

*Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el caso peruano**

"Summum ius summa iniuria" Cicerón

CÉSAR LANDA ARROYO

1. Orígenes y evolución de la justicia constitucional peruana contemporánea
 - 1.1. Constitucionalismo democrático y constitucionalismo autoritario.
 - 1.2. Modernización judicial tradicionalista.
 - 1.3. Balance del Tribunal de Garantías Constitucionales.

2. Legislación y jurisdicción constitucional difusa como justicia política autoritaria
 - 2.1. Quehacer político de facto como quehacer jurídico: período de 1992.
 - 2.2. Legitimación del quehacer político como quehacer jurídico: período de 1993.
 - 2.3. Límites y desafíos del quehacer jurídico: período de 1994.

3. Posibilidades y límites de la justicia constitucional
 - 3.1. Reforzamiento de las minorías.
 - 3.2. Control abstracto y control concreto.
 - 3.3. Defensa de los derechos fundamentales: garantías constitucionales.
 - 3.4. Distribución del poder: territorial y funcional.

1. ORIGENES Y EVOLUCION DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL PERUANA CONTEMPORANEA

1.1. Constitucionalismo democrático y constitucionalismo autoritario

La historia constitucional peruana ha sido pródiga en la dación de textos constitucionales y en la incorporación nominal de modernas instituciones democráticas, pero no en la creación de una conciencia constitucional tanto en la ciudadanía como en sus autoridades. Podría señalarse que el desfase de la falta de vigencia de los textos constitucionales en la vida social, se debe a que la expedición de estas cartas políticas se han dado al unísono de los cambios políticos y sociales de cada época: unos más estructurales, como la Independencia y el establecimiento de la república y, otros más coyunturales, como las guerras civiles, las guerras internacionales y las revoluciones civiles y militares¹.

* Este artículo, con algunas modificaciones, es la ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Constitucional "Ciudadanos e Instituciones en el Constitucionalismo Actual", realizado en Alicante, España, del 3 al 5 de Mayo de 1995.

¹ Cfr. Lizardo Alzamora Silva, *La evolución po-*

Este curso histórico muestra que la Constitución y la vida constitucional han dependido directamente de los acontecimientos políticos y militares de cada época y que los operadores constitucionales no han sido capaces de procesar dichos fenómenos en el marco de la Constitución. Esto se ha debido, por un lado, a la falta de estabilidad política, que es expresión de la carencia de un consenso mínimo o pacto social entre las élites dirigentes por asegurar un Estado de Derecho al menos duradero. Pero, por otro lado, ese derrotero también ha creado una cultura cívica de incredulidad en la sociedad respecto al Estado y a la Constitución; debido a que las necesidades e ilusiones de la población no se han visto satisfechas con las constituciones, en cualquiera de sus grandes corrientes ideológicas: liberales -1823, 1828, 1834, 1856 y 1867-; conservadoras -1826, 1836, 1839 y 1860-; sociales -1920, 1933 y 1979² y al parecer esto no cambiará con la actual constitución «neoliberal» de 1993.

Constituciones que, además, siempre han buscado cerrar una etapa política e inaugurar una nueva, usualmente autodenominada de revolucionaria. Por eso, «hasta cierto punto se podría sostener que la historia de la temática constitucional, y de los enfoques diversos en su tratamiento, no es más que el correlato y la consecuencia lógica del proceso de transformaciones en el ámbito de la ideología y de la legitimidad

constitucional que le sirve de fundamento»³. Sin embargo, en el Perú las quiméricas ideologías políticas han tenido un asidero apenas virtual en la vida social y en el quehacer jurídico; produciendo constituciones nominales que no concuerdan con los presupuestos sociales y económicos y/o constituciones semánticas en beneficio de los detentadores fácticos del poder⁴. Creando así, más la disonancia entre la norma constitucional y la normalidad constitucional⁵, así como también limitando gravemente la realización de la Constitución⁶.

La Constitución y la vida constitucional han dependido directamente de los acontecimientos políticos y militares de cada época

En tal sentido, la Carta Política de 1979 cerró el período del régimen militar populista iniciado por el Gral. Velasco Alvarado e inauguró en la década de los ochenta un amplio escenario democrático ad-hoc para la reflexión

lítica y constitucional del Perú independiente, Lima, 1942; José Pareja Paz Soldán, *Derecho constitucional peruano y la constitución de 1979*, Lima, 1980; Domingo García Belaunde, «El constitucionalismo peruano en la presente centuria», en revista DERECHO N° 43-44, Lima, 1990; AA.VV., *La constitución diez años después*, Lima, 1989.

² Cfr. Toribio Rodríguez, Francisco Javier Mariátegui, José Faustino Sanchez, y otros, *Discurso con que la Comisión de Constitución presentó el Proyecto de ella al Congreso Constituyente*, Lima, 1823; Toribio Pacheco, *Cuestiones constitucionales*, Lima, 1854; Benito Laso, José Gálvez, José Gonzales de Paula Vigil y otros (redactores) *El constitucional*, diario político y literario, Lima, 1858; Manuel Atanasio Fuentes, *Derecho constitucional filosófico*, Lima, 1873; Luis Felipe Villarán, *La constitución peruana*, Lima, 1899; Manuel Vicente Villarán, *Exposición de motivos del anteproyecto de constitución de 1931*, Lima, 1962.

³ Pedro de Vega García, «En torno a la legitimidad constitucional», en *Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, tomo 1, Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988, pp. 803-825.

⁴ Cfr. Karl Lowenstein, *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1976, pp. 218-222.

⁵ Cfr. Hermann Heller, *Teoría del estado*, FCE, México, 1985, pp. 199-216.

⁶ Cfr. Konrad Hesse, *Escritos Constitucionales*, CEC, Madrid, 1983, pp. 26-31.

jurídica y política, antes que en la realidad, sobre todo por el establecimiento de un moderno diseño constitucional democrático y social, donde destacó la creación de la jurisdicción constitucional: derechos humanos y jurisdicción supranacional, garantías constitucionales y Tribunal de Garantías Constitucionales, que pronto se vio compulsada; por un lado, por la aparición de corrosivas prácticas contrasistémicas, como el terrorismo y la crisis económica, que abrieron una vez más la brecha entre el texto constitucional y la realidad, poniendo en evidencia la precaria vida constitucional y lábil convicción en la justicia constitucional del país, y; por otro lado, por la debilidad del propio Tribunal Constitucional, debido a las mínimas competencias asignadas en la Constitución, a la escasa demanda de los justiciables y a la reiteración de los vicios de la justicia ordinaria en la justicia constitucional, como se analiza más adelante.

Siguiendo las huellas del inestable derrotero constitucional peruano, el nuevo texto constitucional de 1993 expresa: por un lado, una respuesta política al Estado social de la Constitución de 1979, otorgando asidero a un pretendido pensamiento neoliberal, que cierra con la etapa del constitucionalismo social más nominal que real, al cual se le atribuyó un rol obstruccionista a la actual modernización del país en función de la economía de mercado y, por otro lado, una salida política frente a la presión política interna y sobre todo económica internacional producida a raíz del autogolpe de Estado de Fujimori de 1992.

En tal sentido, el esquema constitucional de 1993 expresa jurídicamente el programa político y sobre todo el programa económico del gobierno⁷, de servir de carta de garantía para los inversionistas, a través de la consagración de una constitución económica de mercado y de la eliminación de la planificación democrática o concertada, libre de los atavismos empresariales estatales y del control de precios, defensora libérrima de la propiedad privada sin posibilidad de la expropiación por interés social y la exclusión del tratamiento preferencial de ciertos sectores sociales y económicos marginados. En tal sentido, una vez asegurado el esquema constitucional económico y por cierto la figura de la reelección presidencial, queda pendiente que la organización del sistema de justicia, es decir: el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, la Defensoría del Pueblo, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministerio Público, etc., no constituyan obstáculos hacia los objetivos programáticos del actual gobierno de Fujimori.

Sin embargo, en este escenario, normativamente, la jurisdicción constitucional se convierte en un potencial y renovado instrumento de solución de los profundos problemas constitucionales, tanto institucionales como ciudadanos, al incorporar además de la acción de inconstitucionalidad y la acción popular, el conflicto de competencia; así como también reconocer junto al hábeas corpus y a la acción de amparo, al hábeas data y a la acción de cumplimiento.

Será precisamente a partir de la praxis de la jurisdicción constitucional y de la legislación que le facilite o dificulte, que se vislumbren también las posibilidades de superación del errático proceso constitucional peruano. En este nuevo derrotero constitucional, la justicia constitucional difusa y concentrada no deben desvincularse de las

⁷ Cfr. Alessandro Pizzorusso, *Lecciones de Derecho Constitucional*, tomo 1, CEC, Madrid, 1984, p. 11.

técnicas de interpretación constitucional ⁸ y de la democratización como forma de resolución jurisprudencial, de lo contrario podrían estar encubriendo ingenuamente a las antiguas y nuevas apuestas autoritarias de la sociedad y de los poderes públicos, que a veces aparecen como abanderadas de las medidas extraordinarias de la modernización constitucional.

En conclusión, en la historia constitucional del Perú encontramos espasmódicos procesos de una modernización democrática-autoritaria, que utilizando instituciones democráticas propias del constitucionalismo clásico y contemporáneo, ejerce una práctica jurídica de rasgos autocráticos, no sólo de carácter conservador, sino inclusive social y neoliberal. Pero en cualquiera de dichos casos concentrados en la férrea dirección presidencial, que no distingue entre la naturaleza de un gobierno fuerte, de un gobierno autoritario que finalmente crea inestabilidad en el mediano o largo plazo, con el agravante del gran costo social de su intolerancia.

1.2. Modernización judicial tradicionalista

En el accidentado perfil democrático constitucional peruano planteado, corresponde realizar el análisis del surgimiento de la jurisdicción constitucional en el Perú. En efecto, «el proceso dramático a través del cual se consiguió transitar hacia la democracia en estos países se refleja de manera inequívoca en el sentido que se le da a la Justicia Constitucional»⁹. Pero, ésta a su vez, debe incardinarse en el marco de las características y de los límites de la administración de justicia de la cual es tributaria; porque nos permitirá aproximarnos a conocer las razones del origen de la justicia constitucional concentrada, como negación al modelo de la administración de justicia peruana, y; de la propia justicia constitucional, en tanto es portadora de los vicios de la práctica de la justicia ordinaria.

Al respecto, cabe señalar que sobre el Poder Judicial en todas las épocas se coincide en la crítica frontal a la calidad de su función jurisdiccional, identificada por la obsecuencia a los poderes político y económico dominantes, la falta de un criterio jurisprudencial uniforme y la corrupción. Junto a ello, la obsolescencia de los códigos sustantivos y procesales, los arcaicos sistemas de trabajo judiciales y la falta de recursos económicos constituyen características propias del Poder Judicial ¹⁰, que han creado pertinazmente

⁸ Cfr. Enrique Alonso García, *La interpretación constitucional*, CEC, Madrid, 1984; Konrad Hesse, op. cit., pp. 35-57; Héctor Fix-Zamudio, «Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional», en la **Jurisdicción Constitucional, Seminario sobre Justicia Constitucional**, III Aniversario de la creación de la Sala Constitucional, San José, Costa Rica, y; Domingo García Belaunde, «La interpretación constitucional como problema», en *Pensamiento Constitucional* (editor, César Landa), Maestría en Derecho con Mención en Derecho Constitucional, Universidad Católica, Lima, 1994.

⁹ Javier Perez Royo, *Estado democrático y justicia constitucional*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 40.

¹⁰ Cfr. Ministerio de Justicia, *Foro nuevas perspectivas para la reforma integral de la administración de justicia en el Perú*, auspiciado por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, Lima, 1994; donde se recopilan los diagnósticos y conclusiones de la Comisión de Reestructuración de la Administración de Justicia. Desde una perspectiva no oficial, cfr. Javier de Belaunde y otros en *Poder Judicial y democracia*, (editor Diego García-Sayán), CAJ y CIJA, Lima, 1991, pp. 21-58; Juan Monroy, *El Poder Judicial a 10 años de vigencia de la Constitución de 1979*, Lima, 1990; Cfr. *Perú: La independencia del Poder Judicial*, informe de misión por: José Antonio Martín Pallín, Centro para la Independencia de Jueces y Abogados y la Comisión Internacional de Juristas, Lima, 1989. Luis Pásara, *Jueces, justicia y poder en el Perú*, CEDYS, Lima, 1982, y; Domingo García Rada, *Memorias de un juez*, Andina, Lima, 1978.

en la opinión pública una idea de deslegitimización de la administración de justicia y del derecho en la práctica.

Así, por ejemplo, una de las razones auto-justificadoras del autogolpe de Estado de 1992 fue el estado de la administración de justicia «ganada por el sectarismo político, la venalidad y la irresponsabilidad cómplice, [...] escándalo que permanentemente desprestigia a la democracia y a la ley»¹¹; la consecuencia autocrática de este diagnóstico político fue la destitución de los magistrados constitucionales, así como de los vocales de la Corte Suprema, Corte Superior y la clausura del Tribunal de Garantías Constitucionales, junto a otras instituciones.

En tal sentido, el gobierno ha asumido pragmáticamente la necesidad de modernizar la administración de justicia en el Perú; de lo contrario, «la subsistencia del sistema democrático, así como de las importantes reformas económicas introducidas por el presente gobierno, será inviable sin un sistema de administración de justicia eficiente que responda a las necesidades de una sociedad moderna...»¹². En consecuencia, ha incorporado nominalmente en la Constitución de 1993, un conjunto de reformas judiciales administrativas, que van desde la consagración de la tutela judicial, el debido proceso, el control de la constitucionalidad, la independencia judicial, mediante el establecimiento de la Corte Suprema como corte de casación, el nombramiento de sus magistrados por un Consejo Nacional de la Magistratura, la elección popular de los jueces de paz, el reconocimiento a las comunidades campesinas y nativas como instancias jurisdiccionales aplicando su derecho consuetudinario, básicamente; hasta la creación de la Defensoría del Pueblo, la redefinición del Tribunal Constitucional, del Ministerio Público, del Jurado Nacional de Elecciones y del Consejo Nacional de la Magistratura, entre otros organismos constitucionales.

Sin embargo, los procesos judiciales por lo general continúan realizándose, con marcados índices de ineficiencia y ciertos grados de corrupción, en abierto quebrantamiento de los fines de la administración de justicia y falta de respeto a los derechos, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva de los justiciables; de modo que «los efectos prácticos de la *reorganización* del Poder Judicial y sus instituciones asociadas llevada a cabo por el Presidente Fujimori el 5 de abril de 1992, cuando es juzgada de acuerdo con lo estándares aplicables, ha sido la grave erosión si no la eliminación de la independencia institucional de la justicia ordinaria»¹³.

El resultado fundamental de este proceso autodenominado de reforma judicial, es que se ha producido: primero, la destitución de facto de la mayoría de los vocales y en menor medida de los magistrados y fiscales, y; en segundo lugar, la revisión parcial de los cesados por parte de un Tribunal de Honor de la Magistratura, creado ad-hoc

¹¹ Alberto Fujimori, Manifiesto a la Nación del 5 de abril de 1992, diario La República, Lima, 5-6-92, p. 5.

¹² Ministerio de Justicia, op. cit., p. 9.

¹³ Cfr. Informe de la Comisión de Juristas Internacionales, *Sobre la administración de justicia en el Perú*, IDL, Lima, 1994, pp. 79-86; este informe fue el resultado de un acuerdo de entendimiento entre el gobierno de los Estados Unidos y el gobierno del Perú, para que una comisión, presidida por el Profesor Robert Goldman, evalúe las características más importantes del sistema judicial y las reformas legales y constitucionales introducidas.

por el Congreso Constituyente Democrático en 1993¹⁴. Tarea que ahora le corresponde constitucionalmente al Consejo Nacional de la Magistratura, organismo que acaba de instalarse y que se abocará, según declaraciones de sus integrantes, sólo al nombramiento de los vocales y jueces de las provincias faltantes.

La desidia política y legislativa de los gobernantes por la implementación de los organismos judiciales, como el Consejo Nacional antes mencionado, la Defensoría del Pueblo o la Academia de la Magistratura, a veces se torna en temerosa, ante la necesaria y urgente puesta en funcionamiento del control constitucional a cargo del Tribunal Constitucional; debido a las siguientes razones:

- a. **Política.** Debido a que el Tribunal de Garantías Constitucionales al inicio del período gubernamental de Fujimori, entre agosto de 1991 y marzo de 1992, declaró como inconstitucionales cuatro leyes –tres decretos legislativos y una ley–, que estatúan legalmente una radical liberalización económica, violatorias del constitucionalismo social consagrado en el texto político de 1979; motivo por el cual con el autogolpe del 5 de abril de 1992 fue clausurado el TGC.

En tal sentido, en los primeros anteproyectos elaborados por el Congreso Constituyente Democrático (CCD) en 1993, no se incorporó al Tribunal Constitucional; sino, sólo a partir del debate en el pleno del CCD encargado de la aprobación final del texto constitucional a ser puesto a votación para referéndum. Esto puso en evidencia dos cosas: por un lado, la intención de la mayoría parlamentaria fujimorista que la Corte Suprema asuma la función de jurisdicción constitucional en los primeros proyectos y, por otro lado, que al gobierno no le era funcional la existencia de un Tribunal Constitucional autónomo, que se encargue del control constitucional del poder, sino más bien un dócil Poder Judicial que asuma la tarea de controlar judicialmente a los poderes públicos.

Al gobierno no le era funcional la existencia de un Tribunal Constitucional autónomo

Pero, en el debate constituyente, los sectores más conservadores opuestos y temerosos a la creación del Tribunal Constitucional, liderados por Enrique Chirinos Soto, tuvieron que sucumbir: por un lado, ante la tendencia histórica contemporánea del establecimiento de la moderna justicia constitucional concentrada, pero sin una convicción ética sobre su necesidad democrática, y, por otro lado, ante la unánime opinión pública especializada en materia de derecho constitucional, que promovieron la plena y mejorada restauración de la justicia constitucional, a través del Tribunal Constitucional¹⁵.

¹⁴ Una muestra del mantenimiento del sometimiento de la justicia al poder político, se produjo en el caso La Cantuta, en el cual la Corte Suprema recién renovada en abril de 1994 por el Tribunal de Honor de la Magistratura, abdicó ante el fuero privativo militar de su potestad de administrar justicia contra un grupo de para-militares del ejército; considerando que se había producido un delito de función, al secuestrar y asesinar a un profesor y nueve estudiantes universitarios y quemar sus restos.

¹⁵ Cfr. Colegio de Abogados de Lima, *Proyecto de Reforma de la Administración de Justicia*, Lima, 1993. Asimismo, revisar el proyecto de reforma constitucional del Título de las Garantías Constitucionales de la

- b. **Jurídica.** La justicia constitucional al crear un poder jurisdiccional encargado de fiscalizar la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos –legislativo, judicial y sobre todo del ejecutivo–, sólo podrá limitarlos cuando sea capaz de someterlos al control constitucional; en particular a los reacios regímenes presidencialistas latinoamericanos que se extralimitan ordinariamente, como el peruano ¹⁶.

Sin embargo, la nueva versión de Tribunal Constitucional, creada a las postrimerías del debate constituyente en 1993 ¹⁷, hasta la fecha no ha sido implementada; debido al celo presidencialista del gobierno y de su obsecuente mayoría parlamentaria. Durante 1994, debido a la falta de promulgación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTG) y ahora que ya está publicada –el 10 de enero de 1995– mediante Ley N° 26435 y modificada por la Ley N° 26446 –del 10 de abril último– debido a la falta de nombramiento de los magistrados y a la expedición de una ley orgánica de garantías constitucionales. De modo que, hace más de tres años que en el Perú no existe control constitucional de las leyes.

En consecuencia, la incorporación de la justicia constitucional concentrada en la Constitución de 1993, nace con gran desconfianza por parte de los poderes públicos susceptibles de control –en particular del Presidente de la República–, por hacer justiciables las normas legales, los conflictos de competencia del Parlamento y del Poder Ejecutivo, así como por sustituir a la Corte Suprema como última instancia en materia de las viejas y nuevas garantías constitucionales –hábeas corpus, acción de amparo, hábeas data y acción de cumplimiento–. Sin embargo, entendemos que ningún Tribunal Constitucional ha nacido sin enemigos en regímenes intolerantes y antipluralistas; conductas propias de sociedades cerradas ¹⁸, es decir sin una cultura de la libertad; por ello, «la libertad solamente se hace real a través de la cultura, más allá del estado natural, en la globalización por medio de la familia, del estado constitucional y de la comunidad de los pueblos» ¹⁹.

En este contexto adquiere pleno sentido, que se diagnostiquen algunas limitaciones y virtudes del Tribunal de Garantías Constitucionales, en aras de una conciencia crítica sobre la composición y funcionamiento del nuevo Tribunal Constitucional y su futuro ejercicio como órgano de control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos legislativos y judiciales.

Constitución de 1979, que presentaron al Congreso de la República en 1991, un grupo de profesores de derecho constitucional de la Universidad Católica, agrupados en torno al Centro de Estudios Constitucionales; se puede ver la propuesta en *Lecturas sobre temas constitucionales* N° 8, Lima, 1992, pp. 255 y ss.

¹⁶ Cfr. Maurice Duverger, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Ariel, Barcelona, 1984; donde plantea que “el presidencialismo constituye una aplicación deformada del régimen presidencial clásico, por debilitamiento de los poderes del Parlamento e hipertrofia de los poderes del presidente”, p. 152.

¹⁷ Cfr. Congreso Constituyente Democrático, *Debates del Pleno del Congreso Constituyente Democrático*, versión en disketts, Lima, 1994.

¹⁸ Cfr. Peter Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Athenäum, Germany, 1980, pp. 79-105. Asimismo, revisar a Javier Perez Royo, op. cit., p. 25.

¹⁹ Cfr. Peter Häberle, *El concepto de los derechos fundamentales*, en *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*, (editor José Sauca), Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 103. Asimismo, del mismo autor, *Recientes aportes sobre los derechos fundamentales en Alemania*, en *Pensamiento Constitucional* (editor César Landa)..., op. cit., pp. 54-57, y; del mismo autor, *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, NIS, Roma, 1993, pp. 126-133.

1.3. Balance del Tribunal de Garantías Constitucionales

La evaluación del funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales, desde el 19 de noviembre 1982, fecha en que se instaló, hasta el 5 de abril 1992, fecha en que fue clausurado, hay que hacerla desde los resultados de su función jurisdiccional, de garantizar la libertad y controlar los excesos legislativos del poder y no solamente desde la crítica al modelo constitucional que le dio su origen ²⁰.

CUADRO Nº 1
RESOLUCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD (1982-1992)

PRONUNCIAMIENTOS ²¹	RESOLUCIONES		
	Inconstitu- cionalidad	Constitucio- nalidad	Inadmisible
1. Ley Nº 23331 (Art.2). Delito de desacato y Dec. Leg. Nº 46 (Art. 6) Terrorismo.		X	
2. Ley Nº23339. Corporación Departamental de Desarrollo.		X	
3. Ley Nº 23331 y Dec. Leg. Nº 46.			X
4. Ley Nº 23903 (Art. 6). Votos válidamente emitidos.			X
5. Ley Nº 23903 (arts. 10, 11, 12 , 20). Voto preferencial en la elección presidencial.			X
6. Ley Nº 24617 y Dec. Leg. Nº 371. Reorganización de la Policía Nacional.			X
7. Ley Nº 25202. Bolsa de Trabajo Sindical		X	
8. Ley Nº 25051. Expropiación de un predio en Chanchamayo.	X		
9. Ley Nº 24243. Estado expropia terreno y lo adjudica al Club Yurimaguas.			X
10. Decreto Supremo Nº 057-90-TR (decreto de urgencia) limita convenios colectivos.		X	
11. Ley Nº 25334 (arts. 20 y 21) y Ley Nº 25303 (Art. 292) . Limita incrementos salariales y condiciones de trabajo.		X	X
12. Dec. Leg. Nº 651. Liberaliza precio del transporte público.	X	X	
13. Dec. Leg. Nº 674 (Art. 27). Limita actividad de empresas públicas.	X	X	
14. Dec. Leg. Nº 650. Compensación por tiempo de servicios cancelatoria.	X	X	
15. Ley Nº 24243. Estado expropia terreno y lo adjudica al Club Yurimaguas (segunda demanda).			X

FUENTES: Archivo del Tribunal de Garantías Constitucionales, el Diario Oficial El Peruano y Gabriela Guillén, «Tribunal de Garantías Constitucionales: información estadística», en *Ius et Praxis* Nº 17, Universidad de Lima, 1991.

ELABORACION: César Landa.

²⁰ Cfr. Manuel García Pelayo y otros, *El Tribunal de Garantías Constitucionales en Debate*, en Enfoques Peruanos 6, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, Lima, 1988.

²¹ La Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales Nº 23385, estableció en el art. 8, que se declaraba inconstitucional una ley con seis votos conformes de los nueve magistrados; sin embargo, debido a que prácticamente cada magistrado emitía un voto singular, no lograban hacer sentencia a favor o en contra, denominándolas entonces a las no sentencias como "pronunciamientos".

Sin embargo, es el caso recordar que la Constitución de 1979, otorgó al TGC dos competencias: declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de leyes y resolver en casación sobre las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de hábeas corpus y de acción de amparo.

Durante los diez años de funcionamiento, al TGC le presentaron más de veinticinco acciones de inconstitucionalidad, habiendo resuelto sólo quince (15) debido a su abrupta clausura. Pero, lo más significativo fue que entre 1983 y 1990, durante los gobiernos de Acción Popular y del APRA, se resolvieron sólo nueve acciones de inconstitucionalidad, habiéndose declarado inconstitucional sólo en un caso, en tanto que el resto de las acciones fueron declaradas infundadas o no alcanzaron el número de votos necesarios para emitir una sentencia.

Pero, a partir de 1990, con el gobierno de Fujimori, en que se aplica el «shock económico», se inicia la expedición de un conjunto de medidas legislativas para el ajuste económico estructural, que quebrantan principios básicos del régimen económico y derechos sociales laborales, que la Constitución de 1979 garantizaba. En tal sentido, se expidieron, por ejemplo: el decreto de urgencia económica DS N° 057-90-TR, que limita el incremento de salarios y la mejora de las condiciones de trabajo para las negociaciones colectivas de los sindicatos de las empresas públicas. Las leyes N° 25334 y N° 25303, que consagran las restricciones a la negociación de los convenios colectivos en el sector público.

Asimismo, se dictaron un conjunto de decretos legislativos, incoados de inconstitucionalidad, como: Decreto Legislativo N° 650 que modifica el régimen de pensiones de los trabajadores, permitiendo que el sistema bancario y financiero privado capte esos depósitos obligatorios. Decreto Legislativo N° 651 que transfiere al Gobierno Central la competencia constitucional de regular el transporte público de las municipalidades y liberaliza el precio del pasaje. Decreto Legislativo N° 674 que limita las actividades empresariales del Estado, en particular las actividades económicas de las empresas públicas. Decreto Legislativo N° 677 que priva de la participación en la propiedad, utilidad y gestión a los trabajadores de las empresas públicas y la restringen en las privadas.

De otro lado, se dictaron: Decreto Legislativo N° 688, que incorpora a las empresas de seguros en la consolidación de los beneficios sociales de los trabajadores a cargo de las empresas. Decreto Legislativo N° 718, que creó un sistema privado de pensiones, complementario del sistema público de pensiones, administrado por el Instituto Peruano de Seguridad Social. Decreto Legislativo N° 727 que crea las administradoras privadas de fondos de pensiones.

Finalmente, con la dación del Decreto Legislativo N° 727, que promueve la inversión privada en la construcción, excluyendo a las empresas constructoras de las obligaciones laborales señaladas en la Ley N° 25202, Ley de la Bolsa de Trabajo Sindical; que fuera incoada por presunta inconstitucionalidad y que el TGC la declaró constitucional en 1989. El Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento al Empleo, que flexibiliza el mercado de trabajo, eliminando la estabilidad laboral y desprotegiendo el trabajo. Y también, se planteó una acción de inconstitucionalidad contra algunos artículos del Decreto Legislativo N° 767, Ley Orgánica del Poder Judicial.

Con estas leyes, entre otras normas, se configuró el paquete legislativo dictado por el Poder Ejecutivo que dio lugar a la interposición de quince nuevas acciones de inconstitucionalidad, siendo resueltas sólo cinco de ellas. Una, el decreto de urgencia económica, declarándolo inadmisibles porque a pesar de tener fuerza de ley, no era pasible del control constitucional abstracto que permitía taxativamente la Constitución de 1979, según la mayoría de los magistrados constitucionales.

En tanto que de las cuatro últimas resoluciones dictadas por el TGC, una contra una ley de presupuesto y tres contra otros tantos decretos legislativos, el TGC declaró sobre el fondo del asunto fundadas las acciones de inconstitucionalidad, aun cuando por la forma en estos últimos tres casos las desestimó. Mientras que en la última resolución del TGC publicada en el diario oficial «El Peruano» –un día antes del autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992– no se llegó a emitir sentencia, sino tan sólo pronunciamiento, debido a que no se lograron los seis votos que exigía la ley para declarar fundada una acción de inconstitucionalidad. Los restantes decretos legislativos demandados por inconstitucionales se quedaron pendientes de resolución, debido a su clausura de facto.

CUADRO N° 2
CAUSAS VISTAS EN MATERIA DE ACCION DE AMPARO Y DE HABEAS CORPUS

AÑOS	AMPARO	HABEAS CORPUS	TOTAL
1983	27	03	30
1984	54	15	69
1985	25	05	30
1986	56	13	69
1987	68	13	81
1988	43	09	52
1989	32	02	34
1990	75	07	82
1991	68	15	83
1992*	46	01	47
TOTALES	494	83	577

* Hasta el 5 de abril de 1992, fecha en que fue clausurado el TGC.

FUENTES: Archivo del Tribunal de Garantías Constitucionales, el Diario Oficial El Peruano y Gabriela Guillén Fernández, «Tribunal de Garantías Constitucionales: información estadística», en *Ius et Praxis* N° 17, Lima, 1991.

ELABORACION: César Landa.

La razón que explica la poca utilización de las acciones de amparo y sobre todo de los hábeas corpus en el período registrado, no obstante que esa década estuviera caracterizada antes que por la solidaridad, por un lado, por la violación de los derechos humanos, debido a la acción terrorista de Sendero Luminoso y a la acción represiva legal e ilegal de las Fuerzas Armadas, sobre todo bajo los estados de emergencia; y por otro lado, por la crisis económica, social e institucional que fomentó la arbitrariedad de las autoridades como de los poderes privados y particulares poderosos. En tal sentido, este modesto balance del TGC, en parte es entendible por el desconocimiento o poco valor que le asignaron los justiciables a las acciones de garantía constitucionales, dada la crisis del Estado de Derecho y la falta de una cultura de la libertad.

Pero, por otro lado, el propio Tribunal de Garantías Constitucionales, desestimó la mayoría de los recursos casatorias que le presentaron; poniendo en evidencia aún más, la poca relevancia que le otorgaba la justicia constitucional, a los escasos procesos constitucionales que inició la ciudadanía.

CUADRO Nº 3
CAUSAS VOTADAS EN MATERIA DE ACCION DE AMPARO Y
DE HABEAS CORPUS (1982-1992*)

PRONUNCIAMIENTOS	CASADAS	NO CASADAS	
ACCION DE AMPARO	89	377	27
HABEAS CORPUS	08	67	08
TOTALES	97	444	35

* Hasta el 5 de Abril de 1992, fecha en que fue clausurado el Tribunal de Garantías Constitucionales.
FUENTES: Archivo del Tribunal de Garantías Constitucionales, el Diario Oficial El Peruano y Gabriela Guillén Fernandez, «*Tribunal de Garantías Constitucionales: información estadística*», en *Ius et Praxis* Nº 17, Lima, 1991.
ELABORACION: César Landa.

Dada la información estadística presentada, es importante realizar a continuación, un breve diagnóstico sobre los límites de la experiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales ²²:

- a. **Escasas competencias.** Si bien en el anteproyecto del título de Garantías Constitucionales de la Constitución de 1979, se consignaba una extensa relación de competencias y atribuciones ²³, que no fueron reconocidas; sólo se le confirió la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y la resolución casatoria de las resoluciones denegatorias del Poder Judicial, en materia de hábeas corpus y amparo.
- b. **Legitimidad procesal.** Las pocas demandas de inconstitucionalidad encuentran parcialmente su explicación en que el requisito para plantear dicha acción por parte de la ciudadanía era de 50,000 firmas, además del Presidente de la República, un tercio de los Senadores o Diputados, la Corte Suprema de Justicia y el Fiscal de la Nación. Es decir que, por un lado, la legitimidad procesal estaba permitida para las autoridades principales del país, pero al pueblo se le exigía una alta cuota de respaldo a una demanda, que apenas se utilizó en la acción de inconstitucionalidad que interpusieron los trabajadores de las comunidades industriales en enero de 1992 contra una ley que las vulneraba, no llegando a resolverse la causa por la clausura del TGC.
- c. **Nombramientos.** La designación de los nueve magistrados, tres por el Poder Legislativo, tres por el Poder Ejecutivo y tres por el Poder Judicial, generó una

²² Cfr. Manuel Aguirre, «*La razón principal del fracaso del TGC*», en *Thémis* 20, Lima, 1991.

²³ Cfr. Diario de Debates de la Comisión Principal de la Asamblea Constituyente, 1978-1979, tomos, III y VIII. Cfr. Javier Valle Riestra, *El Tribunal de Garantías Constitucionales*, el caso de los votos nulos y blancos, Lima, 1986, pp. 7-20.

dependencia de origen de la cual muchos de los magistrados no se llegaron a desligar, lo que llevó a una tímida actuación del TGC, prácticamente, durante sus primeros ocho años (1982 a 1990); en los cuales, apenas resolvió nueve acciones de inconstitucionalidad, desestimándolas salvo en un caso que la declaró fundada. En cambio, como no había renovación de los magistrados por parte de los poderes políticos, se desprende que las restantes seis acciones de inconstitucionalidad, resueltas por el TGC (presentadas por la oposición parlamentaria) contra las normas legales dictadas por el gobierno de Fujimori, en cuatro casos fuesen declaradas fundadas, una fuese desestimada, por declararse inadmisibles la acción de inconstitucionalidad contra un decreto de urgencia y otra por segunda vez sólo obtuvo un pronunciamiento, por cuanto la Constitución de 1979 no reconocía expresamente el supuesto de incoar constitucionalmente contra un Decreto de Urgencia.

- d. **Pronunciamientos.** Como la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales (LOTGC) estableció por un lado, el requisito de seis votos para sentenciar las demandas de inconstitucionalidad de las leyes; en cinco de las quince causas (33%) no se llegó a emitir sentencia. En tanto que, para resolver las acciones de hábeas corpus y de amparo, si bien se requería de cinco votos para resolver los recursos de casación, sólo en el 6% de las causas se emitieron pronunciamientos; siendo lo singular la altísima expedición de resoluciones no casatorias (77%).

El razonamiento de la mayoría de los magistrados constitucionales fue fallar sobre el fondo del asunto antes que casar o no casar las resoluciones judiciales puestas a su consideración

e. **Casación.** La LOTGC estableció que agotada la vía judicial, la función casatoria del TGC se podía dar contra resoluciones cuando se hubiese violado la ley, aplicado falsa o erróneamente la ley o cometido infracciones de procedimiento. Sin embargo, el razonamiento de la mayoría de los magistrados constitucionales fue fallar sobre el fondo del asunto antes que casar o no casar las resoluciones judiciales puestas a su consideración; convirtiéndose el TGC en una suerte de cuarta instancia judicial, con el agravante que la mayoría de las resoluciones de Hábeas Corpus (80.7%) y Amparo (76%) del TGC, fueron por la no casación.

En efecto, la labor casatoria en materia de hábeas corpus y amparo, respectivamente, apenas fue de un 9.6% y un 18%. Lo que muestra una jurisprudencia constitucional residualmente garantistas de la protección de los derechos fundamentales invocados por los justiciables. Habiendo sido la labor casatoria, la tarea fundamental del TGC, debido a las escasas 25 demandas de inconstitucionalidad recibidas en 10 años, resulta que ante las violaciones de los derechos fundamentales en el Perú, el TGC cumplió un tímido y opaco rol como órgano de control de la Constitución y sobre todo de fiscalización de la constitucionalidad de los actos de la autoridad.

- f. **Razonamiento *indubio pro stato*.** El razonamiento de la mayoría de los magistrados constitucionales fue: «a) Las acciones de garantía (demandas de amparo y de hábeas corpus) tienen por objeto la defensa de los derechos constitucionales; b) por tanto, si en ellas no se prueba la violación o la amenaza de violación de un derecho constitucional, procede desestimarlas; y, c) en consecuencia, –oh! terrible y nefasta consecuencia!– las resoluciones llegada en casación no deben revocarse («casarse»), cuando en los autos correspondientes no se demuestre el atentado (violación, lesión o amenaza) contra algún derecho constitucional, aun cuando en dichas resoluciones recurridas aparezcan las causales de casación»²⁴.

Este razonamiento jurisprudencial basado en la economía procesal, también partía de asumir virtualmente que no se podía resarcir la violación de los derechos fundamentales, a menos que el interesado hubiese probado la afectación de su derecho; cuando en realidad en un ambiente de violencia y crisis social, eran el Estado y los poderes privados los agentes proclives para el quebrantamiento de los derechos fundamentales y, en consecuencia, existían supuestos reales que razonablemente podían llevar a presumir la agresión del Estado por ejemplo, a menos que el infractor hubiese demostrado su no responsabilidad.

Este razonamiento del *indubio pro libertate* es precisamente el que postula la Corte Interamericana de Derechos Humanos en jurisprudencia reiterada; por cuanto, «a diferencia del derecho penal interno, en los procesos de violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de alegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio»²⁵. Es decir que la Corte considera que la carga de la prueba recae sobre el Estado demandado.

2. LEGISLACION Y JURISDICCION CONSTITUCIONAL DIFUSA COMO JUSTICIA POLITICA AUTORITARIA

2.1. Quehacer político de facto como quehacer jurídico: período de 1992

Entre el 5 de abril y el 31 de diciembre de 1992, se desarrolló el período del gobierno de facto absoluto²⁶, iniciándose con la clausura, entre otras instituciones, del Tribunal de Garantías Constitucionales por Decreto Ley N° 25422, al cesar inconstitucionalmente a sus magistrados. A su vez, la Ley N° 23506 de Hábeas Corpus y Amparo ya reformada, fue reiteradamente modificada pero para impedir la interposición de las garantías constitucionales, hábeas corpus y sobre todo de amparo, ante el Poder Judicial.

²⁴ Manuel Aguirre, op. cit. p. 10.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Neira Alegría y otros, sentencia del 19 de enero de 1995*, p. 21. Cfr. Germán Bidart Campos, «La interpretación de los derechos humanos», en *Lecturas Constitucionales Andinas* 3, CAJ, Lima, 1994.

²⁶ Cfr. Domingo García Belaunde y Pedro Planas, *La Constitución traicionada*, Lima, 1993; Lecturas sobre Temas Constitucionales 9, *Del golpe de estado a la nueva Constitución*, CAJ, Lima, 1993; CEPEI, *Proceso de retorno a la institucionalidad democrática en el Perú* (editor Eduardo Ferrero), Lima, 1992.

También, se alteró la propia Ley Orgánica del TGC cuando ya no podía actuar como instancia casatoria, debido a su clausura. Esto significa, que el control constitucional de las leyes quedó proscrito y que las garantías constitucionales mencionadas, restringidamente podían ser incoadas ante el Poder Judicial, pero su mérito era resuelto por una pléyade de vocales y jueces nombrados por decretos leyes, amedrentados o aúlicos del poder de facto político y militar. En tal sentido, cabe reseñar la práctica judicial de las acciones de garantía durante el período del gobierno de facto absoluto.

2.1.1. Acción de Amparo

En los primeros diez años de vigencia de la Constitución de 1979, se incoaron acciones de amparo en un 60% en la vía judicial ordinaria contra resoluciones judiciales, «de esta suerte el amparo se ha convertido en un juicio contradictorio del juicio ordinario, como una cuarta instancia (en un país que sólo tiene tres) o como una articulación no prevista dentro de las causales de nulidad procesal»²⁷. Mientras que a partir de 1990, se inicia la tendencia de utilizar el amparo para demandar fundamentalmente contra actos particulares y resoluciones administrativas; que violaban, sobre todo, derechos constitucionales económico-sociales, como la estabilidad laboral, los salarios, y las pensiones de jubilación y cesantía de ex-funcionarios, servidores y demás trabajadores de la actividad estatal o privada.

En este marco, el gobierno de facto absoluto de Fujimori, dictó en 1992 un conjunto de decretos leyes²⁸ que vulneraron expresamente el derecho a un recurso judicial efectivo, prohibiendo la interposición de la acción de amparo y en menor medida del hábeas corpus, pero igualmente violatorios; para asegurar que, los actos derivados de las medidas legislativas que tomaba su gobierno no fuesen controladas, revisadas y eventualmente contradichas por el Poder Judicial, no obstante que estaba intervenido.

Así, a continuación se presentan algunos casos, en los cuales se consagró el impedimento de la acción de amparo violando la Constitución de 1979, que si bien estaba suspendida por el Art. 8 del Decreto Ley N° 25418, Ley del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, en su lógica de la excepción era sólo en lo que se opusiese a los objetivos de la pacificación, modernización y reforma institucional del país; pero, no para consagrar la arbitrariedad en la destitución de los cargos públicos, la indefensión judicial y administrativa ante la violación de la seguridad contractual de quienes pactaron civil y comercialmente con el Estado, ni para la aplicación retroactiva de las normas.

- a. **Magistrados y servidores judiciales.** Por Decreto Ley N° 25454, se prohíbe interponer la acción de amparo contra la destitución de catorce vocales de la Corte Suprema y los 134 vocales de las Cortes Superiores, Fiscales Superiores, jueces, fiscales provinciales y jueces de menores de Lima y Callao. En tal sentido, los

²⁷ Domingo García Belaunde, «El amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas», en *Lecturas sobre Temas Constitucionales*, N° 6, CAJ, Lima, p. 66.

²⁸ Cfr. Ministerio de Justicia, *Las Leyes de la Reconstrucción Nacional*, decretos leyes del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, dictados entre el 5 de abril y el 30 de diciembre de 1992, tomos I y II. Edición oficial, Lima, 1993.

jueces provisionales impuestos igualmente mediante decretos leyes, no admitían dicho recurso constitucional. Salvo en dos juzgados civiles de Lima, donde dos jueces institucionalistas que no fueron destituidos, admitieron algunas acciones de amparo de sus colegas, prefiriendo la Constitución antes que una norma con fuerza de ley que lo impedía; esta práctica excepcional continuaría en los dos años siguientes, lográndose la reposición de algunos magistrados. Pero, la admisión de los primeros dos recursos de amparo, bastó para que el gobierno de entonces les iniciara acción penal por prevaricato, sin que siquiera se hubiesen pronunciado sobre el fondo del derecho reclamado.

Para efectos de destituir al Fiscal Supremo en lo penal y nombrar a la Dra. Colán, se prohibió mediante Decreto Ley N° 25473 la interposición de la acción de amparo contra la destitución y el nuevo nombramiento, que se hacía además eliminando los requisitos relativos a la edad y los años de ejercicio de la magistratura, la abogacía o la cátedra universitaria, que exigía la ley.

Asimismo, se dictó el Decreto Ley N° 25496 que prohibió interponer la acción de amparo contra el cese de los 17 vocales de los Tribunales de Trabajo y la destitución de los jueces de trabajo de Lima y Callao. Idéntica medida se tomó, por Decreto Ley N° 25529, para la expulsión arbitraria de los 24 magistrados del Fuero Agrario y, mediante Decreto Ley N° 25580, para la separación de los 171 magistrados del distrito judicial de Lima, jueces de menores del Callao, secretarios de juzgado y testigos actuarios de los juzgados civiles y penales de Lima.

- b. **Funcionarios públicos.** Mediante Decreto Ley N° 25531 se destituyó a trece registradores públicos y se les impidió que eventualmente accionen recursos de amparo; asimismo, por Decreto Ley N° 25536 se declaró en reorganización la Oficina Nacional de los Registros Públicos, en virtud de lo cual se declararían excedentes a funcionarios y servidores, sin posibilidad de pedir la revisión administrativa o judicial de sus casos, en esta última vía mediante el amparo.

De otro lado, por Decreto Ley N° 25994 se autorizó a la Superintendencia de Administración Aduanera a evaluar a sus empleados y destituir a los que no «calificasen», prohibiéndoles interponer cualquier recurso impugnatorio administrativo o judicial como la acción de amparo.

Asimismo, luego de ser clausurado y tomado militarmente, el Congreso de la República es declarado en reorganización y se nombra una Comisión Administradora del Patrimonio del Congreso, a cargo de un general del ejército; la misma que tenía la potestad de «racionalizar» al personal. Contra estos despidos administrativos tampoco se podía interponer la acción de amparo, según el Decreto Ley N° 25640.

- c. **Económico-Social.** El gobierno dictó otro conjunto de arbitrarios decretos leyes dirigidos a prohibir la acción de amparo contra las medidas económicas que dictó, unas de carácter liberalizadoras y otras de carácter proteccionista a favor de ciertos estamentos del Estado, pero en cualquier caso quebrantando los principios y derechos constitucionales a la libertad y seguridad contractual.

Así, por Decreto Ley N° 25528 se modificaron los derechos y aranceles a la importación de productos agropecuarios, afectando los contratos de importación de arroz e insumos lácteos, en beneficio de algunas empresas dominantes en el mercado; además, se estableció que dicha norma se aplicaba a toda importación sin distinción de procedencia, inclusive cuando proveniesen de países con los que el Perú hubiese celebrado acuerdos o convenios comerciales con ventajas arancelarias. Pues, contra los efectos perjudiciales de esas modificaciones contractuales no cabía la acción de amparo, no obstante la violación de los derechos constitucionales antes mencionados.

De otro lado, por Decreto Ley N° 25545 se rescinden unilateralmente los contratos de explotación celebrados por PETROPERU con los concesionarios de las estaciones de servicio de combustible, para poder privatizarlos; penalizando como delito de usurpación la no devolución de las estaciones de combustible y prohibiendo la acción de amparo contra dicha medida, así como también impidiéndoles plantear la acción de amparo contra la aplicación del Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado ²⁹, en tanto era violatoria del régimen económico de la Constitución de 1979. Pero, por si fuera poco, radicalizando la arbitrariedad, mediante Decreto Ley N° 25560 se consagra impunemente la retroactividad de una norma, en tanto se establece que «las acciones de amparo iniciadas antes de la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 25445, quedan incluidas en dicho dispositivo».

En el mismo sentido inconstitucional, por Decreto Ley N° 25700 se prohibió la acción de amparo para impugnar la unilateral prórroga, por parte del Estado, de los arrendamientos de los inmuebles, a favor de la Policía Nacional, que en muchos casos no se renovaba por falta de pago de la merced conductiva. Bajo el mismo oscuro manto de la arbitrariedad, todos los inmuebles de PESCAPERU que en ese momento no estaban en su posesión, debían pasar al Comité Especial de PESCAPERU, aun cuando no estuviese inscrita dicha propiedad en los registros públicos, y, para consumir la arbitrariedad legislativa del Decreto Ley N° 26119, se penalizó el incumplimiento de la devolución de los inmuebles provenientes de contratos de arrendamiento, como delito de usurpación, y se dispuso que producida la privatización, quedaban resueltos los contratos de trabajo. Contra todos estos actos lesivos a los derechos fundamentales a la libertad y seguridad contractuales y a la libertad de trabajo, se prohibió la interposición de la acción de amparo.

De otro lado, se congelaron las pensiones de los jubilados del Instituto Peruano de Seguridad Social, mediante Decreto Ley N° 25967, que abarca a la mayoría de los trabajadores de la actividad privada y pública, impidiéndoseles el derecho a interponer acciones de amparo, afectando sus derechos fundamentales a una vida digna.

Finalmente, como se mencionó párrafos antes, mediante Decreto Ley N° 25422 del 8 de abril de 1992, se cesaron a los nueve magistrados del TGC sin ser sustituidos, con

²⁹ Es del caso mencionar que el art. 27 del mencionado Dec. Leg. N° 674, según el cual los adelantos de pensiones tenían carácter cancelatorio y ya no recuperables con la liquidación final, había sido declarado como inconstitucional por el Tribunal de Garantías Constitucionales en marzo de 1992.

lo cual se clausuraba la función de control constitucional; sin embargo, por Decreto Ley N° 25721 del 15 de setiembre de 1992, se modificaba el Art. 42° de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales N° 23385, en virtud de lo cual se facultaba a que en las acciones de amparo en las cuales el Estado era demandado y había sentencia estimatoria del afectado, se permitiese al Estado plantear recurso de casación –ante el TGC que el propio gobierno había clausurado–; desnaturalizando este recurso extraordinario reservado para las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus y amparo. Con lo cual, se colmaba la sistemática práctica arbitraria del gobierno de facto absoluto de Fujimori, de no someterse a la ley y declararse incluso inmune a las propias normas dictadas por él.

Esta disposición legal tuvo una motivación concreta hecha pública en los medios de comunicación, según la cual las empresas exportadoras que durante años habían pagado un impuesto promocional a las ventas, conocido como los certificados de exportación (CERTEX), podían sollicitar la devolución de un porcentaje de los montos retenidos por el fisco, una vez acreditada la operación. Ante la reiterada no devolución de dichos montos, las empresas agrupadas en torno a su gremio empresarial, plantearon una acción de amparo contra el Estado, solicitando la devolución de alrededor de cuarenta millones de dólares adeudados durante años. Como quiera que en el mes de setiembre de 1992, la Corte Suprema se encontraba próxima a emitir una resolución estimatoria de la demanda de amparo de los exportadores, el gobierno dictó el mencionado decreto ley, a fin de abrir una instancia más –la del TGC– que como la había clausurado, convertía en inejecutable el cobro de la millonaria deuda. Posteriormente los empresarios compensarían esa deuda con otros tributos, interés y multas.

2.1.2. Hábeas Corpus

En el período del gobierno de facto absoluto de 1992, se dieron un conjunto de decretos leyes, conocidos como la legislación penal de emergencia, que caracterizó a este período. En particular, se dictó el Decreto Ley N° 25659, en virtud de la cual se otorgó a las Fuerzas Armadas la responsabilidad de administrar justicia en los delitos de terrorismo que eran tipificados como de traición a la patria. A partir de esta legislación de emergencia, la práctica militar y policial se volvió altamente autónoma para aplicar dichas disposiciones, contrarias a los principios y derechos constitucionales expresamente garantizados para todos los procesados, en la Constitución de 1979. Esta atribución cercenó a la justicia común el juzgamiento de los civiles detenidos por terrorismo, aunque parcialmente continuó procesando judicialmente a los casos de terrorismo no agravados, mientras que los delitos de terrorismo agravados se convirtieron inconstitucionalmente en materia de la justicia militar.

Asimismo, dicha legislación dispuso que «en ninguna de las etapas de la investigación policial y del proceso penal proceden las Acciones de Garantía de los detenidos, implicados o procesados por delito de terrorismo, comprendidos en el Decreto Ley N° 25475, ni contra lo dispuesto en el presente Decreto Ley»³⁰. En tal sentido, la prohi-

³⁰ Ministerio de Justicia, op. cit., tomo 1, p. 366.

bición de interponer el hábeas corpus, fue asumido restrictivamente por la mayoría de los jueces penales, en el entendido que eran inadmisibles en cualquier circunstancia y para cualquier persona; sin embargo, en caso que la detención se produjese contra un menor de edad o que se le estuviese practicando maltratos o torturando al investigado, o se produjese cualquier otra arbitrariedad o ilegalidad, se asumió la doctrina del poder político discrecional e incontrolable por el Poder Judicial³¹, es decir no podían ser revisados en sede judicial, los actos legislativos, políticos, gubernamentales y administrativos derivados del establecimiento del gobierno de facto absoluto.

Para perfilar el panorama de la legislación antiterrorista, si bien la Constitución de 1979 señalaba en su Art. 2º-20-g que la detención preventiva por delito de terrorismo podía ser hasta por quince días, con cargo de dar cuenta de la misma al juez y al fiscal, quienes podían asumir jurisdicción; se consagró para la policía la facultad de detener a un presunto terrorista por más de quince días, para luego ser derivado al juez. Más aún, en esa etapa, la legislación de emergencia restringió el derecho del detenido a comunicarse desde la detención con un abogado, hasta el momento en que iba a rendir su manifestación ante la policía.

Por otro lado, una vez que la policía presentaba los cargos contra el detenido por terrorismo, se disponía que el fiscal debía formular necesariamente denuncia penal ante el juez y, en consecuencia, el detenido debía ser enviado a un tribunal militar para su juzgamiento si se le imputaba el delito de terrorismo agravado o de traición a la patria, o, al fuero común si no era de la gravedad mencionada. En la vía penal militar, se prohibió apelar ante el Consejo Supremo de Justicia Militar las sentencias condenatorias, a menos que fuese de treinta años o más; asimismo, no se podía recusar a los jueces militares o civiles antiterroristas, debido a que eran jueces anónimos «sin rostro», entre otras medidas, que afectaban los derechos al debido proceso y a la tutela judicial, bases del derecho constitucional procesal, en cualquier Estado de Derecho.

Si bien la legislación penal de emergencia proscribía a las acciones de garantía y en particular el hábeas corpus, la práctica militar y policial durante esta etapa, se ejerció incluso fuera de los cánones de la propia legislación de facto. Así, por ejemplo, a los pocos días del autogolpe de Estado, el abogado Jorge del Castillo –parlamentario depuesto– fue impedido físicamente en reiteradas oportunidades, por tropas militares que rodearon el Palacio de Justicia, de presentar un recurso de hábeas corpus en favor del ex-Presidente Alan García Pérez, por la persecución militar a la que estaba sometido y que lo llevó días después a asilarse en Colombia hasta el día de hoy³².

2.2. Legitimación del quehacer político como quehacer jurídico: período de 1993

Elegido e instalado en enero de 1993 el Congreso Constituyente Democrático (CCD), bajo críticas no siempre marginales sobre la transparencia de nuestra democracia

³¹ Cfr. Néstor Pedro Sagués, *Derecho procesal constitucional, Hábeas Corpus*, tomo 4, Astrea, Buenos Aires, 1988, pp. 237-240.

³² La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe N° 1/95, Caso 11006-PERU, del 7 de febrero de 1995, ha resuelto recomendar al Estado del Perú que restablezca el ejercicio de los derechos violados a Alan García Pérez y reparar las consecuencias ocasionadas por la vulneración de los derechos humanos de él, su esposa e hijos.

electoral, la mayoría parlamentaria gobiernista procedió a legalizar las medidas dictadas por el gobierno del 5 de abril, mediante leyes denominadas como leyes constitucionales³³. Nomenclatura propia para las leyes de reforma o interpretación constitucional³⁴, pero también utilizadas por los regímenes dictatoriales o transitorios, como leyes fundamentales, para modificar la constitución por vías y procedimientos no previstos en la Constitución. Esta etapa propia de un constitucionalismo flexible, se caracterizó por la inexistencia de límites constitucionales objetivos, sino que el principio de supremacía constitucional fue supeditado a la voluntad de la representación parlamentaria, es decir de la mayoría oficialista, que a su vez estaba dirigida por el Presidente Fujimori. De ahí, su naturaleza de gobierno de facto relativo.

2.2.1. Leyes constitucionales

El período de convalidación de las medidas del gobierno de facto absoluto se realizó durante todo el año de 1993, para lo cual se dictaron ocho leyes constitucionales y el último día del año se puso en vigencia la actual Constitución. Estas leyes constitucionales son relevantes, a efectos de diseñar el marco de transición constitucional entre el gobierno de *facto* de 1992 y el gobierno de *iure* a implementarse a partir de 1994, en el cual se debía retornar plenamente a la justicia constitucional.

En tal sentido, la primera ley constitucional del CCD fue dictada el 9 de enero, en virtud de la cual, se declaraba en vigencia la Constitución Política del Perú de 1979, dejando a salvo los decretos leyes expedidos por el Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, a partir del 5 de abril de 1992 hasta el 30 de diciembre del mismo año, manteniendo su vigencia en tanto no fuesen revisados, modificados o derogados por el Congreso Constituyente Democrático.

Restablecer la vigencia de la Constitución de 1979 y, a su vez, legitimar los decretos leyes que la violaban, significó: primero, trasladar del órgano Ejecutivo al órgano Legislativo la capacidad de decisión sobre lo constitucional e inconstitucional, y; segundo, convalidar lo inconstitucional de las decisiones políticas del Presidente Fujimori y luego de su mayoría parlamentaria como constitucionales.

³³ Cfr. Marcial Rubio Correa y Enrique Bernal, *Constitución y sociedad política*, Lima, 1988, p. 286. Los autores plantean que existen tres tesis sobre la transición de un gobierno de facto a un gobierno de *iure*: primera, tesis de la caducidad, según la cual los actos y decisiones políticos o legislativos del gobierno de facto son inválidos, no surten efecto alguno al retornar a la constitucionalidad quebrantada; segunda, tesis de la continuidad, como quiera que los efectos de los actos y disposiciones de facto han producido con el tiempo relaciones jurídicas estables, se asume que dada la eficacia y la seguridad de las mismas, deben continuar en vigencia en el nuevo gobierno constitucional, salvo que sean derogadas o modificadas como cualquier otra ley, y; tercera, tesis de la revisión, se asume que la continuidad o caducidad de las normas y actos dictados por un gobierno de facto, deben resolverse mediante la revisión de las mismas por materias y plazos establecidos, derogando unos o incorporando a otros, según su naturaleza y efectos producidos. Asimismo, ver Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución Peruana de 1993*, Grijley, Lima, 1994, pp. 233-250, donde se recopilan las ocho leyes constitucionales dictadas por el CCD.

³⁴ Cfr. Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*, París, 1954, pp. 1238-12408; donde se exponen las tesis de Duguit, Laband, Jellinek y Esmein; asimismo, revisar *Enciclopedia del DIRITTO*, Ed. Giuffrè, Italia, 1973, voz "Legge Costituzionale", pp. 930-938.

Esta aporía constitucional, se consagró en la segunda Ley Constitucional –15/01/93– cuando se dispuso que las leyes constitucionales tenían igual rango que la Constitución Política, en tanto no entrasen en vigencia las reformas totales o parciales de la Constitución. Es en este período, de la autoproclamación del CCD como un poder constituyente absoluto ³⁵, en que se permitió la convivencia de las normas constitucionales con normas inconstitucionales. Esta situación, se acentuó con la nueva intervención al Poder Judicial, mediante la cuarta Ley Constitucional –13/03/93–; que creó al Tribunal de Honor de la Magistratura, como el organismo encargado de revisar todas las destituciones y nombramientos de los magistrados, jueces y fiscales del país, acaecidas en 1992.

Esta etapa propia de un constitucionalismo flexible, se caracterizó por la inexistencia de límites constitucionales objetivos, sino que el principio de supremacía constitucional fue supeditado a la voluntad de la representación parlamentaria

En esta etapa, caracterizada por un constitucionalismo flexible, que abandona el principio de la supremacía constitucional, resultaba imposible el restablecimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales; por más nombramiento de sus magistrados que hubiese podido realizar el CCD, apelando a su mayoría parlamentaria. Debido a que: primero, no existía un referente normativo constitucional –único, supremo y claro– con que ejercer el control de constitucionalidad, y; segundo, en la medida en que lo constitucional o inconstitucional de las leyes se había transformado en una cuestión exclusiva de los poderes políticos, se hacía excluyente de cualquier control judicial, sea por parte de la justicia constitucional e inclusive por la justicia ordinaria.

Así, la producción legislativa del CCD de 1993 y la del gobierno de facto absoluto de 1992, se convirtieron en cuestiones políticas no justiciables con carácter general; quedando tan sólo la opción del control difuso de los jueces, para determinar acerca de la inconstitucionalidad o no de los actos basados incluso en normas legales, en virtud de lo dispuesto en el Art. 236° de la Constitución de 1979 y en el Art. 3° de la Ley N° 23506. Pero, siempre bajo el estigma de los decretos leyes mencionados párrafos antes, que impedían la interposición de acciones de garantía constitucionales –fundamentalmente la acción de amparo–. Pero, como todo proceso constitucional de entonces, sometido al control de constitucionalidad en última instancia de la Corte Suprema, encargada de legitimar mediante su función jurisdiccional el *status quo* político en casos judiciales límite, en el marco del constitucionalismo y la legalidad de facto convalidadas por el CCD.

³⁵ Cfr. Pedro de Vega, *Reforma Constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 24-38.

2.2.2. Politización de las decisiones judiciales

Un rasgo característico de este período fue que, junto al vaciamiento legislativo de las acciones de garantía constitucionales y a la eliminación de la justicia constitucional concentrada, la justicia militar ejerció significativamente competencias jurisdiccionales, unas entregadas por el gobierno de facto absoluto de 1992 y otras asumidas imperativamente a pesar de sus dimensiones constitucionales propias del poder civil.

En efecto, el esquema legislativo y judicial de facto, que transfirió el juzgamiento de los delitos de terrorismo agravado como delitos de traición a la patria a los jueces militares sin rostro³⁶, se vio extendido unilateralmente por el juzgamiento y condena en el fuero privativo militar, de ciertos ciudadanos que ejercieron legítimamente su derecho a la libertad de expresión.

2.2.2.1. Casos judiciales³⁷

A fines de 1992 y sobre todo a comienzos de 1993, los generales en retiro: Luis Cisneros Vizquerra, Alberto Arciniega Huby, Germán Parra Herrera y Jaime Salinas Sedó, entre otros, realizaron declaraciones y escribieron artículos en los medios de comunicación escrita –La República, Expreso y Oiga–, tratando temas relativos a la situación del ejército.

El contenido de los artículos se pueden resumir en que la ratificación del Gral. Hermoza, como Comandante General del Ejército, rompiendo la larga tradición de relevo anual en dicho cargo, tendría consecuencias nefastas para la institución, más aún, constituiría un ente disociador. Por otro lado, se crearía malestar institucional y podría darse una situación de tormenta política, si el Gral. Hermoza y el asesor militar de Fujimori, el ex-capitán Vladimiro Montesinos, continuaban al mando del ejército. Finalmente, señalaban que se había producido una división entre la alta jerarquía y el resto de las fuerzas armadas y que estas habían sido subordinadas por el poder político.

Dadas estas declaraciones, los generales mencionados fueron denunciados individualmente ante la justicia militar, imputándoles que dichas declaraciones por su contenido y forma constituían delitos de ultraje a las institutos armados, insulto al superior, en agravio del Estado y del Comandante General de Ejército Gral. Nicolás de Bari Hermoza. Les incriminaron que haciendo uso del grado militar de generales que poseían, habían prestado declaraciones con el ánimo de crear un enfrentamiento entre los mandos militares, provocando el resquebrajamiento de la disciplina castrense. Más aún, les imputaron que el grado militar de general les impedía dar declaraciones en contra o acerca de las instituciones armadas.

Por tales consideraciones fueron condenados los generales retirados: Alberto Arciniega –hoy asilado en Argentina a causa de la persecución del gobierno de Fujimori y paradójicamente integrante del Consejo Supremo de Justicia Militar que condenó al

³⁶ Por Ley N° 26447, a partir del 15 de octubre de 1995, se deroga la figura de los jueces sin rostro, pero solamente para la justicia común, más no para los jueces militares; de otro lado, se exonera de responsabilidad penal a los menores de 18 años autores de delito de terrorismo.

³⁷ Cfr. César Landa, *Vigencia del derecho procesal constitucional en el fuero privativo militar*, Lima, separata, 1995.

líder de Sendero Luminoso Abimael Guzmán a cadena perpetua en 1992-, Cisneros Vizquerra y Germán Parra, imponiéndoles a estos dos últimos a la pena de sesenta días de prisión, cuya ejecución suspendieron por concedérseles el beneficio de la condena condicional, «sujeto a las reglas de conducta previstas en el artículo sesentiséis del Código de Justicia Militar, abstenerse de ofender al Superior de palabra o mediante publicaciones de cualquier índole, bajo apercibimiento de hacerse efectiva la pena impuesta», según la sentencia.

En el caso del Gral. Jaime Salinas Sedó, en cambio se resolvió que la pena de noventa días de prisión por los delitos de opinión se hiciese efectiva, habida cuenta que purgaba una condena por delito de rebelión, debido a su responsabilidad en los actos preparatorios para el restablecimiento del orden constitucional, debelados el 13 de noviembre de 1992. Esta resolución de la justicia militar y la del caso de Parra, fueron contradichas por los condenados, a través de resoluciones estimatorias de las acciones de amparo interpuestas ante el Poder Judicial; las mismas que fueron declaradas improcedentes por la justicia militar, al argumentar en la resolución que era «una clamorosa interferencia en los Tribunales Militares que al ser autónomos no pueden ni deben aceptar semejante dislate jurídico que pone en grave riesgo no sólo la autonomía e independencia de un Fuero...».

De otro lado, cabe mencionar el proceso militar que se abrió al Gral. Robles Espinoza por los delitos de falsedad, desobediencia y otros, por la denuncia pública que formuló en mayo de 1993 ante los medios de comunicación, sobre la organización y perpetración de delitos contra los derechos humanos de un profesor y nueve estudiantes de la Universidad La Cantuta, por parte de un grupo de militares de alta y mediana graduación, a quienes identificó plenamente. En esas circunstancias, el Gral. Robles y dos de sus hijos también militares solicitaron el asilo político del gobierno argentino

Esta política del fuero privativo militar ha continuado proscribiendo judicialmente el derecho a la libertad de expresión. Así, a raíz de las declaraciones del Gral. (r) Walter Ledesma Rebaza a la revista *Caretas* y del Gral (r) Carlos Mauricio y del Comandante (r) de la Marina Luis Mellet en un canal de TV, en calidad de expertos sobre asuntos de seguridad y defensa, por haberse pronunciado sobre el reciente conflicto militar fronterizo con el Ecuador, han sido condenados por el Consejo Supremo de Justicia Militar.

En el primer caso por «haber vertido declaraciones empleando un lenguaje que ofende a nuestras Fuerzas Armadas, pretendiendo con ello socavar su prestigio, moral y disciplina, al desvalorizar su actuación en la conducción de las operaciones militares con el Ecuador», al haber «exaltado la figura del general ecuatoriano Moncayo», y, en el segundo y el tercer caso, por opinar sobre posibles procedimientos que irían a seguir las Fuerzas Armadas en caso de desatarse una guerra con el Ecuador. Cabe señalar que Ledesma y Mauricio participaron, como asesor y candidato al Congreso, respectivamente, en las pasadas elecciones políticas del 9 abril ³⁸.

³⁸ En lo que va del presente año, la mayoría parlamentaria fujimorista ha dictado la Ley N° 26478 que concede la amnistía a los paramilitares, del grupo Colina y otros, autores y partícipes de las violaciones de los derechos

2.2.2.2. Violaciones constitucionales

De acuerdo con el Art. 2º- 20 «f» de la Constitución de 1979 –al igual que en la Constitución de 1993– no había delito de opinión; pero sí se reconoció al delito cometido por medio de la prensa que se tipificase en el Código Penal y se juzgaba en el fuero común, según el Art. 2º inc. 4) de la mencionada Constitución de 1979. Estos derechos y eventuales sanciones correspondían a todas las personas, ya que eran derechos fundamentales de todas las personas; más aún, la propia Constitución no había establecido excepción o limitación específica alguna, en relación a la libertad de expresión de los militares retirados³⁹. Entonces, mal podía una ley, sea el código de justicia militar o reglamento militar alguno, desconocer dicho derecho constitucional.

De otro lado, es del caso señalar que los militares retirados denunciados, no ejercieron sus derechos de libertad de expresión en nombre de las fuerzas armadas, sino que opinaron a título personal sobre ellas. Más aún, en un ejercicio de lógica elemental, si un militar una vez retirado tiene derecho de gozar y ejercer sus derechos políticos como cualquier ciudadano, es decir podría ser un candidato al Congreso –como en el caso del general Cisneros Vizquerria, Parra, O'Brien o Mauricio– o a la Presidencia de la República por ejemplo, cómo no va a poder gozar y ejercer el derecho a la libertad de expresión para realizar su campaña política. Luego, si fuese sido elegido cómo no podría expresarse libremente por cualquier medio de comunicación, para deliberar sobre la mejor organización de una institución constitucional como las fuerzas armadas?

En tal sentido, el Art. 70 del Decreto Legislativo N° 752, señala que «al pasar un oficial a la situación de retiro ejercerá sus derechos y obligaciones políticas de acuerdo a la Constitución Política del Perú»; sin embargo, los jueces militares realizaron una ficción ilegal y absolutamente innecesaria, al considerarlos como ciudadanos disminuidos de sus derechos civiles y políticos –libertad de expresión–, en base a un reglamento militar de 1963. Obviando arbitrariamente que los oficiales retirados por límite de edad o cualquier otra condición, que se habían convertido en civiles con todos los derechos civiles y políticos de rango constitucional de cualquier ciudadano peruano, como gozar del derecho de opinión y la libertad de expresión, ya no estaban sujetos al Código de Justicia Militar, sino al Código Penal. Ahora, si bien los militares retirados tienen grados y honores de por vida, no por ello están sujetos a la jurisdicción militar, por lo actos civiles que realicen.

humanos; así como también, la ley ha concedido amnistía general a los militares condenados por el frustrado restablecimiento del orden constitucional del 13 de noviembre de 1992, y a los militares retirados condenados por los delitos de infidencia, ultraje a la nación y a las fuerzas armadas, con ocasión del ejercicio de la libertad de expresión de militares retirados, con ocasión del reciente conflicto militar con el Ecuador. Cabe mencionar que ante la resolución judicial de la juez Saquicuray que inaplicó dicha ley, para los militares procesados por la masacre de Barrios Altos, por ser violatoria de los derechos fundamentales de la Constitución, el Congreso ha dictado la ley N° 26492, que impide expresamente a los jueces preferir la norma constitucional a las leyes contrarias a ella, a pesar que el art. 138º de la Constitución de 1993 así le ordena. Como el Tribunal Constitucional no ha sido instalado, por omisión del propio Congreso, no hay posibilidad de realizar el control constitucional de las leyes inconstitucionales, que la Constitución consagra.

³⁹ P. Barroso Asenjo, *Límites constitucionales al derecho a la información*, Barcelona, 1984, pp. 40-101; donde señala que los límites garantizan derechos fundamentales de las personas, como honor, intimidad, no fomentar la violencia y proteger a la juventud y a la niñez, más no constituyen límites las razones de Estado.

Por eso, las declaraciones de Cisneros Vizquerra, Germán Parra, Alberto Arciniegas, Jaime Salinas Sedó y en particular las denuncias de Rodolfo Robles, posteriormente probadas por el propio fuero militar en el caso La Cantuta, no constituían delito alguno. Porque, «no basta la consideración de la materia o del objeto del delito, o el carácter militar de las obligaciones y deberes que en el tipo se describen para integrarlo en el ámbito castrense. La consideración del autor, de la persona, es también, no sólo relevante como se admite por el texto de la mayoría, sino decisiva en muchos casos para la atribución de la competencia»⁴⁰.

De donde se colige lo siguiente: Primero, en el Perú hay libertad de pensamiento y en el supuesto de que en virtud del ejercicio de la libertad de expresión hubiesen violado la ley –delito de prensa–, los juicios debían ser siempre ante el fuero común y no ante el fuero militar, según la Constitución de 1979. Segundo, los presuntos autores de delitos eran militares en retiro, que ya no eran pasibles de cometer delitos de función, tipificados en el Código de Justicia Militar, sino en todo caso responsables de los hechos tipificados como delitos en el Código Penal.

De otro lado, el hecho de que Lima estuviese bajo estado de emergencia, en la época en que se realizaron dichas declaraciones, no implicaba que estuviese suspendido el derecho a la libertad de expresión, porque el Art. 231º, inc 1) de la Constitución de 1979 –al igual que la actual Constitución, Art. 137º, inc. 1) que regulaba dicho estado de excepción, no alcanzaba a la suspensión de la libertad de expresión; sino, taxativa y limitadamente a los derechos relativos a la libertad y seguridad personal, inviolabilidad de domicilio, derecho de reunión pacífica y libertad de tránsito.

Finalmente, a partir de 1993, en el marco de un constitucionalismo flexible y autocrático, se torna un tema realmente preocupante que la justicia militar haya venido asumiendo inconstitucionalmente una opción subjetiva, que se centra en la condición militar del sujeto y desatiende la naturaleza o materia del supuesto delito; para determinar a partir del Código de Justicia Militar, su competencia jurisdiccional sobre los derechos constitucionales del personal que ha servido a las fuerzas armadas. De esta manera, a partir de esta etapa, el poder político-militar se expresa jurídicamente, a través de su fuero privativo militar⁴¹.

2.3. Límites y desafíos del quehacer jurídico: período de 1994

2.3.1. Desarrollo legislativo constitucional

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993, el 31 de diciembre de ese año, se inicia el retorno hacia el constitucionalismo como forma jurídica y política de

⁴⁰ Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción militar en la doctrina constitucional*, en Revista General de Derecho, Nos. 562-563, Valencia, Julio-Agosto, 1991, p. 5864.

⁴¹ Cfr. Francisco Fernández Segado, «*Los ejércitos, entre la tradición y la modernidad*», en *Razón y Fe*, N° 1072, Madrid, 1988; donde el autor plantea la transformación de los ejércitos modernos en agrupaciones de auténticos profesionales especializados, antes que en entidades aisladas de su entorno social.

gobierno; sin embargo, las condiciones políticas intolerantes y la falta de juridificación de los problemas políticos, se demuestra en la ausencia o la lenidad de la voluntad gubernamental de implementar el «nuevo texto constitucional»⁴², a pesar del carácter relativamente innovador de sus normas, que ella misma estableció en la Constitución.

En tal sentido, la aplicación de la Constitución en su primer año fue precaria, no obstante la urgencia de legislar sobre fundamentales instituciones democráticas consagradas en la Carta Magna, como: la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales, la Ley de la Defensoría del Pueblo, la Ley del Sistema Electoral, la Ley de Regionalización y la Ley Antimonopolio, así como las nuevas leyes sobre el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial, el nuevo reglamento del Congreso, las Regiones, las Municipalidades, las Comunidades Campesinas y Nativas, etc.

Pero, al menos al cierre de ese año, el Congreso Constituyente Democrático aprobó las siguientes leyes de desarrollo constitucional: Participación Ciudadana, Academia de la Magistratura, Consejo Nacional de la Magistratura, Tribunal Constitucional –pero publicada el 10 de enero de 1995–, así como la provisional Ley del Hábeas Data y de la Acción de Cumplimiento.

Un conjunto de instituciones políticas no se adecuaron al nuevo mandato constitucional, más aún, eran incompatibles con la Constitución de 1993

Sin perjuicio de ello, un conjunto de instituciones políticas no se adecuaron al nuevo mandato constitucional, más aún, eran incompatibles con la Constitución de 1993. Unos, porque fueron productos del autogolpe de Estado del 5 de abril de 1992 perduraron hasta el 28 de Julio de 1995, como la propia existencia del CCD, y; otros porque fueron disposiciones de facto del CCD aprobadas mediante leyes constitucionales, como la creación del Tribunal de Honor de la Magistratura, la designación de las Vice-Presidencias y el propio período gubernamental de cinco años –de 1990 a 1995– del Presidente Fujimori, que quedó jurídicamente vacante con el golpe de 1992, en el marco de la Constitución de 1979.

Si bien las leyes al igual que la Constitución no crean realidades por sí mismas, sí resultan necesarias en una comunidad democrática –incluso eran y son urgentes en el caso peruano– para asentar el derrotero del retorno a la institucionalidad democrático-constitucional. En tal entendido, la cuestión de la jurisdicción constitucional se convirtió en una necesidad imprescindible de implementar a lo largo de 1994, sobre todo cuando la mayoría oficialista del CCD dictó leyes cuestionables por su inconstitucionalidad,

⁴² Para Domingo García Belaunde “los resultados demuestran que la nueva Constitución repite en 65% a la antigua y que le es inferior en estructuración e incluso en sintaxis” y para Francisco Fernández Segado, “en rigor, no estamos ante una nueva Constitución sino que más bien ante una reforma de la precedente que persigue acomodarla a la peculiar filosofía socio-económica y política de la mayoría dominante en el Congreso Constituyente Democrático, que es tanto como decir, a la particular concepción de gobierno del Presidente Fujimori”, en Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, op. cit., p. 20 y pp. 38-39, respectivamente.

como: La Ley N° 26291, conocida como la Ley Cantuta, en virtud de la cual, se resolvió la contienda de competencia entre el fuero común y el fuero militar a favor de este último; la Ley N° 26288 que también le permitió asumir la Fiscalía de la Nación exprofesamente a Colán Maguñá –puesta en el cargo desde 1992 mediante decreto ley–, no obstante haber empate de votos con otro Fiscal Supremo para ocupar dicho puesto.

Así también, se dictó la cuestionable Ley N° 26337 que interpretó el capítulo del sistema electoral de la Constitución, integrado por el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, para no implementar los tres organismos electorales que la Constitución mandaba; asignando todas las competencias electorales a favor de un solo organismo, el Jurado Nacional de Elecciones, y; el Decreto Legislativo N° 776, que recortó los tributos con que las municipalidades financiaban los programas de obras públicas, centralizando la distribución de los mismos, en el Gobierno Central.

Cabe mencionar, que ante la omisiva conducta gubernamental de implementar el Tribunal Constitucional, el Colegio de Abogados de Lima presentó una acción de inconstitucionalidad contra la Ley Cantuta, ante la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema en abril de 1994. Pero, como era de esperar la Sala la desestimó por falta de competencia para pronunciarse en abstracto sobre lo constitucional o no de una ley.

2.3.2. Judicialización de las decisiones políticas

Con énfasis se puede apreciar que en este período del establecimiento del nuevo ordenamiento constitucional, el Poder Judicial ejerció en forma clara el control constitucional indirecto de las normas emanadas del Congreso y del Poder Ejecutivo, a través de la acción de amparo, pero en el marco de la Constitución de 1979, habida cuenta que los procesos judiciales se iniciaron con la vigencia de esa norma suprema.

Es del caso mencionar que las principales decisiones económicas del modelo neoliberal expresadas mediante normas legales, fueron la causa de la mayoría de demandas ciudadanas de intervención del Poder Judicial, para inaplicar las decisiones de política económica del ejecutivo y del congreso, violatorias de los derechos constitucionales laborales.

La judicialización de las decisiones de política económica, a través de la interposición de las acciones de amparo, de conformidad con el Art. 3° de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, dio lugar a que de las ciento cuarenta y siete acciones de amparo interpuestas ese año, ciento nueve fueran en materia laboral. Es decir que alrededor del 74% de las acciones de amparo fueron interpuestas para proteger derechos constitucionales laborales, como la estabilidad laboral del servidor o funcionario público o garantizar el régimen de pensiones de los cesados y jubilados.

De otro lado, es significativo el índice de resoluciones judiciales estimativas de las acciones de amparo incoadas. En efecto, del universo de las ciento cuarenta y siete presentadas, ciento veintinueve fueron declaradas fundadas; es decir alrededor del 90%. Con lo cual, el impacto de estas decisiones judiciales que cautela derechos constitucionales, violados básicamente por el Poder Ejecutivo, se han ido restableciendo judicialmente para los reclamantes.

La evolución de este proceso es fundamental para comprender los alcances de la función de control constitucional, mediante la resolución de las garantías constitucionales en el Poder Judicial. Pero, sobre todo, vislumbra el rol tutelar que podría tener el Tribunal Constitucional, como defensor de los derechos constitucionales de los particulares frente al poder del Estado o de los poderes privados.

3. POSIBILIDADES Y LIMITES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

El modelo de jurisdicción constitucional consagrado en la Constitución de 1993, continúa la senda iniciada en la Constitución de 1979. En efecto, el sistema mixto de jurisdicción constitucional, reconoce: Por un lado, al Poder Judicial la potestad del control difuso de la Constitución, en tanto que «en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera...», según el Art. 138° *in fine*; asimismo, le corresponde al Poder Judicial resolver en primera y segunda instancia las acciones de Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, mientras que en cuanto a la Acción Popular, la justicia ordinaria resuelve *erga omnes* en sus instancias judiciales, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 200°-5 y 202-2 de la Constitución.

Por otra parte, el Título V De las Garantías Constitucionales, reconoce al Tribunal Constitucional como órgano de control de la Constitución y lo convierte en instancia de fallo, en tanto que resolverá en última instancia las resoluciones denegatorias en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, en el Art. 200-2,3,4y 6; asimismo, le faculta para declarar la inconstitucionalidad de las normas legales con rango de ley, y; para resolver los conflictos de competencias y atribuciones.

Asimismo, se reduce el número de magistrados constitucionales de nueve a siete, siendo nombrados por el Congreso de la República con el voto favorable de los dos tercios del número legal de congresistas, es decir que se requerirá de ochenta votos de los ciento veinte representantes. Una de las críticas fundamentales al TGC fue su excesiva politización, sobre todo en la etapa del gobierno de Fujimori –1990 a 1992–, no obstante la designación tripartita por parte del Poder Ejecutivo, Poder Judicial y Poder Legislativo de sus nueve magistrados.

Sin embargo, el actual sistema de elección concentrado en el Congreso unicameral, si bien con una mayoría de dos tercios que obliga al pacto entre los grupos parlamentarios, siempre será más probable encontrar congresistas dispuestos a ser mayoría en un Congreso unicameral de 120 parlamentarios, donde el gobierno cuenta con 67 escaños y las listas parlamentarias independientes cuentan con 53 escaños; de donde se desprende que, la mayoría parlamentaria al negociar los votos que le falten, lo hará con una oposición parlamentaria mayoritariamente inorgánica pero numéricamente necesaria.

3.1. Reforzamiento de las minorías

La legitimidad procesal activa para interponer la acción de inconstitucionalidad ha sido consagrada extensivamente además del Presidente de la República y el Fiscal de la Nación, al Defensor del Pueblo, a veintiocho congresistas y a cinco mil ciudadanos,

pero si se tratase de incoar ordenanzas municipales puede demandar el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito municipal, siempre que ese número no exceda de las cinco mil firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones, y por los Presidentes de Región con acuerdo del Consejo Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materia de su competencia, y; finalmente, los colegios profesionales, también en asuntos de su especialidad, según dispone el Art. 203° de la Constitución.

En comparación con el sistema anterior que exigía cincuenta mil firmas de ciudadanos y no distinguía si se trataba de normas locales, regionales o sectoriales, esta Constitución amplía la base social de las demandas ciudadanas en busca de justicia constitucional con las normas con rango de ley. Sin embargo, es del caso mencionar que, si son pasibles de interponer una acción de inconstitucionalidad contra las normas regionales de carácter general, según el Art. 200°-4 de la Constitución, además de la máxima autoridad regional, era coherente haber considerado también a un porcentaje de ciudadanos regionales interesados en interponer una acción de inconstitucionalidad contra las normas legales regionales. Asimismo, la verificación de la autenticidad de firmas de los accionantes dentro del esquema del nuevo sistema electoral, le debería haber correspondido al Registro de Identificación y Estado Civil, organismo constitucional competente para elaborar y llevar el padrón electoral, según el Art. 183° de la Constitución; en tal entendido la disposición constitucional bajo comentario burocratiza la celeridad necesaria para la certificación de las firmas correspondientes.

La Constitución también innova al ampliar la legitimación constitucional a los gremios profesionales, a los cuales la Constitución les ha reconocido una participación constitucional, en otras instituciones como el Consejo Nacional de la Magistratura; facultando, que se integre el Colegio de Abogados del país eligiendo a un representante y a los demás colegios profesionales eligiendo a dos delegados (Art. 155°, incisos 3 y 4), así como también correspondiendo al Colegio de Abogados de Lima elegir a un representante ante el Jurado Nacional de Elecciones (Art. 179°, inciso 3).

No obstante lo señalado, la democratización de la legitimidad procesal activa, también ha recibido críticas «a nuestro entender la legitimación comentada ha sido regulada por la nueva Constitución con una, a todas luces, desmedida amplitud»⁴³. Pero, es del caso ponderar lo citado, considerando que la pobrísima experiencia del TGC en materia de expedición de resoluciones sobre inconstitucionalidad de las leyes comentada anteriormente, en buena parte se debió a esta falta de democratización de la legitimación ciudadana e institucional de la acción de inconstitucionalidad.

Es del caso relieves la disminución del número de firmas de los congresistas para incoar una acción de inconstitucionalidad, por cuanto en el sistema anterior el requisito era de un tercio de los miembros de la Cámara de Diputados o de Senadores, que las minorías parlamentarias lograron reunir para plantear diversas acciones de inconstitucionalidad; en tanto que ahora, al reducirse el porcentaje de las firmas de los congresistas, se amplía también la protección hacia las minorías parlamentarias que sumando veintiocho firmas podrán incoar normas con rango de ley.

Además, la ampliación de la legitimación procesal al Defensor del Pueblo, institución creada específicamente en la Constitución de 1993, aparece como necesaria y refuerza las atribuciones constitucionales de defender los derechos fundamentales de la persona y de la comunidad, y supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos que ofrece a la ciudadanía, según dispone el Art. 162° de la Constitución.

Finalmente, es preciso mencionar que dada la nueva estructura unicameral, con una mayoría absoluta del partido del gobierno y de la reelección presidencial de Fujimori hasta el año 2000, las posibilidades de aprobación unilateral de la mayoría de leyes, tratados, decretos legislativos, decretos de urgencia y reglamentos del Congreso, se convierte en una realidad virtual, que requiere equilibrarse con el derecho de las minorías –parlamentarias, municipales y regionales– y de la propia sociedad civil –ciudadanos y sus asociaciones profesionales– para salvaguardar el principio de la supremacía constitucional de las leyes y demás normas con rango de ley.

3.2. Control abstracto y control concreto

La Constitución de 1993 profundiza el esquema del sistema mixto del control de constitucionalidad; en tanto reconoce al Tribunal como el órgano de control concentrado de las normas con rango de ley mediante las acciones de inconstitucionalidad; le faculta resolver en última instancia las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en materia de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento; asimismo, le autoriza a resolver los conflictos de competencia o de atribuciones, según dispone el Art. 202° de la Constitución.

Por otro lado, le corresponde al Poder Judicial, conocer de las acciones de garantía –hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento– en primera y segunda instancia, según los arts. 41° y la cuarta disposición final de la LOTC; así como resolver en todas las instancias las demandas de acción popular, cuando reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, infrinjan la Constitución o la ley por el fondo o por la forma, según señala el Art. 200°-5 de la Constitución y el Art. 10° de la Ley N° 24968 Ley Procesal de la Acción Popular.

El control constitucional de las normas con rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, reglamentos del Congreso, tratados, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución por el fondo o por la forma, es un control represivo y no preventivo; además los efectos de las sentencias son *erga omnes* y *ex-nunc*. Sin embargo, cabe señalar que al día siguiente de la publicación de la sentencia del Tribunal queda sin efecto la norma legal; a diferencia de la Constitución de 1979, en la cual el TGC comunicaba al Congreso para que derogase la norma legal y si en el plazo de cuarenta y cinco días naturales no lo había hecho, dicha norma quedaba derogada con la publicación de la resolución en el diario oficial.

Sin embargo, la titularidad del TC y del Poder Judicial en materia de garantías constitucionales pone en cuestión el tema de la supremacía constitucional en el sistema mixto peruano. El problema aparece porque la Constitución no ha establecido que el

Tribunal es el supremo intérprete de la Constitución, lo que obviamente no quiere decir que pretenda ser el único; porque la interpretación en un sentido jurisdiccional la comparte con el Poder Judicial y como quiera que el Jurado Nacional de Elecciones administra justicia en materia electoral (Art. 178°-4) y no son revisables en sede judicial sus resoluciones en materia electoral (Art. 142°) también le corresponde interpretar la Constitución para todos los efectos electorales.

Lo que supone, que contra las resoluciones del JNE no cabe interponer acciones ordinarias ni acciones de garantías constitucionales, como la acción de amparo; habida cuenta que el Tribunal Constitucional opera como última instancia y no única instancia en materia de acciones de garantías (Art. 202°-2). Lo que no obsta para que los conflictos de competencias entre los organismos del sistema electoral sean resueltos por el TC, o; que, una vez agotada la jurisdicción interna, se pueda recurrir ante los tribunales internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Art. 205°).

En tal sentido, no obstante que el Art. 39° de la LOTC haya dispuesto que los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal; se podrían presentar casos en los cuales una ley incoada de inconstitucionalidad que sea desestimada posteriormente por el TC, pueda ser simultáneamente demandada ante el Poder Judicial, como órgano de control difuso de la Constitución en virtud del Art. 138° de la Constitución, para que no sea aplicada en un caso concreto, de conformidad del Art. 3° de la Ley N° 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo. Pudiéndose producir, entonces, que la misma norma sea declarada constitucional por el TC e inaplicable al caso concreto a criterio del Poder Judicial por inconstitucional.

Este planteamiento no es una especulación teórica, sino por el contrario es una reflexión producto de la experiencia del funcionamiento del TGC y del Poder Judicial, sobre materia constitucional. En efecto, cuando en 1989 el TGC desestimó una acción de inconstitucionalidad contra la Ley N° 25022 que creó la Bolsa de Trabajo Sindical y por lo tanto de ineludible cumplimiento por el Poder Judicial, según disponía el Art. 39° de la LOTGC; la Corte Superior de Lima, sin embargo, dispuso su inaplicación en vía de acción de amparo, porque estimó que el mencionado Art. 39° era inconstitucional, en virtud de que el Art. 236° de la Constitución de 1979, facultaba a los jueces ordinarios preferir la Constitución a la norma legal.

Ante esta situación, es constitucionalmente inevitable que hasta cuando el TC no declare la inconstitucionalidad de una ley, que la deje sin efectos inmediatos una vez que sea publicada en el diario oficial (Art. 204°), el Poder Judicial podrá resolver en primera y segunda instancia inaplicando o aplicando la ley. Sin embargo, el TC como última instancia en materia de resoluciones de acciones de garantía, debería integrar sus resoluciones en última instancia en materia de garantías constitucionales con sus resoluciones sobre la constitucionalidad de las leyes.

Pero, si se tratase que en cualquier proceso judicial civil o penal ordinario en el que se deduzca la inaplicación de una norma legal, esta materia sería resuelta en última y definitiva instancia por el órgano judicial común. Contra ella el TC no tendría competencia jurisdiccional, a menos que se interponga una acción de cumplimiento de

la norma legal, que le permitiese al TC integrar sus tareas de control concreto con las de control abstracto de las normas legales.

3.3. Defensa de los derechos fundamentales: garantías constitucionales

3.3.1. Hábeas Corpus

La Constitución de 1993, ha consagrado esta garantía, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos (Art. 200°-1). El modelo del hábeas corpus se innova en relación a la Constitución anterior⁴⁴, en tanto reconoce como el núcleo duro a la libertad individual, pero incorpora implícitamente a los derechos conexos con ella.

El modelo del hábeas corpus se innova en relación a la Constitución anterior, en tanto reconoce como el núcleo duro a la libertad individual, pero incorpora implícitamente a los derechos conexos con ella

La experiencia judicial de los hábeas corpus en el Perú a un nivel práctico antes que teórico, ha sido asumir una interpretación restringida de la libertad individual, como libertad física, seguridad personal y libertad de tránsito, básicamente; a pesar que el Art. 12 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, establece enunciativamente los supuestos de la procedencia de dicha garantía. Habiendo quedado desprotegida la libertad en la mayoritaria jurisprudencia nacional, en los casos vinculados: al derecho a la vida en las demandas por detenidos-desaparecidos; a la integridad física, psíquica y moral; a no ser incomunicado, y; a la excarcelación en el caso del reo absuelto, entre otros supuestos⁴⁵.

No obstante que los hábeas corpus tuvieron un escaso desarrollo jurisprudencial, se puede encontrar jurisprudencia minoritaria innovadora⁴⁶. Pero, por otro lado, también, la nueva normativa constitucional abre la opción de entender el hábeas corpus, con matices jurídicos especiales, en función de la libertad fundamental reclamada⁴⁷. En tal sentido:

- a. Frente a la privación arbitraria o ilegal de la libertad, por orden policial, judicial o decisión de un particular, procede el hábeas corpus *reparador*, por cuanto busca reponer las cosas al estado anterior de la violación (Art. 1 de la Ley N° 23506).

⁴⁴ Cfr. Víctor Julio Ortecho, *Jurisdicción constitucional, procesos constitucionales*, Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego, Trujillo, 1994, pp. 131-160 y; Francisco Eguiguren, «*Libertad personal y detención arbitraria: las novedades en la Constitución de 1993*», *Ius et veritas*, N° 10, Lima, 1995, pp. 209-215.

⁴⁵ Cfr. Alberto Borea, *Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo*, JUC, Lima, 1992; Francisco Eguiguren, *Los retos de una democracia insuficiente*, CAJ, Lima, 1990, y; Diego García-Sayán, *Hábeas corpus y estados de emergencia*, CAJ, Lima, 1989.

⁴⁶ Cfr. Samuel Abad, *Selección de jurisprudencia constitucional, hábeas corpus y amparo*, CAJ, Lima, 1990.

⁴⁷ Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 236-344.

- b. Ante una continua y pertinaz limitación de la libertad personal, como las restricciones a la libertad de tránsito por un particular o autoridad, las reiteradas citaciones policiales infundadas o las permanentes retenciones por control migratorio, cabe postular un hábeas corpus *restringido*, que busque el cese de la afectación continua pero no gravísima como la privación de la libertad.
- c. En los casos de actos lesivos a la integridad personal –física, psicológica o moral– procedería un hábeas corpus *correctivo*, en tanto se busca que cesen los maltratos contra un detenido, reo en cárcel, preso, o interno de instituciones totales privadas o públicas, como centros educativos en calidad de internados, entidades encargadas del tratamiento de toxicómanos, enfermos mentales, etc.
- d. Cuando se amenace de manera cierta y concreta, la libertad personal, la libertad de tránsito o la integridad personal, cabe interponer un hábeas corpus *preventivo*.
- e. Si se produjese mora en el proceso judicial, como que continuase detenido un reo luego del plazo límite previsto en la ley, o si se hubiese cumplido su condena y continuase en prisión, correspondería plantear un hábeas corpus *traslativo*, para que sea llevado a la instancia judicial correspondiente o sea liberado.
- f. Cuando a pesar de haberse planteado un hábeas corpus, se haya producido la violación de la libertad individual, no sería declarado improcedente por sustracción de la materia, sino que se podría postular que se resuelva como un hábeas corpus *innovativo*, protegiendo al afectado para que ejerza su derecho a futuro. En efecto, «el hábeas corpus debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiese sido consumado»⁴⁸.
- g. Finalmente, ante el caso de una persona detenida-desaparecida por autoridad o particular, en tanto que sea imposible ubicar a la persona afectada en sus derechos a la libertad, comunicación y por lo general vida e integridad personal, sólo quedaría la posibilidad de identificar a los responsables de la violación constitucional, para su posterior sanción penal en la vía ordinaria, mediante un hábeas corpus *instruccionario*, en base al Art. 11° de la Ley N° 23506.

De otro lado, un cambio significativo operado en el Art. 200° *in fine* de la Constitución de 1993, es el reconocimiento de las acciones de hábeas corpus y de amparo, no obstante que se hayan declarado los estados de excepción en ese ámbito territorial, quedando facultados los jueces para examinar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo, no correspondiéndole a los jueces cuestionar la declaración del estado de excepción. Esta disposición, contradice la generalizada práctica judicial de la década del ochenta, en la cual se desestimaban los hábeas corpus en estados de emergencia; en virtud de una tesis del poder político discrecional en esos ámbitos existenciales, según la cual los actos políticos dictados en base a la «razón de estado» no debían ser revisados judicialmente.

3.3.2. Acción de Amparo

La Constitución de 1993 ha mantenido su incorporación constitucional reconocida por vez primera en la Constitución de 1979⁴⁹. Procede la Acción de Amparo contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos fundamentales, distintos a los de la libertad individual o conexos a ella.

3.3.2.1. Amparo contra normas y resoluciones judiciales. La novedad constitucional en materia del amparo es que no procede esta acción contra las normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular, disposición que ya se encontraba recogida indirecta o directamente en el Art. 3º y en el Art. 6º-2 de la Ley N° 23506, respectivamente.

En ese entendido, la acción de amparo no cabe plantearla contra las normas con rango de ley, sino en todo caso contra los actos violatorios de los derechos constitucionales que se ocasionen con la aplicación de dichas normas; de modo que el impedimento constitucional es de interponer acción de amparo contra las normas legales en abstracto y no en vía incidental de control concreto o mediante un amparo⁵⁰.

Sin embargo, la práctica legislativa peruana ha dado lugar a la dación de leyes no abstractas, impersonales e intemporales; sino que, por el contrario sean leyes concretas con un destinatario particular y de aplicación inmediata, sin necesidad de que medien actos materiales de ejecución. Con lo cual, en caso que se afecten derechos fundamentales a una persona, se plantea la cuestión de la procedencia o no de la interposición de una acción de amparo contra una ley de contenido particular.

Baste recordar los decretos leyes dictados en 1992, mediante los cuales se destituyeron a magistrados judiciales y demás funcionarios, así como también los decretos leyes que resolvieron legislativamente contratos del Estado con particulares, prohibiéndose en todos esos casos la interposición de acción de amparo. Pero, también las leyes ordinarias dictadas por el Congreso, en virtud de las cuales se ordenó la intervención de la Universidad Particular San Martín de Porres, se recesó la Universidad Privada Los Angeles, o se violaron los contratos de estabilidad tributaria celebrados por una empresa particular con el Estado⁵¹.

No cabe duda que, si bien la Constitución de 1993 impide expresamente la procedencia del amparo contra normas legales, esto debería ser interpretado así sólo a condición que dichas normas se incardinan en el concepto de ley democrática y constitucional. Lo que sucede es que, si bien la Constitución peruana ha tomado partido por una concepción formal de ley, que hace depender su validez del órgano y el cumplimiento de los procedimientos competentes⁵², con ello no se garantiza que las

⁴⁹ Cfr. Enrique Chirinos Soto y Francisco Chirinos Soto, *Constitución de 1993, lectura y comentario*, Lima, 1994, pp. 435-438.

⁵⁰ Cfr. Francisco Fernández Segado, op. cit., pp. 102-103.

⁵¹ Cfr. Samuel Abad, *El amparo contra leyes*, en *Lectura Andinas Constitucionales*, N° 3, Lima, 1994, p. 14.

⁵² Cfr. Javier Perez Royo, *Las fuentes del derecho*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 83-84.

normas sean generales, abstractas e intemporales, sino que por el contrario puedan vulnerar la libertad o propiedad de particulares.

De modo que, en teoría no resulta constitucionalmente razonable que el afectado no pueda incoar directamente estas leyes autoaplicativas que no requieren mediación de actos para vulnerar sus derechos fundamentales. En tal sentido, bien podría el Defensor del Pueblo, como uno de los titulares de la acción de inconstitucionalidad y encargado de proteger los derechos fundamentales y constitucionales de la persona y la comunidad, plantear dicha acción ante el Tribunal Constitucional, a fin de salvar la indefensión a la que se encontraría el afectado; sin perjuicio, del afectado de interponer una acción de amparo contra los actos derivados de la aplicación de la norma legal violatoria, en función del *preferred position* de los derechos fundamentales de primera generación en relación a la ley.

Por otro lado, la improcedencia de la acción de amparo contra las resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular; supone que éste se haya realizado cumpliendo los principios de la tutela judicial y el debido proceso. Pero, este no es el único supuesto concebido por la Ley N° 23506, para la interposición del amparo, sino también que proceden las acciones de garantía si una autoridad judicial, fuera de un procedimiento de su competencia, emite resolución o disposición que lesione un derecho constitucional. De modo que, «la intangibilidad de la cosa juzgada está condicionada por la regularidad del proceso (entendiendo por regularidad el debido proceso legal)»⁵³.

3.3.2.2. Medida cautelar. Un tema que hace potencialmente eficaz a la acción de amparo es la potestad de solicitar con la demanda una medida cautelar, para que se ordene judicialmente la suspensión provisional del acto reclamado, en la medida que se busque evitar que se consuma el daño, según dispone la Ley N° 23506; sin embargo, se ha procedimentalizado la medida cautelar, mediante traslado de la demanda cautelar, intervención del fiscal, apelación del auto concesorio en doble efecto y finalmente, que la medida de suspensión ordenada no debe implicar la ejecución de lo que es materia del fondo de la acción de amparo, entre otras disposiciones del Decreto Ley N° 25433; con lo cual prácticamente la eficacia e inmediatez del amparo queda cercenada.

No obstante ello, la medida cautelar no busca entorpecer la vigencia de las normas o la ejecución de las sentencias judiciales; aun cuando se haya hecho uso y abuso de las mismas, en materia de resoluciones judiciales y de manera extraordinaria para la inaplicación de leyes autoaplicativas e inclusive proyectos de leyes, sino que la concesión de la medida cautelar con la demanda, supone que se adelante un juicio sobre la comprobación de un hecho que si bien es discutido en el proceso del amparo, queda a resultas de una posterior y definitiva resolución; siempre que a juicio interpretativo del magistrado, la demanda se haya interpuesto para evitar que se cause un daño,

⁵³ Cfr. Domingo García Belaunde, *El amparo contra resoluciones judiciales...*, op. cit., pp. 77-78; asimismo, Samuel Abad, *¿Procede el amparo contra resoluciones judiciales?*, en: *Lecturas sobre temas constitucionales*, N° 2, Lima, 1988.

satisfacer una necesidad urgente o evitar perjuicios a las personas y que la medida cautelar esté dirigida a impedir que el fallo definitivo termine siendo inejecutable ⁵⁴.

3.3.3. Hábeas Data

El modelo constitucional de 1993 incorpora por vez primera, la garantía constitucional del hábeas data, recogido del derecho constitucional comparado ⁵⁵, que consagra el «derecho a la autodeterminación informativa» ⁵⁶ que también es un valor y principio constitucional⁵⁷, orientado a proteger concretamente: a) el derecho a la información y el derecho de información de las personas naturales, vinculado a la intimidad personal y familiar, derecho al honor y a la buena reputación, a la voz y a la imagen propias ⁵⁸, y; b) el derecho de las personas naturales y jurídicas de acceder a los servicios informáticos públicos o privados, en igualdad de condiciones, consagrados. Ambos contenidos, están consagrados en el Art. 2º, incisos 5 y 6 de la Constitución, en virtud de lo dispuesto en el Art. 200º-3 de la Constitución, reformado constitucionalmente por Ley N° 26470, que eliminó al inciso 7 del Art. 2º de la Constitución de la protección del hábeas data.

La falta de desarrollo legislativo del hábeas data, se puso en evidencia en 1994 cuando el Poder Judicial admitió las dos primeras acciones de hábeas data, procesándolas y desestimándolas precariamente ante la falta de la mencionada ley orgánica; y quedando sin poder ser resueltas en última instancia ante el propio Tribunal Constitucional, según dispone el Art. 200º-3 de la Constitución de 1993.

En efecto, se interpusieron dos acciones de hábeas data ante juzgados de instrucción. El primero ⁵⁹, por la negativa del pedido del abogado Paz de la Barra, para que un programa político del Canal 4 rectificase la información vertida, en la cual se le involucraba como asesor eventual en la adquisición de unos bonos para el Centro Latinoamericano de Asesoría Empresarial (CLAE) del estafador prófugo de la justicia nacional Carlos Manrique, lo cual él negaba enfáticamente.

El segundo caso de hábeas data, se originó por la negativa de los diarios El Comercio, La República, Expreso y otros, de publicar una carta en calidad de réplica —habiéndose ya publicado una carta rectificatoria— del abogado Sanguinetti a los supuestos comentarios críticos, que realizaron dichos diarios al informar que «la Novena Sala Penal Superior había revocado su acción de Hábeas Corpus contra un grupo de alcaldes distritales por ocupación de la vía pública».

⁵⁴ Cfr. Samuel Abad, «La medida cautelar en la acción de amparo», en DERECHO Nos. 43-44..., op. cit., pp. 409-414.

⁵⁵ Cfr. Diomar Ackel Filho, *Writs constitucionais (Habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data)*, Saraiva, Sao Paulo, 1988, pp. 111-127.

⁵⁶ Cfr. Pablo Lucas Murillo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 147-196; Antonio Perez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1991, pp. 370-372; David O'Brien, *El derecho del público a la información, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América y la primera enmienda constitucional*, Mexico, 1983, pp. 144-155.

⁵⁷ José María Desantes, *El derecho a la información en cuanto valor constitucional*, UP, Piura, 1992, pp. 41-49.

⁵⁸ Cfr. Carlos Soria, *Derecho a la información y derecho a la honra*, Barcelona, 1981, pp. 30-43.

⁵⁹ Cfr. Samuel Abad, *Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales*, en *Lecturas clave de la constitución peruana*, N° 10, Lima, 1994, pp. 270-272.

Son precisamente esas dos acciones de hábeas data, que fueron desestimadas judicialmente, por no ser la vía penal la adecuada, no haberse agotado la vía previa de la solicitud de rectificación y por no existir una ley que desarrolle dicha garantía constitucional. Estas razones y la presión a la opinión pública de los medios de comunicación, movilizaron urgentemente a la mayoría parlamentaria a dictar la Ley N° 26301 Ley de Hábeas Data y Acción de Cumplimiento, por un lado dirigida fundamentalmente a regular que el trámite de dichas acciones sea la vía civil, así como también en caso que el hábeas data se dirigiese contra los medios de comunicación, se permita el apersonamiento del apoderado, y; por otro lado, que la acción de cumplimiento se procesará siguiendo los trámites para la acción de amparo, en lo que fuere aplicable.

De otro lado, mediante reforma constitucional realizada el 12 de abril último, por Ley N° 26470 del Congreso Constituyente Democrático, el Art. 200°-3 de la Constitución que regula al hábeas data fue modificado, eliminándose el supuesto de la protección mediante dicha garantía del derecho de rectificación que tiene «toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social...», establecido en el Art. 2° inciso 7 de la Constitución. Esta regulación constitucional, abría la posibilidad de colisión del derecho a la rectificación con la libertad de expresión, cuando éste fuese reclamado preventivamente.

Es decir que, ante la amenaza de violación del derecho al honor por un medio de comunicación social, podía interponerse un hábeas data para impedir se propalase dicha información; sin embargo, esta postura hubiese sido contradictoria con lo establecido en el Art. 2° inciso 4 de la Constitución, que garantiza «las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley... Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común... Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o lo impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación».

Pero, es del caso mencionar que el derecho a la intimidad del Art. 2°-7 no queda en indefensión, por la reforma constitucional dictada; sino que, a nivel de su protección constitucional cabe plantear residualmente una acción de amparo, según dispone el Art. 200°-4 de la Constitución. Dejando a salvo el ejercicio de las acciones judiciales ordinarias del presunto afectado, a fin de que el juez determine las responsabilidades civiles de ley; más aún, el agravio o la afectación mencionada podría tornarse en un supuesto de responsabilidad penal contra el autor y/o responsables de la información del medio de comunicación, si se determinase judicialmente que hubo difamación o injuria grave, mediante la difusión de la información denunciada ⁶⁰.

En consecuencia, si la Constitución ofrece el derecho de rectificación y en todo caso la responsabilidad penal por los delitos de prensa, es lógico entender que para la libertad de información no existe ningún tipo de limitación o censura previa, sino

⁶⁰ Cfr. P. Barroso Asenjo, op. cit., pp. 56-57.

responsabilidad posterior, en caso que el ejercicio de esa libertad vulnere derechos fundamentales de las personas. De lo contrario, entender que antes el hábeas data o ahora la acción de amparo protege el derecho de rectificación, incluso de manera preventiva según se desprendería del Art. 200°-4 de la Constitución, significaría consagrar virtualmente en la Constitución de 1993, la posibilidad del impedimento o censura previa de la libertad de expresión, situación que se encuentra expresamente prohibida en el Art. 2°-4 de la propia Constitución.

En conclusión el proceso constitucional del hábeas data se presenta como una garantía constitucional que protege los derechos a la información, derecho de información y los derechos a la intimidad, establecidos en el Art. 2°, incisos 5 y 6. En consecuencia, los objetivos del hábeas data en estos supuestos son:

- a. **Acceder a la información.** Se garantiza el derecho de cualquier persona de conocer los datos o registros respecto de ella, que se encuentren en archivos estatales o en bancos de datos informatizados públicos o privados, que sean factibles de publicidad a terceros.
- b. **Actualizar la información.** Se permite que la persona no solamente conozca los datos, sino que ponga al día la información registrada, corrigiendo la información caduca u obsoleta.
- c. **Rectificar la información.** Se busca enmendar la información inexacta, errónea o inapropiada.
- d. **Excluir información.** Se pide borrar o cancelar la información sensible⁶¹; que es la información sobre el origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas, estado de salud, vida sexual e inclusive condenas penales.

Finalmente, el proceso constitucional del hábeas data se estructura básicamente conforme a las normas de la acción de amparo, según la Ley N° 26301; de ahí que la legitimidad para obrar requiere de legítimo interés informativo, que puede ser moral, económico o estadístico. Sin embargo, antes de iniciar el proceso constitucional del hábeas data, se debe requerir extra-judicialmente a la persona natural, jurídica o autoridad, para que cumpla notarialmente con lo solicitado; pero, si se tratase de una persona natural podrá ser emplazado directamente ante el juez civil de turno.

3.3.4. Acción de Cumplimiento

El Artículo 200° inciso 6 de la Constitución peruana de 1993 señala que, la acción de cumplimiento procede: «contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley»⁶².

⁶¹ Cfr. Antonio Perez Luño, op. cit., p. 356. Néstor Pedro Sagués, «*Hábeas data: su desarrollo constitucional*», en *Lecturas Andinas Constitucionales*, N° 3, Lima, 1994, pp. 90-92.

⁶² Cfr. César Landa, «*La Acción de Cumplimiento en el Proyecto de Constitución de 1993*», *revista del FORO*, Colegio de Abogados de Lima, Año LXXXI, N° 1, Lima, 1993.

La acción de cumplimiento es una garantía constitucional que presupone fundamentalmente la vigencia de dos derechos constitucionales objetivos: primero, la constitucionalidad de los actos legislativos y segundo, la legalidad de los actos administrativos. Pero, no basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sean aprobados cumpliendo los requisitos formales y estén además conforme a las disposiciones sustantivas establecidas en la Constitución y en la ley; sino que, la acción de cumplimiento esencialmente busca asegurar la eficacia de las normas legales y los actos administrativos, es decir, el cumplimiento de las mismas se convierte así en un derecho fundamental de los ciudadanos.

Esta nueva garantía constitucional pretende que el Estado de Derecho, consagrado en la Constitución, según los arts. 38°, 51° y 138° de la Constitución, no sea meramente declarativo al reconocer la existencia de un sistema de fuentes del derecho, sino que sea eficaz utilizando la justicia constitucional en caso de incumplimiento.

Al respecto, la Ley N° 26301 Ley de Hábeas Data y de la Acción de Cumplimiento, consagra apenas dos disposiciones procesales para su ejecución judicial, relativas al requerimiento notarial a la autoridad pertinente, para el cumplimiento de la norma legal que se considera debida, el cumplimiento del correspondiente acto administrativo, o

La acción de cumplimiento es una garantía constitucional que presupone fundamentalmente la vigencia de dos derechos constitucionales objetivos: primero, la constitucionalidad de los actos legislativos y segundo, la legalidad de los actos administrativos

hecho de la administración, con una antelación no menor de quince días, antes de interponer la acción de garantía, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

La acción de cumplimiento incorporada por vez primera en nuestro sistema constitucional, encuentra sus antecedentes en el derecho constitucional comparado, en particular en el derecho anglosajón. En efecto, el *writ of mandamus*, «se expide por las cortes ... a cualquier individuo o entidad que tenga un cargo público, para que cumpla con sus funciones en caso de pasarlas por alto»⁶³. En tal sentido, el cumplimiento de los mandatos legales y administrativos, si bien es una obligación jurídica concreta de las autoridades y funcionarios estatales, se convierte ahora en un derecho subjetivo de los ciudadanos; con la suficiente validez como para demandar judicialmente la expedición de una orden o mandato de cumplimiento que compela, tanto a las autoridades y funcionarios públicos como a los particulares que prestan servicios públicos, cuando estas se resistan a cumplir las normas legales y los actos administrativos que correspondan.

La ley orgánica que reglamente plenamente esta nueva garantía constitucional deberá tomar en cuenta lo siguiente:

⁶³ H. H. A. Cooper, *Diez ensayos sobre el common law*, editorial Universo, UNMSM, Lima, 1967, p. 123. Asimismo, revisar Francisco Fernandez Segado, *El nuevo ordenamiento constitucional del Perú...*, op. cit., p. 58.

- a. Será necesario que la norma defina los tipos de norma legal y actos administrativos específicos, cuyo incumplimiento baste para la interposición de esta garantía y no sólo mencionar de manera genérica a estos, como lo ha hecho la ley comentada.
- b. No debería exigirse a los accionantes el agotamiento de las vías previas, salvo que se trate de actos administrativos, ya que en estos supuestos se cuentan con los recursos impugnatorios que confieren las normas generales sobre procedimientos administrativos; pero, en el caso del manifiesto incumplimiento de una norma legal por parte de la autoridad o funcionario podría accionarse directamente la acción de cumplimiento; es decir que, si bien la acción de cumplimiento debe ser una acción residual, excepcionalmente no se debería requerir el agotamiento de las vías previas.
- c. La acción de amparo debería ser una vía paralela a la acción de cumplimiento, en tanto que la primera protege derechos subjetivos concretos de rango constitucional y en todo caso se interpone para impedir que los efectos de una norma se apliquen por lesionar derechos constitucionales; en tanto que la segunda, la acción de cumplimiento, protege derechos infraconstitucionales, como es la eficacia de las normas legales y actos administrativos, que se caracteriza por ser un derecho objetivo, pero con un componente subjetivo en tanto que el incumplimiento afecta derechos líquidos.
- d. Deberían existir medidas cautelares provisionales, siempre que la demanda se haya interpuesto, para evitar que se cause un daño, satisfacer una necesidad urgente o evitar perjuicios. Pero, en cualquier caso, debería instaurarse la cautela o contracautela, pero con fianzas patrimoniales, que disuadan los recursos obstructionistas de la justicia constitucional.
- e. Si la acción de cumplimiento es declarada fundada, demostraría la responsabilidad de la autoridad o funcionario en el incumplimiento de las normas legales; lo que, salvo falsa o errónea interpretación o inaplicación de las normas, habría responsabilidad del funcionario o autoridad; es decir que, el desconocimiento, el abuso o desviación de poder, debería ser materia de sanción legal.

3.4. Distribución del poder: territorial y funcional

Como una innovación dentro de las facultades clásicas del Tribunal Constitucional el Artículo 202 inc. 3 de la Constitución Peruana de 1993 señala a la letra que corresponde al Tribunal Constitucional «conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignados por la Constitución conforme a ley»⁶⁴. Al respecto, la Ley N° 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ha dispuesto siete artículos referidos a estos conflictos constitucionales. Este supuesto se concretizará cuando los poderes y organismos constitucionales autónomos disputen entre sí una competencia o atribución constitucional, mediante la emisión de actos, disposiciones, o resoluciones que no sean normas con rango de ley. El antecedente más cercano lo encontramos en el debate

⁶⁴ Cfr. César Landa, «El conflicto de competencia en la Constitución del Perú de 1993», en revista del FORO, Año LXXXI, N°1, Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1994.

de la Constitución de 1979 y en el desarrollo legislativo de la regionalización. El novedoso –aunque ciertamente tímido– esquema descentralista que asumió dicha constitución, provocó inevitables conflictos entre el gobierno central y los gobiernos locales o regionales, lo que se intentó solucionar con la institución del «conflicto de competencia territorial a nivel legal»⁶⁵. De esta manera el Artículo 71 de la Ley Nº 24650, Ley de Bases de la Regionalización señalaba que: «los conflictos entre un gobierno regional y un gobierno local, entre gobiernos regionales y entre un gobierno regional y el gobierno central son resueltos por la Corte Suprema, tramitándose el proceso en primera instancia ante la Segunda Sala Civil y en segunda instancia ante la Primera Sala Civil de la Corte Suprema». Lamentablemente, y por diversos motivos, esta institución no tuvo el desarrollo jurisprudencial deseado. Hoy, la solución a estas controversias la encontramos en la nueva garantía o proceso constitucional denominado «conflicto de competencias y atribuciones» manifestada en conflictos competenciales entre poderes y organismos constitucionales de rango constitucional, como en conflictos territoriales entre los organismos constitucionales descentralizados entre sí o contra el gobierno central, como señala el Art. 46º de la LOTC.

Esta nueva garantía constitucional protege fundamentalmente dos principios: Uno, la separación de poderes y de organismos constitucionales –división horizontal–, y; dos, la redistribución territorial del poder. Ambos principios –división vertical–, postulados en los artículos 43º y 44º de la Constitución de 1993.

Aunque la Constitución no define la noción de conflicto de competencia y atribuciones, podemos aproximarnos en virtud de la LOTC a diferenciarla de otros tipos de conflicto: a) Conflicto jurisdiccional, que genera una «contienda de competencia», que es resuelta por la Corte Suprema. b) Conflicto inter-orgánico infraconstitucional, o sea cuando éste se produce entre distintas administraciones públicas del Estado, pero de un rango legislativo o administrativo, es decir infraconstitucional. c) Conflicto intraorgánico de jerarquía, cuando se produce al interior de un mismo ente, cuya resolución le corresponde al organismo superior.

Pero hallamos el conflicto de competencias y atribuciones, cuando se presenta un conflicto constitucional, caracterizado por dos elementos fundamentales: Elemento subjetivo, que el conflicto importe la competencia de por lo menos un órgano constitucional. Elemento objetivo, que verse en torno a la aplicación o interpretación de normas constitucionales relativas a la distribución de competencias. Estos son los dos supuestos básicos del conflicto de competencia y atribuciones⁶⁶. De aquí se desprende que: En primer lugar, no basta que exista un conflicto de competencia y atribuciones, sino que es necesario que éste sea de rango constitucional, es decir que la materia o atribución en conflicto goce del reconocimiento constitucional –elemento objetivo– y que por lo menos uno de los sujetos en conflicto tenga jerarquía constitucional –elemento subjetivo–. Así como que, en segundo lugar, por la imprecisión en la

⁶⁵ El proyecto constitucional de 1979 asignaba al Tribunal de Garantías Constitucionales la potestad de «resolver los conflictos de competencia entre el Poder central y los órganos departamentales y regionales, así como de éstos entre sí»; pero, finalmente, esta facultad fue eliminada.

⁶⁶ Cfr. Enrique Alvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, volumen II, Los órganos constitucionales. El Estado Autonómico, Madrid, 1993, p. 333.

terminología constitucional, será necesario acudir a principios y métodos de interpretación, inspirados en el derecho y en la doctrina constitucional comparada, para definir los casos de conflictos de atribuciones y competencias, tanto funcionales como territoriales ⁶⁷.

Ahora bien, cabe señalar que el conflicto constitucional puede ser de dos clases: a) Conflicto positivo, cuando dos o más entidades constitucionales se disputan entre sí una competencia o atribución constitucional. b) Conflicto negativo, cuando dos o más entidades constitucionales, se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional. En el primer caso, la legitimidad procesal para actuar recaerá en el o los organismos que se consideren afectados, por la intromisión de otro organismo en sus competencias o atribuciones; mientras que, en el segundo caso, la legitimidad procesal activa podrá reposar en un particular –persona natural o jurídica– afectado por la negativa de la entidad estatal, para asumir una competencia o atribución por otro órgano del Estado, según señala el Art. 49° de la LOTC.

En cuanto a su origen, el conflicto constitucional de competencia y atribuciones aparecerá, cuando haya una aplicación errónea o falsa de las normas constitucionales, en torno a la distribución de competencias y atribuciones constitucionales, entre dos poderes u organismos autónomos constitucionales, y, en la medida que éste se materialice en un acto, disposición o resolución que no tenga rango de ley. Además, no debería existir una relación jerárquica entre los sujetos constitucionales en conflicto. Para resolver el conflicto, el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, debería, utilizar los criterios antes mencionados e interpretar la Constitución, sobre la base del concreto conflicto de competencias que se le presente para resolver; de modo que la resolución se estructure sobre realidades concretas y no sobre silogismos jurídicos, en el marco de las técnicas de interpretación constitucional. Ahora bien, la Constitución peruana no es particularmente extensa en lo relativo a la asignación de competencias y atribuciones, pudiendo generar así conflictos constitucionales por vacíos normativos. En ese sentido, cuando el Tribunal Constitucional deba verificar a quién le corresponde la competencia o atribución constitucional, muchas veces no bastará con el propio texto constitucional, sino que será necesario acudir a las normas con rango legal, tal como lo prevé la propia ley. Sin embargo esta concepción no implica que ante la falta de ley la norma constitucional no se pueda aplicar, sino que debe responder al moderno y ciertamente discutible concepto de bloque de constitucionalidad⁶⁸, recogido en los artículos 46° y 47° de la LOTC. De aquí derivamos que los jueces del Tribunal Constitucional tendrán que interpretar la Constitución como bloque de constitucionalidad, es decir, complementando y otorgando sentido constitucional a la norma suprema con las leyes de desarrollo constitucional; que en lo relativo a los órganos constitucionales serán las leyes orgánicas, las que regularán y definirán la estructura, competencias, atribuciones y funcionamiento de los órganos constitucio-

⁶⁷ Revisar Angel Gómez Montoro, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, 1992, y; Javier García Roca, *El conflicto entre órganos constitucionales*, Madrid, 1987;

⁶⁸ Cfr. Louis Favoreu y Francisco Rubio Llorente, *El bloque de constitucionalidad* (Simposium franco-español de Derecho Constitucional), Madrid, 1991, pp. 201-202.

nales. Los principios y técnicas para la delimitación de las competencias se condensarán en una suerte de *test de la competencia*. Estos, de manera sintética son:

El principio de unidad constitucional dentro de la diversidad, que supone subordinar el principio de jerarquía al de la competencia, generando una preeminencia de los intereses generales del Estado sobre los intereses de los poderes y organismos constitucionales, pero en el marco de las competencias y atribuciones establecidas dentro del bloque de constitucionalidad, vale decir que existiendo duda sobre el titular de la competencia o atribución se deberá apelar al contenido esencial de las atribuciones.

El principio de la competencia ⁶⁹, que se expresa en la lista de materias asignadas a los sujetos constitucionales, en las cláusulas generales, en las competencias exclusivas positivas, en las competencias exclusivas negativas, en las competencias compartidas y en las concurrentes, relativas a materias y a funciones, respectivamente. Finalmente, en cualquier caso en virtud del bloque de constitucionalidad el Tribunal Constitucional deberá realizar una función creativa y técnica de interpretación constitucional, pero no especulando dogmáticamente con las normas sino concretizándolas al problema planteado, de acuerdo con los principios y métodos constitucionales, para hallar razonablemente la delimitación competencial correspondiente.

Lima, 30 de abril de 1995

⁶⁹ Cfr. Carlos Viver Y Pi-Sunyer, *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Barcelona, 1989, y; Francisco Tomás y Valiente, *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1988.