

Evolución de la acción popular: el modelo peruano de control constitucional sobre reglamentos

JUAN CARLOS MORÓN URBINA*

Resumen

La acción popular ha sido el instrumento de control constitucional pionero en nuestro constitucionalismo y reviste singularidad en el derecho comparado, pues otros Estados han optado por confiar el control jurídico sobre los reglamentos al proceso contencioso administrativo o al proceso de inconstitucionalidad, sin desarrollar un proceso jurídico específico para reglamentos. Pese a las innovaciones incorporadas por el Código Procesal Constitucional su desarrollo y difusión aún no alcanzan el propósito deseado de controlar eficientemente las arbitrariedades reglamentarias.

Palabras clave: Procesos constitucionales. Proceso de acción popular. Reglamento. Proceso de inconstitucionalidad. Proceso contencioso administrativo. Poder Judicial.

Sumilla

1. Aspectos históricos relevantes en la evolución de la acción popular en el derecho constitucional peruano
2. La naturaleza de la acción popular como proceso de control normativo
3. La vinculación entre los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad
 - 3.1. La subordinación del proceso de acción popular a lo resuelto en aspectos conexos en procesos de inconstitucionalidad
 - 3.2. La tramitación preferente del proceso de inconstitucionalidad respecto de la acción popular cuando hayan normas relacionadas en ambos procesos
 - 3.3. El trasplante de las técnicas de interpretación desarrolladas en los procesos de inconstitucionalidad al proceso de acción popular (ej. Interpretación de las normas cuestionadas conforme a la Constitución)
 - 3.4. Improcedencia del proceso de acción popular si la norma reglamentaria reitera la regla consagrada en una disposición con rango de ley
4. La competencia judicial para conocer el proceso de acción popular y las propuestas de cambios
5. Los supuestos en que el Tribunal Constitucional puede ejercer control abstracto sobre la validez constitucional de un reglamento

* Profesor de Derecho Administrativo y magíster en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

6. El tratamiento de los reglamentos antijurídicos en el derecho comparado: la vía del proceso contencioso administrativo y el proceso de inconstitucionalidad

6.1. El proceso contencioso administrativo

6.2. El proceso de inconstitucionalidad

Conclusiones

1. Aspectos históricos relevantes en la evolución de la acción popular en el derecho constitucional peruano

Cronológicamente el proceso de acción popular ha sido el instrumento pionero del control normativo dentro de nuestro constitucionalismo. Apareció en la Constitución Política de 1933 (sin haber sido planteada en el famoso Anteproyecto de la Comisión Villarán), se mantuvo en la Carta de 1979, y encuentra lugar en la vigente Constitución Política de 1993. La evolución normativa la podemos apreciar a continuación:

Constitución de 1933

«Artículo 133.- Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente».

Constitución de 1979

«Artículo 295.- [...]

Hay acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público».

Constitución de 1993

«Artículo 200°. Son garantías constitucionales: [...]

La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen».

Como se puede advertir a largo de las tres constituciones se mantiene como núcleo común ser un mecanismo procesal que permite a cualquier persona plantear la ilegalidad o inconstitucionalidad de reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos gubernativos de alcance general.

No obstante esta circunstancia, la evolución de la institución la debemos apreciar en función a la manera en que fue desarrollada por la legislación ordinaria y luego, por la práctica judicial en su aplicación concreta.

Podemos hablar de tres fases sucesivas:

- Desde su aprobación en la Constitución Política de 1933 hasta la Constitución Política de 1979.
- Desde su aprobación en la Constitución Política de 1979 hasta la Constitución Política de 1993.
- Desde la aprobación en la Constitución Política de 1993 hasta la fecha.

1.1. En la fase de los años 1933 a 1979 su incorporación al régimen constitucional peruano fue consagratorio de una expectativa de introducir un novedoso instrumento de control normativo al Poder Ejecutivo que sustituía al anárquico contemplado en la Carta de 1856 que solo declaraba la nulidad de los actos contrarios a la Constitución. Antes del Congreso Constituyente de 1931, la Comisión que Presidiera don Manuel Vicente Villarán ya dejaba constancia de los innumerables abusos del poder reglamentario por medio del cual el Poder Ejecutivo invadía el campo de las leyes¹ para lo cual planteaba determinar claramente los límites de esa potestad a través de la fórmula contenida en su propuesta de artículo 76 numeral 5. Este artículo consagraba que «los reglamentos se limitarán a determinar el modo de cumplir las leyes para cuya ejecución se dictan y a precisar y complementar sus disposiciones, sin imponer obligaciones nuevas o más onerosas a los ciudadanos ni alterar los derechos y obligaciones que la ley señale a los funcionarios»; sin embargo, no constituía ningún mecanismo de control ante el incumplimiento de dicha cláusula².

Fue en el Congreso Constituyente de 1931 que surgió este instrumento de control normativo, que a decir de Ferrero Rebagliati³, poseía la naturaleza de una garantía constitucional en los términos usados por el derecho constitucional de la época. Así lo podemos apreciar en la presentación que se realizó la Comisión de Constitución al Pleno del Congreso del artículo 10 (finalmente artículo 133) del proyecto de Constitución:

Con ocasión del ejercicio por el Poder Ejecutivo de la facultad que constitucionalmente tiene de reglamentar las leyes, se ha expedido multitud de disposiciones reglamentarias que infringen la Constitución o las leyes. La experiencia aconseja poner límites a la actividad gubernativa cuando rebasa sus límites propios, en agravio de quienes por alguna razón son afectados por dichas resoluciones. La Constitución que es la ley matriz de la República debe ser celosamente defendida. Ningún reglamento que infrinja la Constitución o la ley tiene fuerza coercitiva y

¹ VILLARÁN, Manuel Vicente. *Anteproyecto de Constitución de 1931, Exposición de Motivos y texto*. Lima: Talleres Gráficos P.L. Villanueva S.A., 1962, p. 46.

² Como bien sabemos, este Anteproyecto de Constitución planteaba como instrumento de control constitucional, la inaplicación judicial de las leyes —no mencionaba a los reglamentos— inconstitucionales circunscrita al caso concreto y con consulta ante el pleno de la Corte Suprema (artículo 142).

³ FERRERO REBAGLIATI, Raúl. «Garantías Constitucionales». *Derecho*, 27 (1969), p. 38. Lima: PUCP.

cualquiera del pueblo, puede y debe denunciarlo ante el Poder Judicial, sin que esta acción popular impida o limite la acción del Parlamento para responsabilizar políticamente a los Ministros.

Disposición de tanta importancia, que figura por primera vez en nuestra Carta Política, reclama una ley que establezca el procedimiento judicial correspondiente⁴.

Pese a esa expectativa, la doctrina constitucional la mantuvo ignorada, su empleo fue infrecuente, y la judicatura fue reacia a ponerla en práctica acusando —injustificadamente— primero, la falta de regulación legal del instituto y, luego, argumentos, como la falta de legitimación de los actores o —en los muy pocos casos en que prosperaba la demanda— circunscribiendo sus efectos al caso individual.

En el plano de la doctrina constitucional nacional los principales comentarios al texto constitucional prácticamente no abordaron esta institución. Es el caso por ejemplo de Pareja Paz Soldán en sus *Comentarios a la Constitución Nacional* (Tesis para optar el grado de doctor en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica del Perú. Lima, 1939), que no le reserva comentario alguno a esta institución. Escasamente en su trabajo Luis Muñoz⁵ comenta el esquema de justicia constitucional planteado por dicha carta explicando conjuntamente el artículo 133 (acción popular) con el artículo 26 (que permitía las reclamaciones abiertas de cualquier ciudadano ante el Congreso por infracción a la Constitución). De su planteamiento se desprende que de ambas normas deducía que el modelo de control constitucional de la Carta era mixto: por un lado el control político a pedido de cualquier ciudadano por las infracciones a la Constitución proveniente de cualquier norma legal, incluyendo leyes y reglamentos, y por el otro, la jurisdicción constitucional a cargo del Poder Judicial vía acción popular, pero solo contra reglamentos.

Como hemos advertido, la posición del Poder Judicial en aquel entonces fue reacia a admitir demandas de acción popular, bajo diversos argumentos. Hasta antes de 1963, el argumento preferido fue aducir la carencia de desarrollo legal del artículo 133 de la Carta. Así, por ejemplo, se nos refiere que el presidente de la Corte Suprema resumía esa posición en 1955 de la siguiente manera:

[...] durante los años 1947 y 1948, se presentaron a la Corte Suprema, tres solicitudes para que se declarara inconstitucionales otros tantos decretos supremos dictados por el Poder Ejecutivo de entonces... En esos casos, la Corte declaró en Acuerdos de Sala Plena, que no estaba expedito el ejercicio de la facultad concedida al Poder Judicial por el artículo 133 de la Constitución, por no haberse dictado la ley de procedimientos judiciales respectiva y a la que se refiere el propio artículo

⁴ Diario de Debates, Tomo III, Sesión del 12 de abril de 1932, p. 2621.

⁵ MUÑOZ, Luis. *La Constitución Política del Perú, comentada*. Lima: Ediciones Juris, 1956.

constitucional [...] Corresponde entonces al Congreso dar la solución conveniente. Sus atribuciones y sabiduría determinaran si otorga al Poder Judicial y con qué amplitud, función de tanto significado y dictará al mismo tiempo las reglas procesales que faciliten su ejercicio⁶.

Análogamente, era reconocido como nos informaron en su momento García Rada⁷ y contemporáneamente Abanto Torres⁸, que las tres demandas de acción popular interpuestas directamente ante la Corte Suprema por esa época, fueron declaradas improcedentes por resoluciones de Sala Plena, por considerarse «que no está expedido el ejercicio de la facultad concedida al Poder Judicial por el artículo 133 de la Constitución al no haberse dictado la ley de procedimiento judicial respectiva»⁹.

Bien vale mencionar que esta posición tuvo fuertes críticas al interior del propio Poder Judicial, la que testimoniaremos con el discurso que en el año 1961 dio el propio presidente de la Corte Suprema de Justicia afirmando la necesidad que los jueces admitan las demandas por imperativo constitucional. En efecto, el doctor Bustamante Cisneros, presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República¹⁰, afirmaba:

[...] la tesis de que se requiere norma legal que señale el procedimiento, importa que la voluntad constituyente quede supeditada al arbitrio de los poderes constituidos, con menoscabo del carácter unitario de la dogmática constitucional. De modo que bastaría al Poder Legislativo no dictar la disposición reglamentaria para que el Poder Judicial, no obstante el claro precepto de la Norma Suprema, se abstuviese de ejercer la función protectora que le corresponde. Más es indudable que la ausencia de la ley reglamentaria no puede extinguir ni suspender el ejercicio del derecho reconocido por la Constitución. Puede aducirse que resulta imperfecto que el Poder Judicial tramite una acción sin que se encuentre establecido el procedimiento a que debiera sujetarse; empero, constituye una mayor imperfección que por falta de procedimiento aquella no se pueda ejercitar, sin embargo de hallarse instituida por la misma Norma Suprema. La carencia del instrumento procesal no debe prevalecer sobre la abstención en el cumplimiento del fin, que es la defensa ante las decisiones gubernamentales infractoras (sic) de la Constitución o las leyes.

⁶ Citado por GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La Jurisdicción Constitucional en el Perú». Incorporado en el libro *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*, tomo I. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros S.A., 1989, p. 94.

⁷ Afirmó en su «El Poder Judicial en el siglo XX», que «En la práctica ha quedado supeditado la aplicación del artículo 133 por cuanto en su segunda parte declara que la ley establecerá el procedimiento jurídico correspondiente, supeditando así el ejercicio de esta acción a la dación de la ley reguladora de su ejercicio. Tal es la opinión de la Corte Suprema de la República en dos resoluciones de Sala Plena expedidas en 1948». En *Visión del Perú en el s. XX*, dirigida por José PAREJA PAZ SOLDÁN. Lima: Ediciones Librería Studium, 1962, p. 106.

⁸ ABANTO TORRES, Jaime David. «La Acción Popular en el Código Procesal Constitucional. Luces y sombras de la Cenicienta de la justicia constitucional peruana». En *Hechos de la Justicia*, 4 (Septiembre-Diciembre, 2004).

⁹ Ejecutorias de fechas treinta de abril, 10 de agosto y 17 de agosto de 1948, publicadas en los Anales Judiciales de la Corte Suprema de la República, Año Judicial de 1948, t. XLIV, pp. 348-349, 364-366 y 367.

¹⁰ BUSTAMANTE CISNEROS, Ricardo. «Habeas Corpus y Acción Popular». Memoria en la Apertura del año judicial de 1961. Trujillo-Perú: Publicaciones del Departamento de Extensión Cultural del Instituto Moderno. 1961, p. 18.

La ausencia de regulación procesal sobre competencias y vía procesal en este proceso se mantuvo hasta que recién mediante el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963¹¹ aprobada por el decreto ley 14605 le dispensó un tratamiento procesal positivo por primera vez, pretendiendo ser un punto de quiebre para la aplicación efectiva de esta institución.

Conforme a este desarrollo la competencia para conocer correspondía al fuero común, se procesaría como proceso ordinario únicamente con la diferencia de suprimir la estación probatoria para ser un proceso de puro derecho, con la representación estatal radicada en el procurador general de la República. Con ello se respondía a la tesis del Poder Judicial en el sentido que para admitir estas demandas, debería contar con el señalamiento positivo de la vía en la cual se debería tramitar.

Pero consistente con esta actitud reacia al control sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo, pese a contar con esta norma procesal de desarrollo, el Poder Judicial incurrió en otras curiosas interpretaciones negatorias del control: por ejemplo, exigir a los demandantes acreditar interés económico o moral para interponer su demanda pese a tratarse de una acción popular, pública o ciudadana; también se sentó la cuestionable doctrina jurisprudencial de atribuir únicamente efectos «inaplicatorios inter partes» a las escasas sentencias fundadas¹², e incluso consideró que aunque el reglamento fuera ilegal en abstracto prevalecía si su contenido fuese más favorable a los interés de la Nación o al interés social¹³.

El maestro García Belaunde sintetiza la doctrina jurisprudencial imperante en esa época describiendo sus dos peculiaridades esenciales:

- a) Solo pueden ejercerla quienes tienen interés legítimo o moral en la acción (lo que de por sí es un contrasentido, pues de acuerdo a su etimología la pueden ejercer cualquiera del pueblo); y, b) Sus efectos no son de carácter anulatorio ni dejan sin vigencia a norma alguna, sino que advertida la colisión de la norma inferior con la Ley o la Constitución, se declara que aquella es «no aplicable al caso sub-litis», ergo, será válida para todos los demás casos¹⁴.

No cabe duda, que los criterios jurisprudenciales anotados condujeron —como afirma Ortecho— a la desnaturalización de la acción¹⁵.

¹¹ Artículo 7.- La acción que concede el artículo 133 de la Constitución se ejercitará por la vía ordinaria, como proceso de puro derecho, con intervención del Procurador General de la República en representación del Estado.

¹² Ejecutorias de la Primera Sala Civil de fechas 19 de noviembre de 1967, 28 de agosto de 1968 y 24 de junio de 1988.

¹³ Sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima del 08 de enero de 1974. Citada por Álvarez Simonetti, ob. cit., p. 78.

¹⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La Jurisdicción Constitucional en el Perú». En *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana*, Tomo I, Lima: EDDILI, 1989, p. 95.

¹⁵ ORTECHO VILLENA, Víctor J. *Jurisdicción y procesos constitucionales*. Lima: Ed. Rodhas, 1997, p. 217.

No obstante, en esta época se publica el primer estudio importante sobre este proceso constitucional a cargo de Álvarez Simonetti, bajo el título «Debate en torno a la Acción Popular», publicada en la Revista *Derecho*, 32, Lima: PUCP, 1974, así como la tesis para optar el grado académico de bachiller del mismo autor bajo el título *El petitorio de inconstitucionalidad por acción popular*. También vale mencionar en este periodo los aportes al estudio de esta institución fundamentalmente desde la perspectiva crítica a la posición del Poder Judicial de los profesores García Belaunde¹⁶ y Bustamante Belaunde¹⁷.

1.2. El segundo periodo (Desde el año 1979 hasta 1993) se inicia con la Carta Constitucional de 1979 que mantiene su competencia a cargo del Poder Judicial¹⁸ resaltando la ampliación del ámbito subjetivo pasando de ser un instrumento de control sobre una de las atribuciones del Poder Ejecutivo a poder ser empleada para provocar el control constitucional sobre toda norma reglamentaria expedida por el Estado, ampliándolo sobre la de los gobiernos regionales, los gobiernos locales y demás personas de derecho público, como organismos autónomos, organismos públicos descentralizados, etc. Es en este periodo que el Poder Legislativo aprobó la ley 24968 Ley Procesal de la Acción Popular¹⁹, derogando el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, asignando a este proceso como finalidad el control jurisdiccional de la constitucionalidad y la legalidad de las normas reglamentarias, a través de la declaración y ejecución de inconstitucionalidad o legalidad, en todo o parte de las mismas.

¹⁶ «La Jurisdicción Constitucional en el Perú». Publicado en la *Revista de la Universidad Católica*, Nueva serie, Lima, 3, mayo de 1978. Incorporado en el libro *Teoría y práctica de la Constitución Peruana*, Tomo I. Lima: Editorial y Distribuidora de Libros S.A., 1989, p. 88.

¹⁷ BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto. Garantías constitucionales y administración pública. *Socialismo y Participación*, 4, (setiembre 19778), pp. 25-35. Setiembre, 1978. Serie Cuadernos, pp. 25-35.

¹⁸ Cabe comentar en rigor histórico que el Proyecto de Constitución Política de la República presentado a esta Asamblea Constituyente por el Partido Socialista Revolucionario proponía (artículo 306) que la acción popular se interpondría directamente ante el Tribunal de Garantías Constitucionales por cualquier persona domiciliada en el Perú y que sea capaz de ejercer sus derechos civiles. BERNALES BALLESTEROS, Enrique y RUBIO CORREA, Marcial. *Constitución: Fuentes e Interpretación. Teoría y documentación del Proceso Constitucional y la Constitución de 1979*. Lima: Mesa Redonda Editores, 1988, p. 353 y RUIZ ELDRIDGE, Alberto. *La Constitución Comentada*, 1979. Lima: Editora Atlántida, 1980, p. 329. En esta misma línea, la Comisión Especial de Constitución N° 3 (Derechos y Deberes Fundamentales. Garantías) y la Comisión N° 6 (Poder del Estado. Judicial) de la Asamblea Constituyente 1978-79, incluyeron dentro del alcance de la acción de inconstitucionalidad que conocería el Tribunal de Garantías Constitucionales a los decretos, reglamentos, resoluciones o actos del Poder Ejecutivo. PAREJA PFLUCKER, Piedad. *Atribuciones constitucionales del presidente de la República*. Lima: Ediciones Rikchay Perú, N° 21, p. 92.

¹⁹ Esta ley tuvo como antecedente relevante el anteproyecto de Ley preparado por una Comisión designada por el Poder Ejecutivo bajo la presidencia del doctor Mario Pasco Cosmópolis. La exposición de motivos de este anteproyecto puede encontrarse bajo forma de discurso en la *Revista del Foro*, LXIX, 1 (enero-junio 1982), pp. 120 y ss. Lima

En esta regulación, el proceso de acción popular estuvo caracterizado por lo siguiente:

- La competencia judicial exclusiva para conocerla esta desdoblada en primera instancia ante la Sala de Turno de la Corte Superior que corresponda por razón de materia cuando la norma era de carácter regional o local y la Sala de la Corte Superior de Lima, en los demás casos. (Artículo 10)
- Participación del fiscal como dictaminador en el proceso. (Artículo 16)
- Prevé la inhibición y la conclusión del proceso por sustracción de la materia (decisión irrecurrible) si durante la secuela del proceso, la norma materia del mismo fuere derogada o modificada en todo o en parte. (Artículo 21)
- La sentencia que ampara la acción popular determina la inaplicación total o parcial, según corresponda, y con efectos generales a partir de la fecha que quedó consentida o ejecutoriada, de la norma materia del proceso. (Artículo 22)
- La declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad puede fundarse en la infracción de cualquier norma constitucional o legal, aunque no haya sido invocada en la demanda. (Artículo 24)
- La sentencia denegatoria de la acción popular impide la interposición de una nueva acción fundada en la misma infracción. (Artículo 26)
- Las sentencias recaídas en los procesos de acción popular constituyen normas prohibitivas para que cualquier órgano del Estado, bajo responsabilidad, emita nueva norma con contenido parcial o totalmente idéntico a la derogada por mandato judicial, en tanto no sea derogada o modificada la norma constitucional o legal infringida. (Artículo 26)
- Si la acción popular es amparada, el importe de las costas será asumido por el Estado; en caso contrario, las asumirá el accionante. (Cuarta disposición final)

Esta norma generó algún interés en la doctrina nacional. Los tratados generales y comentarios al texto constitucional le llegan a reparar algunas líneas solamente pero de orden exegético²⁰. El debate central de la jurisdicción constitucional estuvo centrado en el estudio del modelo de control constitucional seguido por nuestra Constitución Política y en particular por el estudio del proceso de inconstitucionalidad.

No obstante se publican algunos estudios dogmáticos importantes sobre esta institución, entre los cuales, vale la pena resaltar los artículos del profesor Jorge Danós Ordóñez y Martha Souza Calle: «Control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general», en el libro dirigido por Francisco

²⁰ Por todos ellos, véase PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Tercera edición. Lima: Ediciones Justo Valenzuela V. EIRL, 1984, p. 453.

Eguiguren», *La Constitución de 1979 y sus problemas de aplicación* (Lima: Cultural Cuzco, 1987)²¹ y luego individualmente el profesor Jorge Danós titulado «La garantía constitucional de la acción popular», publicada en la Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales N° 4 (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1990, 151 y ss.). También en este periodo (1991) Abanto Torres realizó su tesis para optar el grado de bachiller en la Universidad de Lima «La acción popular: un instrumento del control constitucional». Y, adicionalmente se publicó el ensayo de Fernando Trazegnies Granda «La nulidad de los decretos supremos» publicada en el colectivo *Sobre la jurisdicción constitucional* publicado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (1990) y el estudio ya señalado del profesor Mario Pasco Cosmópolis titulado «La ley reguladora del ejercicio de la acción popular», que viene a ser la exposición de motivos del proyecto de ley de la materia.

1.3. En la tercera fase, (desde la aprobación de la Carta de 1993 hasta nuestros días) se mantiene la competencia radicada en el Poder Judicial²² así como sus demás características constitucionales preexistentes. Durante esta fase resalta nítidamente como hito la aprobación del Código Procesal Constitucional, en cuya Exposición de Motivos se incluye el propósito de alcanzar la «revitalización de la acción popular» expresando su voluntad de innovación legislativa en esta materia.

Por nuestra parte, consideramos correcta esta expresión, en la medida que evidentemente el legislador pretendió introducir las adecuaciones necesarias a la acción popular, a fin de activar su ejercicio para la protección del orden constitucional y legal de nuestro país, y controlar mejor judicialmente el ejercicio del poder reglamentario por las personas conformantes de la Administración Pública.

En nuestra opinión, las modificaciones esenciales del nuevo Código en esta materia, son las siguientes:

- Conceptualizar a la acción popular como un proceso constitucional dirigido a defender la Constitución frente a infracciones de su jerarquía normativa y no como un control jurisdiccional sobre la potestad reglamentaria de la administración. (Artículo 75)

²¹ Los dos primeros capítulos de este artículo fueron publicados luego en *Lecturas sobre temas constitucionales*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1988, p. 45.

²² El Dictamen de Minoría del Movimiento Democrático de Izquierda conteniendo su propuesta de Constitución planteo la transferencia de la competencia hacia el Tribunal Constitucional. Véase PEASE G., Henry. Propuesta Alternativa. Dictamen en minoría y Proyecto de Constitución. Lima: Congreso de la República, 1993. Dicho documento tuvo como antecedente relevante el Proyecto de reforma del Título V de la Constitución elaborado por el Centro de Estudios Constitucionales que tuvo la particularidad de incorporar la figura de la acción popular dentro de los alcances de la acción de inconstitucionalidad y no solo transferir competencias para su conocimiento al Tribunal Constitucional. *Lecturas sobre Temas Constitucionales* N° 08, Lima: Comisión Andina de Juristas, junio 1992, p. 255.

- La posibilidad de dar efecto retroactivo a la sentencia que declare fundada la demanda y, por ende, la nulidad del reglamento cuestionado. (Artículo 81)
- La unificación del plazo de prescripción para interponer la demanda contra toda norma reglamentaria a cinco (05) años a partir de su publicación. (Artículo 87)
- La procedencia —aunque limitada— de medidas cautelares de suspensión de efectos de la norma, en segunda instancia si la sentencia de grado fuera favorable a la demanda. (Artículo 94)
- La supresión de la participación del Ministerio Público como instancia dictaminadora en este proceso. (En consonancia con la posición que adopta el Código correctamente en esta materia)

Finalmente, no queremos olvidarnos de señalar que el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución elaborado por la Comisión de Constitución (2002), presidida por el congresista Henry Pease pretendió incluir como modificación importante a este proceso, radicar la competencia en el Tribunal Constitucional a través de los artículos 61 y 209 que transcribimos a continuación:

CAPÍTULO III DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

Artículo 61°.- Hay acción popular ante el Tribunal Constitucional por infracción de la Constitución y de la ley, contra reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

Artículo 209°.- El Tribunal Constitucional es competente para:

1. Tramitar y resolver en instancia única los procesos de inconstitucionalidad y los de acción popular

2. La naturaleza de la acción popular como proceso de control normativo

Apreciar la naturaleza jurídica de la acción popular pasa por detenerse en tres aspectos esenciales:

- Su afirmación como proceso constitucional de control normativo y no solo como un instrumento de control interórganos.
- Su carácter público y participativo.
- Su naturaleza de instrumento preventivo de las controversias que pudieran derivarse de la aplicación concreta de los reglamentos ilegales e inconstitucionales.

Un primer aspecto que surge de la codificación realizada referente a la acción popular, es haber explicitado su «carácter de proceso constitucional» dirigido a defender la Constitución Política del Estado frente a las infracciones a su jerarquía normativa (Artículo 75), en cuya virtud comparte un mismo propósito y tratamiento jurídico con el proceso de inconstitucionalidad de las leyes (con el que además se les unifica al momento de realizar la codificación constitucional, sin perder su individualidad).

Evidentemente, el codificador se preocupa en darle un contenido altamente pedagógico a este proceso, al superar la original concepción de tratarse solamente de un mecanismo de control inter órganos del Poder Judicial sobre el poder reglamentario de la Administración Pública, para hacerle participar de los esfuerzos por proteger la constitucionalidad de los actos del poder constituido con una participación ciudadana abierta al máximo.

En este sentido, la codificación asume la tesis del profesor Landa, cuando señala que acción popular es «un proceso constitucional de tipo jurisdiccional encargado del control constitucional y legal, contra las normas reglamentarias o administrativas, contrarias a la Constitución y a la ley»²³, máxime cuando desde las Cartas Constitucionales de 1979 y 1993 se le consideró dentro del catálogo de garantías constitucionales junto con la acción de inconstitucionalidad, el hábeas corpus, el amparo y el hábeas data.

Por ello, siguiendo al mismo profesor, «la acción popular desde el punto de vista sustantivo, la acción popular está estrechamente vinculada a la acción de inconstitucionalidad contra las leyes, en la medida que su objeto también es asegurar el orden constitucional objetivo, además del legal, pero, examinando las normas inferiores a la ley. En ese sentido, mediante la acción popular los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad con carácter general de las normas infralegales que sean contrarias a la Constitución y a las leyes»²⁴. Es en esa línea de pensamiento que el propósito de la demanda de acción popular es provocar el control abstracto de la legalidad y constitucionalidad de la disposición reglamentaria y son ajenos a su objeto, buscar la inaplicación al demandante, reponer al estado anterior las cosas, provocar la declaración de una situación jurídica individualizada, u obtener un mandato del juez.

Este solo aporte de conceptualización dogmática, aportara —*mutatis mutandi*— a la aplicación de la acción popular, el desarrollo teórico y jurisprudencial logrado por el proceso de inconstitucionalidad de las leyes.

²³ LANDA ARROYO, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Palestra Editores, 2004, p. 148.

²⁴ *Ibidem*.

El proceso de acción popular también es una «acción pública» porque se refiere al interés común de toda la sociedad de respetar la Constitución, reflejo de lo cual, es que se confía su activación a todos los sujetos capaces para provocar el cumplimiento de la función jurisdiccional. Es una excepción, a la regla general, por la que se reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las personas respecto de sus derechos e intereses, ya que en este proceso el accionante no afirma derecho alguno como suyo. El accionante de modo popular no puede afirmar ni afirma su titularidad sobre un derecho subjetivo material, sino que ha de limitarse a afirmar su interés en provocar el examen de constitucionalidad de una norma reglamentaria en la defensa de la juridicidad. Afirmar que el proceso de acción popular es una acción pública, equivale a reconocer que en este tema, entran en juego intereses públicos.

Finalmente, como es propio a todas los procesos de legitimidad abierta nos encontramos frente a un «instrumento preventivo de las afectaciones» que podría potencialmente provocar la norma a cuestionar. Por ello es que para su procedencia no es necesario que haya mediado previamente algún acto de aplicación, ni siquiera una amenaza cierta inminente que ello suceda. El actor plantea el tema sin que siquiera la norma le pueda ser aplicable a su situación jurídica particular o al colectivo al cual pueda pertenecer. De este modo, el planteamiento de la acción popular con los efectos *erga omnes* que producen sus sentencias, «producen una evidente economía procesal al evitar el planteamiento de multitud de litigios con ocasión de los actos de aplicación del Reglamento ilegal, facilitando al propio tiempo la unidad de calificación de dicha ilegalidad»²⁵.

Con la sentencia favorable, el juez hace cesar un precepto inconstitucional o ilegal que constituye un peligro o amenaza a un interés colectivo. Este carácter ha sido advertido por el Poder Judicial, del modo siguiente:

Segundo: que una característica esencial de las acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos e intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo que se produzcan, en razón de los fines públicos que las inspiran. Desde su remoto origen en el derecho romano fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño; asimismo el carácter público de las acciones populares, implica que el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante

²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, p. 227.

el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés²⁶.

Desde que no se exige ningún interés económico o moral para poder ejercerla ni menos es necesario plantear una afectación concreta conectada con ese interés, la naturaleza del proceso será abstracta y preventiva de las consecuencias negativas futuras de la norma acusada. Ese aspecto nos lleva a una situación particular —que luego retomaremos— cuando el reclamante si posee una legitimación especial derivada de la afectación concreta que posee la norma respecto a su estatuto jurídico. En este caso lo deseable sería que el proceso de acción popular pueda permitir evitar ese daño, hacer cesar el peligro o la amenaza a su derecho individual, pero la pregunta es, ¿la acción popular puede tener un carácter reparatorio o concreto además del abstracto que le es propio?

3. La vinculación entre los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad

Resulta incontestable el entroncamiento básico existente entre el proceso de inconstitucionalidad y la acción popular, por ser los instrumentos constitucionales de control normativo abstracto en protección de la juridicidad constitucional en nuestro sistema. Pese a tener diferencias en su alcance, legitimación y competencia, su base común hace indispensable identificar esos puntos de conexión entre ambos procesos bajo la idea central de la preeminencia del proceso de inconstitucionalidad de competencia del Tribunal Constitucional.

Las vinculaciones más relevantes las podemos apreciar en las siguientes circunstancias:

- La subordinación a lo resuelto en los procesos de inconstitucionalidad en los procesos de acción popular en aquellos aspectos conexos.
- La tramitación preferente del proceso de inconstitucional respecto al de acción popular cuando hayan normas relacionadas en ambos procesos.
- El trasplante de técnicas de interpretación desarrolladas en los procesos de inconstitucionalidad a los procesos de acción popular (ej. Interpretación conforme a la Constitución de las normas cuestionadas).
- Improcedencia del proceso de acción popular si la norma reglamentaria reitera la regla consagrada en una disposición con rango de ley.

²⁶ Segundo considerando de Sentencia Proceso Acción Popular, Exp. 27-2009-AP expedida por la Primera Sala laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima de 17 de setiembre de 2009 publicada el 18 de mayo de 2010.

3.1. La subordinación del proceso de acción popular a lo resuelto en aspectos conexos en procesos de inconstitucionalidad

Con base a la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (ley 28301) es posible identificar el primer punto de relación entre ambos procesos constitucionales. Dicha norma establece que «Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad». En similares términos, nos los reitera el artículo VI del Código Procesal Constitucional cuando afirma: «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 de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

En este contexto, advertimos que los jueces competentes para conocer el proceso de acción popular no pueden dejar de tener en cuenta los preceptos constitucionales según las resoluciones dictadas anteriormente por el Tribunal Constitucional, entre otros procesos, en el de inconstitucionalidad. Así, fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia²⁷ cuando conoció la demanda interpuesta por la Municipalidad Provincial de Huarochirí contra el decreto de alcaldía 149 de 2003 expedido por la MML reordenando el tránsito vehicular y regulando las autorizaciones de transporte otorgadas por organismo incompetente (municipalidades de distintas provincias).

Como antes el Tribunal Constitucional había denegado la demanda de inconstitucionalidad contra la ordenanza municipal 533 (base del D.A. 149) interpuesta por la Municipalidad Provincial de Huarochirí y también declaró fundada la demanda de la MML contra diversas ordenanzas de la Municipalidad de Huarochirí que regulaban licencias provisionales de transportes con rutas hasta Lima, la Corte Suprema indicó que «existiendo dicho precedente directo al respecto, resulta de observancia obligatoria dicha sentencia, de acuerdo a lo dispuesto en la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 26435», declaró infundada la demanda de acción popular.

Otro caso análogo fue el de la demanda interpuesta por una persona jurídica contra la SUNAT por su resolución 014-2003-SUNAT que aprobó las «Normas Complementarias para la declaración y pago del impuesto a los Juegos de Casino y Maquina Tragamonedas» que la Corte Suprema —Exp. 178-2007 de 05.OCT.2007— declaró infundada porque dicha norma había sido declarada constitucional por conexión por el Tribunal Constitucional al resolver la STC 4227-2005-AA/TC.

²⁷ Exp. 2266-04-LIMA de 2 de junio de 2005 y publicada el 3 de diciembre de 2005.

3.2. La tramitación preferente del proceso de inconstitucionalidad respecto de la acción popular, cuando hayan normas relacionadas en ambos procesos

Un segundo punto de conexión entre ambos procesos es el que nos brinda el artículo 80 del Código Procesal Constitucional, que incorporando el artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece la necesaria suspensión del proceso de acción popular que se siguiera en el Poder Judicial, si se acusara en este proceso una norma reglamentaria sustentada o que desarrollen normas legales a su vez cuestionadas simultáneamente en un proceso de inconstitucionalidad, en curso.

La regla incorporada plantea una técnica organizativa dirigida a asegurar coherencia en el accionar del sistema peruano de control constitucional, de modo de evitar tratamientos diferenciados por parte del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional respecto del control constitucional sobre normas vinculadas. Indudablemente, es conforme al rol predominante del Tribunal Constitucional y del proceso de inconstitucionalidad de las leyes, que deba proseguir un proceso de control abstracto dirigido a verificar la constitucionalidad de una ley, y suspenderse el o los procesos de acción popular que estuvieren en trámite, sobre la legalidad o inconstitucionalidad de su reglamento, para ser resueltos posteriormente en su conformidad. Como bien se puede apreciar con esta regla se evita, que el juez pueda adelantar un análisis de legalidad de un reglamento en base a una norma legal que pueda —en paralelo o a corto plazo— ser declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Debe recordarse, como se ha afirmado al comentar el artículo 80 del Código «al ser la ley uno de los parámetros principales para determinar la legalidad y por ende la constitucionalidad de las normas impugnadas a través del proceso de acción popular se debe tener en cuenta que al ser esta la ley sobre la cual va a girar, en principio, el control de legalidad del reglamento impugnado, se tiene que establecer o previamente definir que esta norma con rango legal no se encuentre cuestionada ante el Tribunal Constitucional, ya sea antes del inicio o durante el proceso del acción popular. De esta manera se garantiza que la ley que sirve o va a servir como parámetro de control del juicio de legalidad de las normas cuestionadas en el proceso de acción popular es conforme a la Constitución»²⁸.

Para la aplicación de esta norma, entendemos que deben darse los siguientes presupuestos:

1. Existencia de un proceso de inconstitucionalidad abierto ante el Tribunal Constitucional contra una norma legal.

²⁸ PALOMINO MANCHEGO, José y CHÁVEZ RABANAL, Mario G. *Código Procesal Constitucional Comentado. Homenaje a Domingo García Belaunde*. Segunda edición. Jhonny Tupayachi Sotomayor. Lima: Editorial Adrus, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional N° 35, 2011, p. 643.

2. Existencia de uno o más procesos de acción popular seguidos ante el Poder Judicial contra una norma reglamentaria que se sustenta en la norma legal acusada ante el Tribunal Constitucional. A nuestro criterio no bastaría que se trate solamente de normas vinculadas entre sí, por ser la ley y su reglamento recíprocamente, sino que la norma reglamentaria acusada (el precepto reglamentario acusado debe sustentarse en la disposición legal contenida en la ley que se acusa ante el Tribunal). La norma será de aplicación, aun cuando la acusación de inconstitucionalidad o ilegalidad efectuada al reglamento, sea distinta al vicio imputado a la ley que la sustenta.

3.3. El trasplante de las técnicas de interpretación desarrolladas en los procesos de inconstitucionalidad al proceso de acción popular (ej. Interpretación de las normas cuestionadas conforme a la Constitución)

El predominio del proceso de inconstitucionalidad permite que en el proceso de valoración de la norma reglamentaria sean aplicadas las técnicas desarrolladas por el derecho constitucional para la apreciación de la inconstitucionalidad de las leyes. Por ejemplo, según ha sido establecido por el Poder Judicial en los procesos de acción popular, corresponde que el juez:

Además del criterio de interpretación conforme ya anotado, el juez constitucional también deberá observar en su análisis aquellos otros criterios de interpretación constitucional desarrollados en el derecho comparado, como los de unidad, coherencia, concordancia, normativa, eficacia integradora, formula política, corrección funcional y razonabilidad. Así, ejemplo, los criterios de unidad, coherencia y concordancia práctica tienen que ver con entender a la Constitución Política del Estado como un todo orgánico, sin contradicciones internas, de allí que no resulte atendible la interpretación de una disposición constitucional en forma aislada, inconexa con las demás disposiciones constitucionales. Por su parte, el criterio atendible que el juzgador constitucional, de las múltiples interpretaciones a las que pueda arribar, deberá escoger aquella que siempre favorezca mejor los derechos fundamentales y su protección. Asimismo, por el criterio de previsión de consecuencias, el juzgador constitucional deberá también tener en consideración los efectos que habrán de desencadenarse a raíz de su decisión. Según el criterio de fuerza normativa, la opción interpretativa por lo (sic) que opte el juez constitucional debe ser aquella opción interpretativa que favorezca más la supremacía y vigencia de nuestra norma constitucional fundamental; así como también por el criterio de eficacia integradora, el referido juez constitucional deberá optar por aquella opción interpretativa que promueva el mayor consenso y paz social. De igual modo, si la Constitución establece una propuesta de sociedad a seguir, la opción interpretativa que se tome deberá ser acorde con ella, en atención al criterio de formula política. Además, por el criterio de corrección funcional, la decisión constitucional deberá favorecer igualmente el respeto de las competencias y atribuciones dadas a cada autoridad

dentro de un esquema de interdicción del poder absoluto. Finalmente, por criterio de razonabilidad, el juez constitucional, al momento de tomar una decisión, deberá tener en consideración la finalidad legitimidad que se persigue en la norma que se cuestiona, así como también si los medios a través de los que se persigue dicha finalidad resultan ser proporcionales, esto es, útiles, idóneos y equilibrados»²⁹.

Es el caso de la aplicación del criterio de interpretación conforme a la Constitución de las normas cuestionadas, por el que entre dos entendimientos posibles del sentido o alcance de la norma reglamentaria cuestionada prevalece el que permita entender que ese reglamento es conforme a la Constitución, desestimando aquella interpretación que la conviertan en incompatible con la Constitución. De ese modo, la interpretación conforme a la Constitución, permite al juez de la acción popular considerar constitucional una interpretación de la norma.

El acogimiento de esta técnica interpretativa ha sido planteado por la Corte Suprema de la República cuando afirma:

En este sentido, el Código Procesal Constitucional, en el primer párrafo del artículo VI de su Título Preliminar, señala que el juez que decida inaplicar una norma legal o infralegal por estimarla contraria a la norma fundamental, deberá utilizar en su análisis el criterio de interpretación conforme a la Constitución, lo que lo obligará a preferir aquella interpretación que salve la constitucionalidad de la norma enjuiciada. Dicho criterio de interpretación constitucional debe ser igualmente exigible al juez constitucional al momento de valorar una norma de carácter reglamentario reputada de inconstitucional o ilegal³⁰.

En igual sentido, en otro caso, afirmó:

Décimo: El Código Procesal Constitucional, en el primer párrafo del artículo VI de su Título Preliminar, señala que el Juez que decida inaplicar una norma legal o infralegal por estimarla contraria a la norma fundamental, deberá utilizar en su análisis el criterio de interpretación conforme a la Constitución, lo que lo obligará a preferir aquella interpretación que salve la constitucionalidad de la norma enjuiciada. Dicho criterio de interpretación constitucional debe serle igualmente exigible al juez constitucional al momento de valorar una norma de carácter reglamentario reputada de inconstitucionalidad e ilegal³¹.

²⁹ Fundamento Decimocuarto, Sentencia Proceso de Acción Popular 0386-2009-LIMA de 16 de junio de 2009, publicada el 06 de junio de 2010. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República).

³⁰ Fundamento Décimo tercero, Sentencia Proceso de Acción Popular 0386-2009-LIMA de 16 de junio de 2009, publicada el 06 de junio de 2010. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República).

³¹ A.P. 1819-2009-LIMA de 18 de diciembre de 2009, publicado el 25 de setiembre de 2010.

3.4. Improcedencia del proceso de acción popular si la norma reglamentaria reitera la regla consagrada en una disposición con rango de ley

Un último aspecto de la conexión entre ambos procesos sobre el cual queremos llamar la atención es cuando un mismo precepto jurídico es contemplado tanto en la norma con rango de ley como en su norma reglamentaria (de ordinario constituye la reiteración realizada en el propio reglamento de la ley), o cuando, el reglamento constituye nada más que la concreción de un mandato contenido en una norma con rango legal.

Aquí, de presentarse una demanda contra la norma reglamentaria incorpora el dilema de determinar si la competencia para conocerla corresponde al juez de la acción popular o al Tribunal Constitucional porque —en el fondo— se trataría de cuestionar una regla o disposición que posee rango de ley al estar incluida además en una norma de ese nivel. La posición de la Corte Suprema ante estos casos ha sido considerar improcedente la acción popular por corresponder su conocimiento al Tribunal Constitucional en vía de acción de inconstitucionalidad y entender que sustancialmente estamos frente a un cuestionamiento frente a la constitucionalidad de la norma incluida en una ley. Veamos esos pronunciamientos:

Octava: que el artículo 7 del Reglamento del Decreto de Urgencia 033-2005, aprobado por el Decreto Supremo 019-2006-EF, no hace más que repetir el lineamiento del artículo 6 del Decreto de Urgencia, en consecuencia se pretende una declaración de inconstitucionalidad de una norma de mayor jerarquía (Decreto de Urgencia) a través de una de menor rango mediante la acción de control constitucional indebida deviniendo la misma en improcedente; por las razones anotadas³².

En otro caso, se reiteró la posición de deferencia hacia el proceso de inconstitucionalidad:

Décimo: [...] En atención a ello, esta Sala Suprema aprecia que el artículo 7 del Decreto Supremo 019-2006-EF, cuya ilegalidad se reclama, contiene lo ya señalado y dispuesto por el artículo 6 del Decreto de Urgencia 033-2005. En consecuencia, en rigor, dicho Decreto Supremo no desnaturaliza ni transgrede una norma legal, en tanto que reitera lo ya precisado por ella, por lo que en el fondo se busca cuestionar la constitucionalidad del citado Decreto de Urgencia, entonces la vía correspondiente es la del proceso de inconstitucionalidad y no la del proceso de acción popular, por lo que la demanda deviene en improcedente^{33 34}.

³² Octavo fundamento de la Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el proceso de acción popular 2682-2008-LIMA de 20 de marzo de 2009 publicada el 12 de febrero de 2010.

³³ Sentencia A.P. 1821-2009- LIMA de 18 diciembre de 2009.

³⁴ En idénticos términos la Sentencia recaída en el Exp. 470-2009, de la Sala Civil de la Corte Superior de Lima.

En ambos casos, el Poder Judicial se refirió al cuestionamiento realizado por los demandantes al artículo 7 del decreto supremo 019-2006-EF que establecía:

De conformidad, con el artículo 6 del Decreto de Urgencia 033-2005 la reducción de las subvenciones por responsabilidad directiva para autoridades o funcionarios financiadas por Recursos Directamente Recaudados será proporcional a los incrementos que se otorguen en el marco del Programa de Homologación de los Docentes de las Universidades Públicas y operara hasta el límite de dicha subvención.

Pero en el fondo, el Poder Judicial advierte que esta norma reglamentaria constituye la concreción del mandato contenido en el artículo 6 del D.U. 033-2005, cuyo texto es el siguiente:

Las subvenciones por responsabilidades directivas para autoridades o funcionarios financiadas por recursos directamente recaudados se reducirán en un monto igual al incremento a que se refiere el artículo 5 del presente Decreto de Urgencia.

Con esta posición se está consagrando la interdicción de la demanda indirecta de leyes en sede judicial, dado que cuando una disposición reglamentaria contiene normas que son la reproducción o la concreción —sin ninguna elemento normativo propio de la discrecionalidad administrativa— de la ley que desarrolla o complementa, lo que corresponde es cuestionar la constitucionalidad de la norma con rango de ley que le sirve de base.

4. La competencia judicial para conocer el proceso de acción popular y las propuestas de cambios

La Constitución Política de 1993 mantiene la competencia para conocer el proceso de acción popular radicada en el Poder Judicial conforme ha sido su tradición en el derecho constitucional peruano.

En su desarrollo, los artículos 85 y 93 del Código Procesal Constitucional radican la competencia de primera instancia del proceso en el segundo nivel de la estructura judicial nacional: las Cortes Superiores. La norma explícitamente menciona que son competentes en primera instancia:

1. La Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el Órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y³⁵
2. La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos.

³⁵ La Ley Procesal del Trabajo (artículo 5) establece la competencia de las Salas Laborales para conocer de las demandas de acción popular contra reglamentos en materia laboral. Es importante precisar que conforme a criterio jurisprudencial esta competencia para conocer demandas de acción popular, no alcanza a los reglamentos en materia previsional que corresponde al fuero común (Demanda contra D. S. 119-2003-EF, Sentencia A.P. 704-2004-LIMA de 13 de setiembre de 2004, publicada el 18 de febrero de 2005).

Por tanto se entiende que para determinar la competencia de las Cortes Superiores deberá estarse a la ubicación territorial del órgano emisor de la norma impugnada, y no al domicilio de la entidad ni del demandante, ni donde se concreta la aplicación de la norma reglamentaria. Si fuere emitido el reglamento por un Gobierno Regional, por una Municipalidad y por cualquiera de sus instancias descentralizadas, la competencia corresponde a la Sala de la Corte Superior del Distrito Judicial bajo cuya circunscripción se halle el órgano emisor. Por otro lado, si el órgano emisor perteneciera al nivel nacional de gobierno, incluyendo organismos constitucionalmente autónomos, Poderes del Estado, incluyendo al Ejecutivo, a través de algún órgano de los Ministerios o por un organismo público descentralizado, corresponderá conocer a la Corte Superior de Lima. Por ello, fue declarada improcedente la demanda interpuesta por el Sindicato General del SUTE Regional Cusco contra la Dirección Regional del Cusco para que se declare la ilegalidad de la resolución ministerial 0101-2009-ED que aprobó los lineamientos para la evaluación y racionalización de plazas de educación básica y técnico productiva del sector público, disposición de alcance nacional y no producida por autoridad regional o local³⁶.

Por su parte, Carlos Mesía advierte la situación particular de la competencia judicial para conocer de demandas contra normas reglamentarias de alcance territorial regional emitidas por órganos conformantes del Poder Ejecutivo pero ubicadas en regiones distintas de la capital de la República, como sucede con las instancias descentralizadas de los organismos públicos descentralizados y reguladores. Pensemos en una regulación dictada por una dependencia descentralizada de la Autoridad Nacional del Agua para su circunscripción. No parece ser lógico, que si la norma únicamente fuera aplicable a una región determinada deba ser demandado en Lima porque el organismo —no el órgano emisor— tuviere competencia nacional. Al respecto manifiesta el mencionado profesor que:

Como el proceso de acción popular procede contra cualquier autoridad, no debe pensarse que las Salas de la Corte Superior del Distrito Judicial correspondiente, solo son competentes frente a las normas que emanan del gobierno regional o local. Somos de la opinión que si se trata de un órgano emisor con ubicación territorial en un determinado gobierno regional o local sin que forme parte de su estructura orgánica ni administrativa, pero que el radio de acción de su normatividad no traspasa la circunscripción territorial correspondiente, la sala competente es la del distrito judicial que corresponde, entendiéndose en estos casos que la de Lima tiene naturaleza residual»³⁷.

En todos los casos, la segunda instancia, de apelación, recae en la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República.

³⁶ Exp. 2391-2009-CUSCO de 30 de marzo de 2010.

³⁷ MESÍA, Carlos. *Exégesis del Código Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 480.

No obstante la historia —o acaso precisamente por ella— existe la tendencia en favor de transferir la competencia al Tribunal Constitucional, de modo que concentre el conocimiento de los procesos en defensa de la legalidad constitucional³⁸. Ese fue el temperamento del Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución de 2002, cuyo artículo 209 numeral 1) indicaba que el Tribunal Constitucional sería competente para tramitar y resolver en instancia única los procesos de inconstitucionalidad y los de acción popular³⁹.

Ciertamente —como lo manifiesta por ejemplo, Espinoza Saldaña— otorgar la competencia en instancia única al Tribunal Constitucional tiene la desventaja práctica de desanimar su empleo a los potenciales actores por la centralización funcional de este organismo⁴⁰. En esa línea, si bien creemos importante permitir la unificación procesal de los mecanismos de control abstracto de las normas jurídicas en el Tribunal Constitucional ello no necesariamente deriva en aceptar una instancia única en ese organismo, ya que puede abrirse como última instancia de revisión luego de la decisión judicial de la Sala Constitucional o Civil, según corresponda

A decir del profesor Landa, en opinión que compartimos, la competencia judicial respecto de estos procesos no necesariamente implica la exclusividad para conocerlo del Tribunal Constitucional pues podría reservarse para este la instancia de revisión y mantener la competencia primaria en el Poder Judicial. El mencionado profesor manifiesta que:

[...] en este sentido, la acción popular, si bien podría tramitarse en sede judicial, debería, en última instancia, ser resuelta en sede constitucional, a fin de integrar las decisiones judiciales dentro de la supremacía de interpretación de la Constitución, a cargo del Tribunal Constitucional⁴¹.

Otras opiniones alternativas no solo plantean una transferencia de competencia, sino una escala mayor de innovación.

Una primera tesis en ese sentido es la que plantea Abad Yupanqui, para quien la propuesta sería modificar la actual competencia judicial sobre este proceso constitucional diferenciando según se cuestione las normas reglamentarias por vicios

³⁸ En esta tesis se encuentran contemporáneamente LANDA ARROYO, César; ob. cit., p. 150 y HUERTA GUERRERO, Luis. «Proceso de Acción Popular». En *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, pp. 1101 y 1102. También han manifestado esa posición la Comisión Andina de Juristas en su «Análisis del proyecto de Constitución». En *Del golpe de Estado a la nueva Constitución*. Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 9. Lima, 1993, p. 231.

³⁹ El mencionado Anteproyecto mantenía una disposición contradictoria en su artículo 191 que indicaba que el Poder Judicial ejercía el control de la potestad reglamentaria.

⁴⁰ ESPINOZA SALDAÑA, Eloy. *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*. Lima: ARA Editores, 2003, p. 135.

⁴¹ LANDA ARROYO, César. Ob. cit., p. 150.

de legalidad o de constitucionalidad. En este sentido, para esta propuesta si se impugnara un reglamento por su inconstitucionalidad correspondería conocer al Poder Judicial en vía del proceso de acción popular. Si, por el contrario, lo que se cuestiona fuere la ilegalidad formal o sustancial, sería objeto de un proceso contencioso administrativo también ante el Poder Judicial dejando de ser un proceso constitucional propiamente dicho⁴².

Desde esta misma tendencia, también se ha propuesto fusionar la acción popular con la acción de inconstitucionalidad, de modo que los reglamentos que son el objeto de control de la acción popular pasen a incorporarse al proceso de inconstitucionalidad para ser un único proceso de control normativo (proceso de inconstitucionalidad) ante el Tribunal Constitucional. La propuesta preparada por un grupo de juristas y publicada por la Comisión Andina de Juristas planteaba establecer como competencia del Tribunal Constitucional además de la declaración, de inconstitucionalidad de las leyes; la declaración, a petición de cualquier ciudadano de «la inconstitucionalidad parcial o total de los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general expedidos por el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público, que infringen la Constitución o la ley»⁴³.

Para ello se afirmaban como razones fundamentales: la potenciación del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución para que conozca de todas la impugnaciones directas contra normas generales y porque «no existe diferencia sustancial entre la acción popular y la llamada acción de inconstitucionalidad pues ambas se dirigen contra normas y tienen por finalidad expulsarlas del ordenamiento jurídico. Por ello no se justifica que en un caso, una siga tramitándose ante el Poder Judicial y la otra ante el Tribunal de Garantías. Ambas deben ser conocidas por el mismo órgano, que el proyecto propone sea el Tribunal Constitucional»⁴⁴.

En suma, la doctrina nacional ha planteado hasta cuatro alternativas para modificar la competencia exclusiva del Poder Judicial respecto del proceso de acción popular:

- Transferir la competencia al Tribunal Constitucional de manera concentrada manteniendo la individualidad de la acción popular.
- Abrir la competencia en última instancia del Tribunal Constitucional manteniendo la competencia judicial primaria para conocer del proceso de acción popular en primera instancia.

⁴² ABAD YUPANQUI, Samuel. *Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 198.

⁴³ Artículo 299 del Proyecto de Reforma del Título V de la Constitución preparado por el Centro de Estudios Constitucionales. Lecturas sobre temas constitucionales No. 8, Comisión Andina de Juristas. Lima, 1992, p. 266.

⁴⁴ Proyecto de Reforma del Título V de la Constitución preparado por el Centro de Estudios Constitucionales. Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 8, Comisión Andina de Juristas. Lima, 1992, p. 258.

- Desdoblar las vías para cuestionar los reglamentos en función del tipo de vicio incurrido, concentrando el proceso de acción popular para reglamentos inconstitucionales y transfiriendo al proceso contencioso administrativo, las demandas contra reglamentos por contravención de normas legales.
- Incorporar el objeto de control del proceso de acción popular al proceso de inconstitucionalidad y fusionar ambos instrumentos dentro de este último.

5. Los supuestos en que el Tribunal Constitucional puede ejercer control abstracto sobre la validez constitucional de un reglamento

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha encargado de precisar que no obstante la competencia judicial para conocer en abstracto de la legalidad o ilegalidad de las normas reglamentarias, resulta posible que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad de un reglamento al conocer otros procesos constitucionales de su competencia.

Los casos en que este pronunciamiento puede darse y, afectar la vigencia de una norma reglamentaria son tres. Los dos primeros corresponden cuando el Tribunal conoce de procesos de inconstitucionalidad y se produce:

i) Cuando la norma reglamentaria es inconstitucional por conexión o consecuencia con una ley que es declarada inconstitucional en un proceso de inconstitucionalidad

Al respecto, el Tribunal Constitucional⁴⁵ afirmó:

Sin embargo, el Tribunal Constitucional sí puede efectuar el control abstracto de constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal y, así, pronunciarse sobre su validez constitucional, cuando ella es también inconstitucional «por conexión o consecuencia» con la norma de jerarquía legal que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional. De conformidad con el artículo 78 del CPConst. «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. [...].

Una precisión adicional es que la disposición procesal citada no establece que la norma a la que se extiende la inconstitucionalidad tenga que ser de la misma jerarquía de la que es declarada inconstitucional. La advertencia de este aspecto adquiere singular relevancia si se advierte que las relaciones de conexidad y de consecuencia entre las normas no se producen únicamente entre normas de la misma jerarquía, sino también entre las que ostentan diferente jerarquía —v.gr. la relación

⁴⁵ (Exps. 0045-2004-PI/TC (E.74) y Acumulados 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (F. 103), STC Exp. 0009-2009-PI/TC, 00015-2009-PI/TC, 00029-2009-PI/TC (acumulados) demanda contra D. Leg. 1049, Ley del Notariado.

entre Ley y Reglamento de desarrollo—. Esta circunstancia puede imponer que la constatación de la extensión de la inconstitucionalidad tenga que proyectarse a normas de jerarquía inferior.

Los supuestos en los que la declaratoria de inconstitucionalidad ha de extenderse a otras normas son, así, dos: conexidad y consecuencia. *Prima facie* y sin perjuicio de ulteriores precisiones que ha de efectuarse en la jurisprudencia de este Tribunal, estas relaciones pueden entenderse del siguiente modo. La relación de conexidad entre normas consiste en que el supuesto o la consecuencia de una de ellas es complementada por la otra. O, si se prefiere, desde una perspectiva más general: que el régimen de una materia dispuesto en una norma es complementado, precisado o concretizado por otra. Por su parte, la alusión al concepto «consecuencia» supone una relación de causalidad, donde el contenido de una norma resulta instrumental con relación a otra. La relación de instrumentalidad que una norma tiene respecto a otra supone una relación de medio-fin, en la cual si la que desenvuelve el rol de fin es declarada inconstitucional, por lógica consecuencia, la que desempeña el rol de medio deviene también inconstitucional. La declaratoria de inconstitucionalidad de la «norma-fin» trae como consecuencia la inconstitucionalidad de la «norma-medio».

ii) Cuando el reglamento reproduce el contenido de una norma legal declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad

En esa misma sentencia el Tribunal Constitucional, describió que también puede realizar control abstracto de constitucionalidad respecto de aquella norma reglamentaria que reproduce un precepto contenido en una norma legal a la cual califica como inconstitucional en el mismo proceso. En efecto, el Tribunal afirma al respecto, que:

Existe empero un supuesto distinto consistente de relación entre normas en las que una redonda, reitera o reproduce la enunciada por otra que es la declarada inconstitucional. En tal supuesto, resulta lógico que aquella, al reproducir el contenido inconstitucional de la norma impugnada, es también inconstitucional y, por tanto, debe declararse su inconstitucionalidad. En sentido exacto, para emplear la dicotomía disposición-norma frecuentemente empleada por este Tribunal, se trata de dos «disposiciones» que expresan la misma norma. Desde esta perspectiva, en cuanto la declaración de inconstitucionalidad es respecto de la norma, todas las disposiciones que la enuncien o reproduzcan deben ser también declaradas inconstitucionales.

En este supuesto, no cabe hablar de que entre la disposición que enuncia la norma inconstitucional y la que la reproduce exista una relación de conexidad o de consecuencia, en los términos antes expuestos. Las relaciones de conexidad o de consecuencia presuponen por definición la existencia de normas «distintas», se dan entre normas

«diferentes». Por el contrario, en el supuesto analizado se trata solo de una reproducción o redundancia de una norma que ya ha sido declarada inconstitucional. Aquí, entre la norma declarada inconstitucional y la otra que reproduce su contenido no existe relación de conexidad o de consecuencia, sino una relación de identidad. En este sentido, este supuesto no se encuentra comprendido por la disposición procesal antes mencionada.

Ahora bien, aunque este supuesto no está comprendido en sentido estricto por el artículo 78° del CP Const., desde su literalidad, sí es posible, por el contrario, entender que ella subyace a la *ratio* de dicha norma. En efecto, si ella habilita la expulsión de normas distintas a la declarada inconstitucional, *a fortiori*, ha de admitirse la expulsión de otras normas que tienen el mismo contenido que la declarada inconstitucional. El citado artículo 78° constituye una excepción al principio procesal de congruencia, pero si el objeto del control abstracto puede ser extendido por el Tribunal a comprender normas distintas a la impugnada y declarada inconstitucional, con mayor razón esa consecuencia ha de proyectarse sobre otras disposiciones que reproducen el contenido de aquella.

Abona esta postura, además, el principio de coherencia del ordenamiento jurídico. Este principio deriva, a su vez, del principio de unidad del ordenamiento. Según este, las normas que lo conforman deben integrarse armónicamente y, así, evitar contradicciones entre las mismas. Precisamente, el imperativo de no contradicción impone un mandato de coherencia entre las normas del ordenamiento. He aquí, el principio de coherencia. Resulta contrario a este principio permitir la presencia de una disposición que reproduce o contiene otra que está siendo declarada inconstitucional. Es incoherente que después de haberse constatado la inconstitucionalidad de una norma, se permita la presencia de otra disposición que reproduce el mismo contenido de la norma declarada inconstitucional.

Por último, refuerza adoptar la misma conclusión el principio de supremacía constitucional (artículo 51, Const.). La fuerza pasiva de la Constitución o capacidad de resistencia frente a la fuerza innovadora de las demás fuentes del ordenamiento se vería severamente disminuida si ella no se irradia en todas sus consecuencias, no solo sobre la disposición impugnada en el proceso de inconstitucionalidad, sino también sobre cualquier otra que tenga reproducido el contenido de aquella.

Por estas razones, el Tribunal Constitucional sí puede efectuar el control abstracto de constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal y, así, pronunciarse sobre su validez constitucional cuando ella reproduce el vicio de inconstitucionalidad —la infracción de la Constitución— de la norma de jerarquía de ley que es declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Esto resulta de recibo debido a que: «Si lo declarado inconstitucional es un precepto cuyo contenido se reitera en el reglamento de desarrollo, no cabe duda de que inconstitucional será también, por el mismo motivo, el o los correspondientes artículos reglamentarios». Y es que,

como acertadamente se ha afirmado, «[...] si la inconstitucionalidad se predica de la norma, su declaración por el Tribunal Constitucional la expulsa del ordenamiento jurídico allí donde se encuentre; sea con forma de ley, sea con forma de reglamento».

De este modo, el Tribunal ha afirmado su competencia para apreciar la constitucionalidad de normas infralegales, aunque no ha explicitado si en estos casos el efecto de la sentencia respecto a los reglamentos ilegales se mantiene con su naturaleza derogatoria (como es propio de las sentencias de los procesos de inconstitucionalidad) o participa de la naturaleza anulatoria (que es la propia de los procesos de acción popular).

iii) Cuando conoce de un amparo contra norma reglamentaria autoaplicativa

Un último caso que ha admitido la valoración directa y capacidad de pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto de normas reglamentarias, es con motivo de la interposición de un proceso de amparo contra alguna norma reglamentaria de tipo autoaplicativa⁴⁶.

Nótese que aquí no es un caso de control de constitucionalidad abstracto sino concreto en función de los hechos y el caso específico, por lo que se tiene la particularidad de permitir que el pronunciamiento sea de inaplicación de la norma reglamentaria al actor concreto y no una anulación general del precepto.

6. El tratamiento de los reglamentos antijurídicos en el derecho comparado: la vía del proceso contencioso administrativo y el proceso de inconstitucionalidad

El encausamiento de los cuestionamientos a los reglamentos antijurídicos hacia un proceso constitucional específico y separado de todos los demás es una particularidad propia de nuestro constitucionalismo.

Ningún otro régimen constitucional presenta esta singularidad. La mayoría de ordenamientos nacionales dan tratamiento al cuestionamiento jurídico de estos reglamentos por medio del proceso común del contencioso administrativo, presentando algunas particularidades que la diferencian de nuestro sistema. Pero, en el derecho comparado también encontramos un sector —ciertamente minoritario— que encausan este proceso contra reglamentos antijurídicos por medio del proceso de inconstitucionalidad, de modo, que junto con los cuestionamientos típicos de inconstitucionalidad a las leyes es posible plantear también estas demandas contra los reglamentos antijurídicos.

⁴⁶ Exp. 4677-2004-PA/TC, Exp. 03116-2009-PA/TC y Exp. 00051-2011-PA/TC.

6.1. El proceso contencioso administrativo

Como manifestamos antes, una amplia mayoría de ordenamientos sigue la tendencia de dar cabida como objeto del proceso contencioso administrativo a los cuestionamientos de inconstitucionalidad o ilegalidad de los reglamentos ante el Poder Judicial ordinario.

Es el caso emblemático del régimen jurídico español, el que desde su Constitución⁴⁷ y luego la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁴⁸, permiten el recurso directo contra los reglamentos cualquiera sea la entidad de la cual provengan con el objetivo de verificar si la disposición infringe alguna ley o precepto constitucional, si ingresa en algún aspecto reservado a la ley o fue aprobada sin seguir el procedimiento regular.

En caso de estimarse antijurídica la norma, la judicatura declarara la nulidad de la disposición, pero no podrá determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos en sustitución de los declarados nulos.

⁴⁷ España

Artículo 106.

1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

2. Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

⁴⁸ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Artículo 25.

1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expresos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley.

Artículo 71.

1. Cuando la sentencia estimase el recurso contencioso-administrativo:

Declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada.

[...]

2. Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

En América Latina también se sigue este modelo como nos lo atestiguan los ordenamientos colombiano⁴⁹ y argentino⁵⁰, en los que regula el recurso directo ante la autoridad judicial que conoce del proceso contencioso administrativo contra los decretos o actos de carácter general —que involucra a las normas reglamentarias—. Es más, aparece igualmente propuesta dicha regulación en el denominado Código Procesal Administrativo modelo para Iberoamérica⁵¹ bajo la denominación de «impugnación de disposiciones generales» por la que se permite su impugnación directa ante la justicia ordinaria fundándose en infracción a los trámites esenciales del procedimiento de elaboración o en la infracción de normas de superior jerarquía (artículo 16) debiéndose entender con la entidad autora de la norma (artículo 11.3) y, en caso de obtenerse sentencia estimatoria corresponderá declarar su nulidad total o parcial de la disposición con vigencia desde la publicación de la sentencia, sin perjuicio de ser tenidas en cuenta por los tribunales en las sentencias que dictaren respecto de la aplicación al caso concreto de la norma ilegal; pero lo que el juez no puede hacer es —en respeto a la discrecionalidad administrativa— determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos contrarios al ordenamiento. (artículo 46).

Esta alternativa tiene como ventaja frente al modelo peruano permitir a los actores que son a su vez afectados o amenazados con la aplicación de la norma reglamentaria contar con un pronunciamiento del Poder Judicial más eficiente en la medida que no solo puede alcanzar la anulación del reglamento sino obtener el reconocimiento de alguna pretensión concreta en su favor (p. ej. Obtener la anulación un acto de aplicación del reglamento ilegal).

⁴⁹ Constitución de la República de Colombia

Art. 237

Son atribuciones del Consejo de Estado:

Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

Ley 1437 de 2011, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Artículo 135. Nulidad por Inconstitucionalidad. Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.

También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.

⁵⁰ Ley Nacional de Procedimientos Administrativos

Artículo 24.- El acto de alcance general será impugnabile por vía judicial:

a) Cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dicto y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10)

b) Cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas

⁵¹ Véase, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús; y CASSAGNE, Juan Carlos. *La Justicia Administrativa en Iberoamérica*. Lima: Editorial Lexis Nexis, Abeledo Perrot, 2005.

Sin embargo, su encausamiento por medio de la vía central de control judicial sobre la administración nos conduce a tres problemas que debe abordar el legislador o, en su caso, la jurisprudencia judicial:

- i) ¿En qué medida se exige al actor de este proceso contar con una legitimidad basada en ser afectado o cuando menos amenazado de manera cierta e inminente en sus derechos subjetivos por la ejecución de la norma?
- ii) ¿Será exigible al actor agotar la vía administrativa previamente, esto es, plantear un reclamo previo ante la autoridad que dictó el reglamento y, luego, obtener una decisión definitiva de la autoridad?
- iii) ¿Cuál será el efecto apropiado a asignarse a la sentencia estimatoria de la ilegalidad del reglamento tratándose de un actor legitimado personalmente para activar el proceso? ¿Puede ser *erga omnes* o solo tiene efectos inter partes?

6.2. El proceso de inconstitucionalidad

Fue Kelsen quien afirmó⁵² que «es la jurisdicción constitucional, ciertamente, la instancia más calificada para declarar la anulación de los reglamentos ilegales. Y no solamente porque su competencia no concurre con la competencia actualmente reconocida —en general— a los tribunales administrativos, limitada en principio, a la anulación de los actos administrativos individuales, sino, en particular, porque entre el control de la constitucionalidad de las leyes y el control de la legalidad de los reglamentos existe una íntima afinidad por el hecho de su carácter general».

De este modo, los procesos de control normativo estarían unificados ante una misma autoridad, los mismos criterios y principios interpretativos.

Para afirmar la conveniencia de considerar los cuestionamientos de inconstitucionalidad dentro de la jurisdicción ordinaria, el pensador explicaba que «Dos puntos de vista concurren, pues, en la determinación de la competencia de la jurisdicción constitucional: de una parte, la noción pura de garantía de la Constitución, que conduciría a incorporar en ella el control de todos los actos inmediatamente subordinados a la Constitución y solo ellos. Por otro lado, la oposición entre actos generales y actos individuales, que incorporaría al control de la jurisdicción constitucional las leyes y los reglamentos. Es necesario, haciendo a un lado todo prejuicio doctrinal, combinar estos dos principios según las necesidades de la Constitución así considerada»⁵³.

⁵² KELSEN, Hans. «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional)». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10 (julio-diciembre 2008), pp. 3-46.

⁵³ *Ibidem*.

En la línea de lo expuesto algunos ordenamientos regionales consideran a los reglamentos inconstitucionales o ilegales como objeto del proceso de inconstitucionalidad. Es el caso de las Constituciones Políticas de Guatemala⁵⁴, Costa Rica⁵⁵, de El Salvador⁵⁶, República Dominicana⁵⁷, Bolivia⁵⁸, Ecuador⁵⁹ y

⁵⁴ Guatemala:

Artículo 267.- Inconstitucionalidad de las leyes de carácter general.

Las acciones en contra de leyes, reglamentos o disposiciones de carácter general que contengan vicio parcial o total de inconstitucionalidad, se plantearán directamente ante el Tribunal o Corte de Constitucionalidad

Artículo 272.- Funciones de la Corte de Constitucionalidad.

La Corte de Constitucionalidad tiene las siguientes funciones:

Conocer en única instancia de las impugnaciones interpuestas contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente de inconstitucionalidad.

⁵⁵ Ley de Jurisdicción Constitucional

Artículo 73.- Cabrá la acción de inconstitucionalidad:

a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.

⁵⁶ El Salvador

Artículo 174.- La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de los Constitucional a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el hábeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el Art. 138 y las causas mencionadas en la atribución 7ª del Art. 182 de esta Constitución.

La Sala Constitucional estará compuesta de cinco Magistrados designados por la Asamblea Legislativa, uno de los cuales será el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien también la presidirá.

⁵⁷ Artículo 185.- Atribuciones. El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia:

1) Las acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido;

⁵⁸ Código Procesal Constitucional (2012)

Artículo 72.- (Objeto) las acciones de inconstitucionalidad son de puro derecho y tienen por objeto declarar la inconstitucionalidad de toda norma jurídica incluida en una Ley, decreto o cualquier género de resolución no judicial que sea contraria a la Constitución Política del Estado, a instancia de las autoridades públicas señaladas en el presente Código.

⁵⁹ Constitución de la República del Ecuador

Artículo 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

2.- Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la firma, contra actos normativos de carácter general emitidos por los órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Capítulo XII

Control constitucional de los actos normativos no parlamentarios y actos administrativos de carácter general

Art. 135.- Reglas generales.- Procederá la acción de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo o administrativo de carácter general que vulnere normas constitucionales.

La constitucionalidad de dichos actos no se agota ni se presume por su sujeción a la ley. Cuando la inconstitucionalidad del acto deriva de la inconstitucionalidad de la ley, se analizará la inconstitucionalidad conexa de la norma correspondiente.

Art. 136.- Distribución de competencias.- Para el control de los actos normativos y administrativos de carácter general, a la Corte Constitucional le corresponde el control de constitucionalidad de todos los actos normativos y administrativos de carácter general.

parcialmente Chile en lo que se refiere a los reglamentos que vulneren la reserva de ley⁶⁰.

Conclusiones

1. La acción popular ha sido el instrumento de control constitucional pionero en nuestro constitucionalismo y reviste singularidad en el derecho comparado, pues los Estados han optado por confiar el control jurídico sobre los reglamentos al proceso contencioso administrativo o al proceso de inconstitucional, sin desarrollar un proceso jurídico específico para reglamentos.
2. La redacción del artículo 200 de la Constitución Política respecto del proceso de acción popular es imperfecta porque induce a errores sobre aquello que es objeto de proceso. La mención por separado de «reglamentos», «normas administrativas», «resoluciones y decretos de carácter general» parecería indicar que son distintos fenómenos jurídicos, cuando se trata únicamente de los reglamentos que por antonomasia sobre normas de alcance general y abstractas.
3. En nuestro desarrollo constitucional el proceso de inconstitucionalidad ha servido para que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la validez constitucional de los reglamentos vinculados a las leyes objetos de proceso. También el proceso de amparo ha servido para plantear la inaplicación de reglamentos autoaplicativos por inconstitucionales.
4. En los últimos años se mantiene el debate sobre la conveniencia de concentrar el control normativo en el Tribunal Constitucional o mantener el control abstracto de reglamentos a cargo del Poder Judicial. Las alternativas son variadas:

Art. 137.- Legitimación activa para el restablecimiento del derecho.- El restablecimiento del derecho y la reparación integral derivada de la declaratoria de inconstitucionalidad, cuando a ello hubiere lugar, únicamente puede ser solicitada por la persona directamente lesionada en sus derechos.

Art. 138.- Plazo para la interposición de la acción.- La acción de inconstitucionalidad puede ser solicitada en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

Art. 139.- Efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad.- Por regla general, la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos normativos y administrativos de carácter general tendrá efectos hacia el futuro.

Art. 140.- Procedimiento.- Los procesos de inconstitucionalidad de actos normativos que se tramiten en la Corte Constitucional se sujetarán a las reglas de procedimiento previstas en el Capítulo II del Título III de la presente ley.

Título IV

⁶⁰ Constitución Política de Chile

Art. 82.-

Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

12.- Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materias que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60.

incorporar los reglamentos como objeto de control del proceso de inconstitucionalidad, dar la competencia al Tribunal para conocer del proceso de acción popular en vía directa, o solo atribuírselo en última instancia, luego de transcurra la primera instancia ante el Poder Judicial, entre otras.