de lado dicha norma, ha dispuesto la destitución inmediata de los jueces o fiscales que incumplan lo señalado en el decreto⁽⁷⁾.

b) *La creación de causales de improcedencia.*

Producto de los actos gubernamentales realizados a partir del 5 de abril, se comenzó a incluir en cada una de las normas que el Gobierno reputaba necesario, una disposición especial que impedía el empleo del amparo para cuestionar los actos que a su sombra se cometían. Se trata de los casos siguientes:

- 1) Según el artículo 2 del Decreto Ley 25454 (28 de abril) no procede el amparo para impugnar la aplicación de los Decretos Leyes 25423, 25442 y 25446. El primero dispuso el cese de trece vocales de la Corte Suprema. El segundo hacía lo mismo con otros dos vocales de dicha Corte. Finalmente, el Decreto Ley 25446 cesó a ciento cuatro magistrados y treinta fiscales; de otro lado, conformó una Comisión Evaluadora encargada de realizar un proceso de investigación y sanción de magistrados, secretarios de juzgado y testigos actuarios a nivel nacional.
- 2) El artículo 2 del Decreto Ley 25473 (4 de mayo) precisó que a través del amparo no podía cuestionarse el cese de un Fiscal Supremo dispuesto por el Decreto Ley 25471.
- 3) De acuerdo al artículo 1 del Decreto Ley 25496 (15 de mayo) no cabe impugnar los efectos del Decreto Ley 25492, que cesó a diecisiete magistrados.
- 4) El Decreto Ley 25528 (6 de junio) impedía acudir al amparo para impugnar su aplicación (artículo 8). Este decreto modificaba el régimen legal previsto para la importación de ciertos alimentos.
- 5) El Decreto Ley 25529 (6 de junio) cesó a veinticuatro magistrados, señalando que no procede el amparo para cuestionar sus efectos (artículo 2).
- 6) El Decreto Ley 25531 (6 de junio) cesó a trece registradores públicos, precisando que no procede el amparo para impugnar su aplicación (artículo 2).
- 7) El Decreto Ley 25536 (10 de junio) declaró en estado de reorganización la Oficina Nacional de los Registros Públicos, estableciendo que una Comisión Reorgani-

(7) Según el artículo 3 “Los jueces y magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público quedan encargados del debido cumplimiento del presente Decreto Ley; caso contrario quedarán incurso en la comisión de falta grave que será sancionada con destitución inmediata; sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiera corresponderles por la comisión del delito tipificado en el artículo 418 del Código Penal”.

zadora propondrá una nueva estructura orgánica, realizará una racionalización del personal y, además, que el amparo no podrá ser utilizado para cuestionar tales actos (artículo 4).

8) El Decreto Ley 25545 (15 de junio) dispuso la finalización de los contratos de explotación celebrados por PETROPERU S.A., una empresa del Estado, con los concesionarios de las estaciones de servicio y grifos de expendio de combustibles a ser vendidos dentro del proceso de privatización de empresas estatales. Su artículo 2 indicó que el amparo no procede para impugnar sus efectos.



9) El artículo 2 del Decreto Ley 25560 (19 de junio) señaló que las acciones de amparo iniciadas antes de la vigencia del Decreto Ley 25545, quedaban incluidas en dicho dispositivo.

10) El Decreto Ley 25580 (26 de junio) dispuso que no procede el amparo para impugnar su aplicación (artículo 5). Este decreto cesó a siete magistrados y ciento setentiséis secretarios y testigos actuarios. Tampoco podían impugnarse las acciones de investigación de la Comisión Evaluadora -establecida por Decreto Ley 25446- así como las decisiones de la Sala Plena de la Corte Suprema sobre separación de magistrados y miembros del Poder Judicial.

11) El Decreto Ley 25640 (24 de julio) autorizó la realización de un proceso de racionalización del personal del disuelto Congreso de la República, señalando que no procede el amparo para cuestionar sus efectos (artículo 9).

12) El artículo 6 del Decreto Ley 25659 (13 de agosto)

dispuso que en ninguna de las etapas de la investigación policial y del proceso penal procede el amparo en favor de los detenidos, implicados o procesados por delito de terrorismo y traición a la patria.

13) El Decreto Ley 25700 (1 de setiembre) prorrogó los contratos de arrendamiento de inmuebles ocupados por dependencias de la Policía Nacional, agregando que el amparo no procede para impugnar su aplicación (artículo 3).

14) Según el artículo 10 del Decreto Ley 25967 (19 de diciembre) no cabe el amparo para impugnar los efectos de su aplicación. Dicho decreto modificó la regulación existente para obtener el goce de pensiones de jubilación a cargo del Instituto Peruano de Seguridad Social.

15) El Decreto Ley 25994 (25 de diciembre) autorizó a la Superintendencia Nacional de Aduanas a complementar el proceso de reorganización de personal y cesar a los servidores que no califiquen satisfactoriamente. Dispuso que frente a tales medidas no procede el amparo (artículo 4).

16) De acuerdo al Decreto Ley 26090 (28 de diciembre), los adeudos de carácter laboral que tengan las empresas del Estado e instituciones públicas derivados de beneficios establecidos por contrato individual, por negociación colectiva o por decisión unilateral del empleador, serán cancelados conforme a un cronograma anual de pagos. El artículo 3 de dicho decreto agregó que el amparo no procede por hecho alguno derivado de la aplicación de la citada norma.

17) Finalmente, el Decreto Ley 26119 (30 de diciembre), en el marco del proceso de privatización, dispuso que todos los inmuebles de propiedad de PESCAPERU -una empresa del Estado- que no se encuentren bajo su posesión, serán entregados en el plazo de un mes a un Comité Especial, dejando sin efecto los contratos que concedieron a los poseedores dicho título. Además, señaló que en estos casos el amparo no procede (artículo 6).

La estrategia gubernamental de "crear causales de improcedencia" nos permite arribar a las siguientes conclusiones:

- Se limitan los alcances del amparo estableciéndose zonas exentas de control jurisdiccional. De tal modo, se afectan expresas normas internacionales sobre derechos humanos, que garantizan a toda persona el derecho a un recurso efectivo contra las decisiones gubernamentales que afecten sus derechos fundamentales.
- Se evidencia que la estrategia antisubversiva y la política económica del régimen "requiere" de un modelo que restrinja derechos y limite el empleo de las garantías necesarias para su protección.
- Se llega a diseñar un marco normativo que ha permitido, entre otros aspectos, el procesamiento penal

por supuesto prevaricato, de algunos jueces que en su momento cometieron el "delito" de admitir una demanda de amparo presentada por algunos magistrados destituidos. Incluso, en ocasiones es reiterativa pues "crea" causales de improcedencia ya establecidas (por ejemplo, la disposición complementaria del Decreto Ley 25580 repite lo dispuesto en el Decreto Ley 25454) y, en otras oportunidades, concede retroactividad a sus efectos (Decreto Ley 25560).

Por último, la Ley Constitucional del 9 de enero de 1993 declaró la vigencia de la Carta de 1979 así como la de los decretos leyes "en tanto no sean revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático". Una declaración de tal naturaleza viene permitiendo la subsistencia de tales dispositivos pese a ser manifiestamente inconstitucionales. En todo caso, creemos que si entra en vigor el nuevo texto constitucional, con mayor razón, todos los decretos incompatibles perderían su vigencia.

III. EL PROYECTO CONSTITUCIONAL: UN MODELO CON LIMITACIONES.

El Título V del Proyecto, denominado al igual que la Carta de 1979 "De las Garantías Constitucionales", perfila en cinco artículos el modelo de jurisdicción constitucional adoptado. Además, el artículo 138 regula el sistema difuso -inaplicación judicial de las normas al caso concreto- y el artículo 142 precisa determinados actos no revisables en sede judicial, ambos dispositivos incluidos en el capítulo sobre Poder Judicial. El referido modelo mantiene las mismas garantías previstas por la Carta de 1979 -hábeas corpus, amparo, acción de inconstitucionalidad, acción popular-, aunque con algunas modificaciones y limitaciones. Incluye, además, tres nuevos instrumentos procesales: el hábeas data, la acción de cumplimiento y los conflictos de competencia o atribuciones. De otro lado, luego de varias marchas y contramarchas, opta por mantener un Tribunal Constitucional, así como un artículo que consagra el control difuso.

1. Los anteproyectos iniciales: graves omisiones.

a) *La anunciada eliminación del TGC.*

A partir de la segunda década del presente siglo, la necesidad de contar con un órgano especializado encargado de velar por el respeto de la Constitución

-denominado Tribunal Constitucional- ha ido paulatinamente esparciéndose no sólo en Europa, sino también recientemente en algunos países de América Latina; así, por ejemplo, ha sucedido en Chile, Ecuador, Guatemala y Colombia. En el Perú, tal influencia se expresó en la Carta de 1979 al incorporarse el TGC.

Si bien el balance de su funcionamiento no ha sido favorable, tampoco lo ha sido la actuación del Poder Judicial, el Parlamento u otras instituciones del Estado; sin embargo, respecto a ellos nunca se propuso su eliminación, sino precisamente su reforma.

No obstante, abierto el proceso constituyente, la mayoría optó por eliminar al TGC y otorgarle sus competencias a la Sala Constitucional de la Corte Suprema -que forma parte del Poder Judicial-, cuyos magistrados se encuentran sujetos a ratificaciones cada siete años (artículo 154 inciso 2). No nos parecía una solución adecuada y felizmente se optó por mantener un Tribunal Constitucional. Diversas razones fundamentan nuestra opinión:

1) Durante nuestra historia republicana, el Poder Judicial se ha caracterizado por su marcada dependencia del poder político y un escaso desarrollo jurisprudencial que no ha permitido un eficaz control de la Constitución. Uno de los motivos que condujo a la incorporación del TGC en la Carta de 1979 fue precisamente la desconfianza hacia el Poder Judicial. La propuesta de otorgar parte de las atribuciones de un Tribunal Constitucional a la Corte Suprema no sólo olvida las razones que condujeron a la aparición del TGC entre nosotros, sino además, podría llegar a restringir el control constitucional en la medida que se entrega a un poder que históricamente no ha sido independiente.

2) Suprimir al TGC y sustituirlo por el Poder Judicial podría eventualmente originar serios conflictos. Por ejemplo, de ser así, ¿quién controlaría los actos inconstitucionales cometidos por el Poder Judicial? Si se elimina el TGC, la Corte Suprema sería el único órgano que examinaría la validez constitucional de sus actos. Debe tomarse en cuenta que, en nuestro país, la mayor parte de acciones de amparo (60% aproximadamente) se han presentado contra resoluciones judiciales⁽⁸⁾, ¿acaso se podría pensar en una verdadera independencia si el mismo Poder Judicial actúa como juez y parte? Además, podrían generarse roces o conflictos entre la Sala Constitucional y las restantes Salas de la Corte Suprema, pues sus decisiones eventualmente podrían ser revisadas por la primera, convirtiéndola en una especie de "supersala".

(8) ABAD YUPANQUI, Samuel B. "¿Procede el amparo contra resoluciones judiciales?". En *Lecturas sobre Temas Constitucionales* 2, Lima: CAJ, 1988, pág. 35.

3) La actuación y concepción del Derecho que caracteriza al juez es distinta a la del magistrado constitucional. El primero, por lo general, evidencia un excesivo y tradicional apego al texto de la ley (legalismo), mientras el segundo trata de priorizar la Constitución y el conjunto de valores que la inspiran. La experiencia de los países que cuentan con tribunales constitucionales demuestra cómo sus magistrados, a través de su jurisprudencia, han permitido un avance sustantivo respecto al contenido y alcances de las instituciones, recreando los formalistas criterios esgrimidos por el Poder Judicial.

4) Asimismo, el *status* del magistrado constitucional es diferente del que caracteriza al juez común. En efecto, el primero debe ser un funcionario nombrado por un determinado periodo, que no debe ser reelegido inmediatamente; en otras palabras, un magistrado que no trata de hacer carrera judicial y no cuenta, por ende, ni con una vocación de permanencia en el cargo ni con las limitaciones que ello conlleva.

Nos parece positivo que se haya acogido tales cuestionamientos y se haya podido mantener la figura del Tribunal Constitucional, aunque este último requiere ajustes fundamentales.

“... el hábeas data, como figura procesal muy urgente destinada a proteger la libertad informática, opera en rigor como una modalidad del amparo (...) examinando el Proyecto, resultaba innecesaria su incorporación...”

b) *La supresión del control difuso.*

Las dos versiones iniciales del Anteproyecto mantenían el artículo 236 de la Carta de 1979 conforme al cual “en caso de incompatibilidad entre una norma

constitucional y una legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna”. La tercera versión dada a publicidad, debido a un apresurado y desacertado recorte, eliminó de su articulado una norma de tal naturaleza, volviendo al esquema de la Carta de 1933, que tampoco la contemplaba.

De esta manera, se ignoraban las razones que condujeron al constituyente de 1979 a elevar a rango constitucional el referido dispositivo que, durante la vigencia de la Carta de 1933, estuvo contenido en el Título Preliminar del Código Civil de 1936. En efecto, como se recordará, la interpretación efectuada por la Corte Suprema fue restrictiva de los alcances de dicho dispositivo; así por ejemplo, limitó su aplicación a la materia civil y no a las restantes áreas⁽⁹⁾. Por ello, resulta conveniente que el Proyecto haya mantenido el artículo 236 de la Constitución vigente de 1979. De lo contrario, hubiera sido posible que la ley reguladora niegue la posibilidad de este control judicial o, en todo caso, decida limitarlo.

2. El modelo adoptado por el Proyecto.

2.1 Tribunal Constitucional.

Como indicamos, el balance del funcionamiento del TGC no ha sido favorable. Las limitadas competencias, el reducido número de sujetos que podían iniciar una acción de inconstitucionalidad, la inadecuada ubicación de su sede, la exigencia de un mínimo número de votos para dictar un fallo -lo que impidió en varios casos hacerlo-, los restringidos efectos de las sentencias que requerían de la ayuda del Congreso, fueron algunas de las razones normativas que impidieron su eficiente funcionamiento. A ellas se unieron interpretaciones erróneas o de escaso contenido, un apego indebido de algunos magistrados a los órganos que los designaron y también influencias políticas.

Evaluando tal experiencia, debió plantearse la renovación de este Tribunal, empezando por trasladar su sede a Lima y aceptarlo como el intérprete supremo de la Constitución, es decir, su criterio ha de primar sobre los restantes órganos. Además, debió ampliarse sus atribuciones; incluso, pudo dejarse abierta la puerta para que la ley reguladora le atribuya nuevas competencias. También debió reformarse el sistema de selec-

(9) Nos referimos al hábeas corpus presentado a favor de José Luis Bustamante y Rivero contra la disposición gubernamental que le impedía reingresar al país, dictada en aplicación de la Ley 11049 de Seguridad Interior de la República. En tal ocasión, la Corte Suprema en su resolución de 7 de enero de 1956, sostuvo “que el artículo 22 del Título Preliminar del Código Civil, en que se pretende sustentar la facultad judicial para no aplicar las leyes, no puede regir sino en el campo restringido del derecho civil (...); para que el Poder Judicial pudiera aplicar la facultad que se le atribuye, sería necesario que ella emergiera consignada en forma expresa o inequívoca de la propia Constitución” (GARCIA BELAUNDE, Domingo. El hábeas corpus interpretado, Lima: PUC, 1971, pág. 171).

ción, designación y estatuto de sus magistrados. Por ejemplo, bien pudo ser el Consejo Nacional de la Magistratura quien los designe, sin intervención de los restantes poderes públicos, y que sean nombrados por seis años, sin renovación por tercios ni reelección inmediata.

El Proyecto, luego de intensos cuestionamientos, mantiene un Tribunal Constitucional, aunque a nuestro juicio todavía no lo regula adecuadamente.

a) *Designación de magistrados.*

Uno de los más serios cuestionamientos efectuados al TGC fue precisamente la politización presente en el nombramiento de sus magistrados. El Proyecto no brinda una respuesta satisfactoria al disponer que sus siete integrantes serán elegidos por el Congreso, con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros (artículo 201).

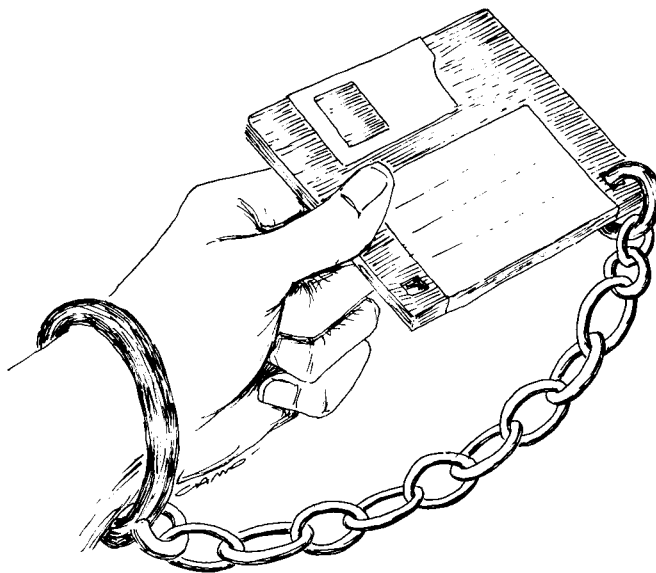
Los sistemas que otorgan una activa participación al Congreso contribuyen a politizar la designación de los magistrados, lo cual no garantiza su efectiva independencia. Incluso, de no contarse con la mayoría exigida, podría presentarse la figura del "cupó" o "cuota" entre aquellos partidos que tienen una mayoría relativa -que designarían cinco miembros, por ejemplo- y aquellos que no la tienen -que nombrarían los restantes-, tal como la experiencia de otros países lo ha demostrado.

Por lo demás, debe tomarse en cuenta que en la actual coyuntura, el nombramiento de los magistrados lo realizaría el CCD, que permanecerá en funciones hasta 1995, lo cual "garantizaría" que la mayoría designe a los magistrados de su preferencia. En efecto, si a los cuarenticuatro representantes de la agrupación oficialista "Nueva Mayoría-Cambio 90" se agregaran los votos de "Renovación" (seis), FREPAP (dos), y el de los congresistas disidentes de otras agrupaciones (dos del FIM), se contaría con cincuenticuatro, votos que exceden el número mínimo que garantiza el control de los nombramientos.

b) *¿Intérprete supremo?*

Uno de los problemas que con frecuencia se ha presentado ha sido la falta de unidad interpretativa en materia de jurisdicción constitucional. No ha sido extraño que ante un pronunciamiento efectuado por el TGC el Poder Judicial haya esgrimido un criterio distinto. Esto sucedió, por ejemplo, cuando la Tercera Sala

Civil de la Corte Superior de Lima, en el proceso de amparo iniciado por la Cámara Peruana de Construcción (CAPECO) contra la aplicación de la Ley 25202 (Exp. N°1548-90), declaró fundada la demanda, sin respetar el criterio interpretativo del TGC contenido en la sentencia desestimatoria recaída en la acción de inconstitucionalidad iniciada contra la indicada ley.



Hubiera sido conveniente que el Proyecto definiera al Tribunal Constitucional como el supremo intérprete de la Constitución, lo cual constituye una característica esencial de esta clase de tribunales. Ello no significa que sea su único intérprete, sino que, reconociendo la competencia de los demás órganos para hacerlo -por ejemplo el Poder Judicial o el Legislativo-, la interpretación que el Tribunal acoja es la que ha de primar sobre los restantes órganos constitucionales⁽¹⁰⁾. Al obviar tal declaración, se admite la permanencia de los conflictos que en la práctica ya se han suscitado.

2.2 *Procesos constitucionales.*

a) *Amparo.*

A nuestro juicio, no resulta conveniente impedir su empleo frente a normas legales y resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular (artículo 200 inciso 2).

(10) PEREZ ROYO, Javier. Tribunal Constitucional y División de Poderes, Madrid: Tecnos, 1988, pág. 71.

Existen claros supuestos de normas legales de ejecución inmediata -conocidas en doctrina como "normas autoaplicativas"⁽¹¹⁾-, que no requieren de ningún acto que las aplique o reglamente, pues desde su vigencia lesionan derechos fundamentales. En estos casos, creemos, debió ser posible utilizar directamente el amparo. Además, si se toma en cuenta que el carácter general de la ley se encuentra actualmente en crisis por la frecuente existencia de leyes singulares que son "la expresión natural del Estado de nuestro tiempo"⁽¹²⁾, no se explica la negativa constitucional a permitir el empleo de este proceso contra normas. Así por ejemplo, en Europa, el derecho alemán lo admite, y en América Latina tanto la experiencia mexicana como la costarricense lo habilitan en tales supuestos. De otro lado, una interpretación que armonice este inciso con aquel que reconoce el control difuso (artículo 138) nos conduce a afirmar que si bien no procede el amparo contra normas legales, sí cabría frente a los actos de aplicación de tales normas.

Asimismo, resultaría contradictorio entender que pese a que el Proyecto reconoce determinados derechos fundamentales de las personas sometidas a un proceso judicial -debido proceso o derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 139 inciso 3)- impide su protección a través del amparo. Esta incoherencia se presenta porque esos derechos se ejercitan -y vulneran también- en un proceso judicial, con lo cual al impedir el amparo ante una lesión manifiesta, no gozarían de una garantía constitucional que los proteja. Consideramos, más bien, que al reiterar lo dispuesto por el artículo 6 inciso 2 de la Ley 23506, puede asumirse la expresión procedimiento regular como aquel en el cual se ha respetado las pautas esenciales de un debido proceso y, en consecuencia, si ellas no son respetadas no habría impedimento alguno para acudir al amparo. En todo caso, creemos que resultaba innecesario incluir esta expresión en el Proyecto, pues ella ya había sido prevista por la Ley 23506.

Además, se establecen zonas exentas de control, asumiendo en el plano constitucional que determinados actos constituyen "causas no justiciables", doctrina que en la actualidad se encuentra en franco retroceso. En efecto, según el artículo 142 del Proyecto, "no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura

en materia de evaluación y ratificación de jueces". Como se recordará, la experiencia de la aplicación de la Décimo Tercera Disposición Transitoria de la Constitución de 1979 evidenció notorios excesos respecto a la ratificación de magistrados, que pudieron ser subsanados a través del proceso de amparo. La norma del proyecto impide tales cuestionamientos.

Se reduce también el campo de aplicación del amparo en relación a lo dispuesto por el texto de 1979. En efecto, el Proyecto al incluir al hábeas data -como veremos, con una versión exageradamente amplia- y disponer que protege los derechos reconocidos por el artículo 2 incisos 5, 6 y 7, reduce el área de protección correspondiente al amparo, que por tanto ya no resguardará tales derechos.

No cabe duda que a lo largo de los últimos años se han presentado notables abusos en el ejercicio del proceso de amparo, sin embargo la alternativa no consiste en restringirlo en el plano constitucional. Este problema debió ser abordado fundamentalmente por la ley reguladora, la cual ha de contemplar con precisión en qué casos debe proceder.

b) *Hábeas corpus.*

En esta materia, lo más relevante consiste en haber introducido una norma que permite que durante los estados de excepción -estado de emergencia y estado de sitio- puedan utilizarse los procesos de hábeas corpus y amparo, incluso respecto a los derechos objeto de suspensión, para verificar la **razonabilidad y proporcionalidad** de la restricción operada (artículo 200).

Los constantes excesos y arbitrariedades experimentados a lo largo de la vigencia de estos regímenes aconsejaban adoptar normas constitucionales que los eviten. Y es que si bien, en determinadas circunstancias cabe decretar un estado de excepción, las personas deben contar con la posibilidad judicial de proteger sus derechos frente a los abusos y arbitrariedades a través del hábeas corpus y del amparo. Más aun, si tomamos en cuenta que en el Perú el teórico carácter excepcional de los estados de emergencia se ha convertido en una situación no sólo frecuente, sino hasta normal y cotidiana⁽¹³⁾.

El Proyecto admite este tipo de control -razonabilidad y proporcionalidad- aunque sólo alude al

(11) BURGOA, Ignacio. El juicio de amparo. Porrúa, México, 1990, 27ª ed., pág. 223.

(12) SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, tomo I, pág. 517.

(13) EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Los retos de una democracia insuficiente, Lima: CAJ, 1990, pág.113.

hábeas corpus y al amparo, olvidando referirse al hábeas data que, al proteger derechos fundamentales, también debió ser considerado.

c) *Hábeas data.*

Los notables avances de la informática en la vida contemporánea plantean nuevos retos para la tutela de los derechos fundamentales. En tal sentido, derechos tales como la intimidad, el honor o la dignidad de las personas, pueden verse afectados por el registro y uso indebido de la información contenida en los bancos de datos, que de carecer de protección adecuada, puede conducir a que las personas sufran perjuicios serios e irreparables.

Es por ello que tanto en la doctrina, en la legislación comparada, como en la jurisprudencia, surge la necesidad de proteger los datos personales. Se habla incluso de un nuevo derecho fundamental, al que Enrique Pérez Luño denomina "libertad informática" y que el Tribunal Constitucional alemán califica como "derecho a la autodeterminación informativa". El referido derecho, que para un importante sector de la doctrina goza de autonomía, "tiene por objeto garantizar la facultad de las personas para conocer y acceder a las informaciones que les conciernen archivadas en bancos de datos; controlar su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su transmisión"⁽¹⁴⁾.

Ante la necesidad de contar con una regulación que enfrente estos problemas, distintos países europeos a partir de 1970, paulatinamente van elaborando una legislación específica que llega incluso en el plano internacional a la elaboración del "Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal" del 28 de enero de 1981. Del mismo modo, en Estados Unidos, la *Privacy Act* del 31 de diciembre de 1974 trata de contemplar garantías para ello.

En América Latina destaca la experiencia brasileña (artículo 5 LXII, Constitución de 1988), colombiana (artículo 15, Constitución de 1991), paraguaya (artículo 135, Constitución de 1992), así como los avances de algunas constituciones provinciales argentinas. Esto último sucede, tratándose de la Provincia de la

Rioja (artículo 30, Constitución de 1986), San Juan (artículo 26, Constitución de 1986), Córdoba (artículo 50, Constitución de 1987) y Río Negro (artículo 20, Constitución de 1988)⁽¹⁵⁾.

Ahora bien, es preciso diferenciar el derecho fundamental susceptible de ser vulnerado o amenazado por el uso indebido del "poder informático" del instrumento procesal que lo garantiza. En efecto, el hábeas data, como figura procesal muy urgente destinada a proteger la libertad informática, opera en rigor como una modalidad del amparo aunque "con finalidades específicas"⁽¹⁶⁾. A través de él, en consecuencia, se puede tutelar el derecho a la libertad informática para acceder a la información que sobre una persona o sus bienes se encuentra contenida en los bancos de datos, así como para conocer el uso que se haga de ella y su finalidad. Asimismo, podrá solicitarse la actualización, rectificación o destrucción de los datos o informaciones inexactos, erróneos o que afectan ilegítimamente sus derechos.

"El amparo, el hábeas corpus, el funcionamiento de un Tribunal Constitucional y del modelo de jurisdicción constitucional en su conjunto, no resultan gratos para regímenes autoritarios"

En realidad, examinando el Proyecto de Constitución, resultaba innecesaria su incorporación, pues para garantizar este derecho era suficiente con regular adecuadamente al proceso de amparo. En segundo lugar, ha sido incorporado de modo exageradamente amplio, lo que demuestra un evidente desconocimiento de los alcances de esta figura; así, por ejemplo, no tiene sentido que el derecho de rectificación a que se

(14) PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica". En LOSANO, Mario. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. GUERREROMATEUS, Ma. Fernanda. Libertad informática y leyes de protección de datos personales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág. 140.

(15) CORREA, Carlos. Evolución reciente del derecho informático en América Latina. Buenos Aires, La Ley, 6 de febrero de 1991, pág. 3.

(16) SAGÜES, Néstor. Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo. Buenos Aires, Astrea, 3ª ed., 1991, págs. 654-655.

refiere el inciso 7 del artículo 2 del Proyecto sea tutelado por el hábeas data. En tercer lugar, se habilita contra cualquier autoridad, funcionario o persona, lo cual constituye una extensión innecesaria. Sólo debería proceder contra funcionarios y autoridades públicas o, en todo caso, sujetos privados de carácter público. La experiencia comparada y los riesgos que implicaría habilitarlo contra particulares sin efectuar mayores precisiones así lo aconseja. En Brasil, por ejemplo, procede contra "entidades gubernamentales o de carácter público"; de modo similar, en Paraguay cabe frente a aquellas informaciones que "obren en registros oficiales o privados de carácter público".

Por lo demás, ha despertado sospechas, fundamentalmente en los medios de comunicación, la posibilidad de utilizarlo como instrumento de censura o en todo caso molestia para la libertad de expresión. Ante esto podemos indicar que la amplitud de la figura puede en la práctica facilitar que se cometan excesos, frente a los cuales habría que priorizar en la interpretación el inciso 4 del artículo del Proyecto -copiado de la Carta de 1979- y el artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que impiden todo tipo de censura previa; así como una madura interpretación de lo que significa "proporcional" (artículo 2 inciso 7) para evitar cualquier tipo de peligro. En esta materia, tanto la ley reguladora como un sano criterio judicial tienen la palabra, aunque el problema por cierto se origina debido a la innecesaria incorporación de esta figura y su mala regulación.

En este sentido, el proyecto de ley presentado el 25 de octubre al CCD por el Presidente de la Comisión de Constitución, que consta de sólo dos artículos, y que entraría en vigencia en la misma fecha que la nueva Constitución, no sólo resulta antitécnico y "peculiar" por tratar de regular una norma constitucional no vigente, sino hasta demagógico. En efecto, señala que "la acción de hábeas data no puede afectar el ejercicio de las libertades de información, opinión, expresión o difusión del pensamiento, por cualquier medio de comunicación social sin ningún impedimento, ni censura o autorización previa pública o privada. Tampoco puede afectar el secreto profesional de los periodistas, ni los demás derechos de la persona prote-

gidos por la Constitución" (artículo 1).

La regulación de esta figura no debe realizarse de modo aislado, ella debe formar parte de una coherente e integral "Ley de Jurisdicción Constitucional" o "Ley de Garantías Constitucionales" -incluso así lo señala el antepenúltimo párrafo del artículo 200- que reglamente adecuadamente estos procesos. Además, este apresurado proyecto de ley olvida plantearse y resolver algunos problemas procesales que precisamente han surgido en aquellos países que lo contemplan -por ejemplo Brasil-, que exigen definir cuál será el procedimiento a seguir y si en estos casos deberá agotarse previamente la vía administrativa⁽¹⁷⁾. En rigor, lo que el texto pretende es evitar cualquier tipo de cuestionamiento frente a los alcances de una figura que ha motivado intensa discusión.

d) Acción de cumplimiento.

El inciso 6 del artículo 200 parece haberse inspirado en el artículo 87 de la Constitución colombiana (1991), según el cual "Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido".

En realidad, esta acción de cumplimiento, tanto en la versión del Proyecto como en la de su probable antecedente colombiano, se encuentra muy cercana al *writ of mandamus* norteamericano. En efecto, como señala Fix Zamudio aquél "implica la solicitud ante un tribunal para que expida un mandamiento que ordene a una autoridad que cumpla con las atribuciones que le confieren disposiciones legales"⁽¹⁸⁾. Este *writ*, agrega el citado autor, ha tenido una influencia apreciable en los países latinoamericanos, por ejemplo en los ordenamientos procesales de las provincias argentinas⁽¹⁹⁾.

Asumiendo entonces que la acción de cumplimiento sería una especie de *mandamus*, nos parece innecesaria su plasmación como una institución autónoma y distinta a las restantes garantías existentes, pues en términos generales bien puede encargarse el amparo de tal cometido⁽²⁰⁾. En tal sentido, creemos, se trataría de una figura innecesaria.

(17) OTHON SIDOU, J.M. "Las nuevas figuras del derecho Procesal Constitucional brasileño: mandato de injuncao y hábeas data". Traducción de Héctor Fix Zamudio. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado. UNAM, N° 70, 1991, pág. 182.

(18) FIX ZAMUDIO, Héctor. La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales. Madrid, Civitas, 1982, pág. 90.

(19) *Ibidem*, pág. 93.

(20) Así por ejemplo, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Lima (Exp. N°1768-83) declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Carlos Ayllón Mattos y otros contra el Concejo Distrital del Rímac, debido a que la autoridad emplazada no cumplía con reponer al

e) *Acción de inconstitucionalidad y acción popular.*

En esta materia resulta positivo que el inciso 4 del artículo 219 amplíe las normas susceptibles de control, pues la acción de inconstitucionalidad procedería contra las leyes, decretos legislativos, ordenanzas municipales, decretos de urgencia, tratados y convenios internacionales y reglamentos del Congreso. Lo mismo puede afirmarse respecto al incremento de la relación de sujetos que pueden interponerla (artículo 222).

Sin embargo, la discusión surge al regularse los efectos de las sentencias, pues si bien se corrige el error de la Carta de 1979 que requería el "permiso" del Congreso para dictar una ley que derogue la norma declarada inconstitucional, todavía se mantiene lo dispuesto por el citado texto respecto a los efectos irretroactivos de las sentencias estimatorias. En nuestra opinión, hubiera sido preferible admitir que en ciertos supuestos cabe reconocer efectos retroactivos a las sentencias, tal como por ejemplo sucede en el sistema austriaco⁽²¹⁾. Una opción absoluta como la del Proyecto no resulta la más conveniente.

Respecto a la acción popular, resulta conveniente haberla mantenido en tanto proceso dirigido a cuestionar normas de carácter general de jerarquía inferior a la ley que contravengan ya sea la Constitución o las leyes.

f) *Conflictos de competencia o de atribuciones.*

El principio de división de poderes, plasmado en toda Constitución, puede ser visto desde dos perspectivas: división territorial o vertical del poder (Gobierno Central, Gobiernos Regionales y Locales) y división funcional u horizontal del poder (poderes del Estado, o más exactamente, órganos constitucionales).

Con el avance del proceso de "juridificación" de la Carta Fundamental, se va desarrollando un nuevo proceso constitucional, cuyo conocimiento corresponde a un tribunal especializado, destinado a resolver aquellos conflictos que puedan suscitarse respecto a las

atribuciones que la propia Constitución reconoce a distintos órganos, en dos niveles.

En primer lugar, los conflictos de competencias constitucionales entre el Gobierno Central y los Gobiernos Locales y Regionales o los de éstos entre sí (división territorial del poder); y, en segundo lugar, los conflictos de competencia que puedan presentarse entre los órganos constitucionales del Estado, por ejemplo, Parlamento, Poder Ejecutivo, Poder Judicial, Ministerio Público, Consejo Nacional de la Magistratura, Jurado Nacional de Elecciones (división funcional del poder). Ello significa que "la división de poderes está jurídicamente y no sólo políticamente garantizada"⁽²²⁾.

El artículo 202 inciso 3 del Proyecto, dispone que corresponde al Tribunal Constitucional conocer los conflictos de competencias o atribuciones asignadas por la Constitución, lo que resulta un positivo avance. El problema se presenta por lo genéricas que resultan las atribuciones de algunos sujetos susceptibles de conflicto -por ejemplo, las regiones (artículo 197)-, lo cual exigirá una adecuada precisión legal.

g) *Dos procesos no contemplados.*

Un avance de la jurisdicción constitucional es el que se refiere al control constitucional de las omisiones del legislador (proceso constitucional por omisión). En este sentido la experiencia brindada por la Constitución portuguesa (1976) y la brasileña (1988) constituye un paso importante. Hubiera sido conveniente incorporar esta institución como competencia del Tribunal Constitucional, inspirándonos en el caso portugués, a fin de "poner en conocimiento del órgano legislativo competente la inconstitucionalidad de su incumplimiento del deber de legislar"⁽²³⁾. Este instrumento procedería ante el incumplimiento de normas "que de forma permanente y concreta vinculan al legislador a la adopción de medidas legislativas concretizadoras de la Constitución"⁽²⁴⁾.

También pudo reflexionarse sobre la posibilidad de introducir el control preventivo de normas

trabajador pese a existir una resolución administrativa del Consejo Nacional del Servicio Civil que así lo ordenaba. Casos similares fueron resueltos favorablemente por la Corte Suprema de Justicia (Exps. N°1735-84 y N°895-86). Cfr. TRIBUNAL NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL. Jurisprudencia Administrativa. Lima, Cultural Cuzco, 1991, págs. 271 y 279-281.

(21) WEBER, Albrecht. "La jurisdicción constitucional en Europa Occidental: una comparación". En Revista Española de Derecho Constitucional. Madrid, CEC, 1986, N°17, pág. 65.

(22) ARAGON REYES, Manuel, Prólogo al libro de GOMEZ MONTORO, Angel. El conflicto entre órganos constitucionales. Madrid, CEC, 1992, pág. 20.

(23) AHUMADA RUIZ, María Angeles. "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas". En Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, CEC, N°8, 1991, pág. 193.

(24) GOMES CANOTILHO, J.J. Citado en Ibidem, pág. 193.

como competencia del Tribunal Constitucional, especialmente para el caso de los tratados internacionales, tal como existe en Francia y España⁽²⁵⁾. En todo caso, bien pudo establecerse una disposición abierta que permita al legislador ordinario ampliar las competencias del Tribunal Constitucional, como sucede en la experiencia española.

V. REFLEXIONES FINALES.

a) No podemos afirmar que el modelo de jurisdicción constitucional previsto por la Carta de 1979 haya funcionado idóneamente. Sin embargo, no es posible cuestionarlo y modificarlo irracionalmente, olvidando la conveniencia de pensar en forma concertada en una reforma integral del mismo. Tampoco se requiere mucho esfuerzo para darnos cuenta de lo que está detrás de ello. El amparo, el hábeas corpus, el funcionamiento de un Tribunal Constitucional y del modelo de jurisdicción constitucional en su conjunto, no resultan gratos para regímenes autoritarios.

b) La Declaración Universal (artículo 8), la Declaración Americana (artículo 25), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2.3) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 7.6 y 25), reconocen a todas las personas el derecho a un recurso efectivo que las amparen contra los actos que lesionen sus derechos fundamentales. Sin embargo, pese a la existencia de tales disposiciones que obligan al Estado peruano, y que inicialmente se aseguró respetar, el hábeas corpus y el amparo continúan restringidos debido a diversos decretos leyes expedidos por el Gobierno, que aún siguen vigentes. Por lo demás, resulta preocupante que el Congreso Constituyente, pese a haber declarado la vigencia de la Carta de 1979, no haya derogado los citados decretos. Ello demuestra la limitada o nula labor fiscalizadora que viene cumpliendo. Tampoco el Poder Judicial ha dispuesto su inaplicación ante su manifiesta inconstitucionalidad. Entendemos que al entrar en vigencia la nueva Carta, dichos

decretos, en tanto también la contradicen, quedarían derogados.

c) Resulta fundamental para un adecuado y eficaz control de los actos de los poderes públicos, especialmente del Poder Ejecutivo -cuyas atribuciones han sido excesivamente robustecidas en el proyecto constitucional-, contar con un órgano independiente e imparcial que proteja a los ciudadanos frente a sus excesos. A nuestro juicio, un reformado Tribunal Constitucional, distinto a su antecedente previsto por la Carta de 1979, hubiera podido cumplir tan delicado e importante objetivo. El modelo adoptado por el Proyecto, al carecer de un adecuado sistema de nombramiento de magistrados y no haber sido configurado como intérprete supremo de la Constitución, no enfrenta idóneamente estos problemas.

d) Los procesos o garantías constitucionales tomados de la Carta de 1979 han sido regulados imponiéndoles en ocasiones expresas limitaciones, tal como sucede con el amparo, y en otros casos introduciendo elementos positivos, como su procedencia durante los regímenes de excepción. Los nuevos procesos incorporados son en ocasiones innecesarios, por ejemplo el hábeas data -incluso muy mal regulado- y la acción de cumplimiento. Destacan como aislada excepción, los conflictos de competencia o atribuciones que requieren una regulación adecuada que encauce su funcionamiento.

e) Si se hubiera deseado sinceramente efectuar un esfuerzo porque la reforma elaborada sea eficaz y duradera, se debió optar por robustecer las instituciones encargadas de velar por el respeto del principio de supremacía constitucional. De lo contrario, todo contenido sustantivo que la Carta aporte no tendría mayor significado. ¿Qué sentido y permanencia tendría una Constitución si ella no cuenta con el órgano especializado, independiente e imparcial, que en caso de violaciones a la Carta pueda restablecer rápida y eficazmente la normalidad constitucional? ²⁶

(25) MODERNE, Franck. "El control previo de constitucionalidad en la Europa Contemporánea". En La Jurisdicción Constitucional. San José, Editorial Juricentro, 1993, pág. 167.