

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL PERUANA: ESTADO ACTUAL Y DESAFÍOS

Por SAMUEL B. ABAD YUPANQUI *

SUMARIO

1. LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL EN LA CARTA DE 1993: A) Los órganos encargados de resolver los procesos constitucionales. B) Los procesos constitucionales.—2. HACIA UN BALANCE JURISPRUDENCIAL: A) Restricciones a la independencia y autonomía del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. B) Hábeas corpus y libertad individual. C) Los alcances del debido proceso. D) Hábeas corpus y justicia militar. E) Igualdad y no discriminación. F) Alcances y restricciones al proceso de amparo. G) Amparo contra normas legales autoaplicativas. H) El desarrollo del hábeas data. I) La acción de cumplimiento. J) El conflicto de competencias. K) El control difuso.—3. REFLEXIONES FINALES: LOS DESAFÍOS PARA EL FUTURO.

En los momentos actuales no se discute que la Constitución constituye la norma suprema del ordenamiento jurídico de un país; sin embargo, la realidad demuestra que con mayor o menor frecuencia, es vulnerada por parte de las autoridades, funcionarios e incluso por particulares. Reconociendo tal situación, los Estados democráticos tratan de *garantizar* el respeto a los derechos humanos y el principio de supremacía constitucional a través de ciertos instrumentos procesales —llamados garantías o procesos constitucionales— y determinados órganos jurisdiccionales, ya sea el Poder Judicial o un Tribunal Constitucional. De esta manera, nos referiremos al *modelo de jurisdicción constitucional* para definir la for-

* Defensor Especializado en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo. Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ma como se regulan los procesos constitucionales y se estructura el órgano encargado de resolverlos (Poder Judicial, Tribunal Constitucional o, de ser el caso, ambos)¹.

Durante el siglo pasado, el Perú no contó con mayores instrumentos de control, predominando la fiscalización por parte del Congreso. Es recién a partir del presente siglo cuando se empiezan a fortalecer las herramientas de control, destacando la Carta de 1979, vigente desde julio de 1980, que adoptó un *modelo dual* de jurisdicción constitucional², el cual fue modificado abruptamente tras la ruptura del régimen constitucional ocurrida el 5 de abril de 1992.

En tal ocasión se dispuso, entre otras medidas, la reorganización del Poder Judicial —separando a un elevado número de jueces—, la destitución de todos los magistrados del Tribunal de Garantías Constitucionales, la creación de arbitrarias causales de improcedencia en los procesos de hábeas corpus y amparo, y la restricción de la medida cautelar en el amparo. Incluso, un decreto ley otorgó una «nueva» competencia al desactivado Tribunal de Garantías para evitar que se cumplieran las sentencias de amparo que fueran declaradas fundadas contra el Estado. Se inició así una etapa en que la Carta de 1979 quedaba en suspenso en tanto sus disposiciones no fueran compatibles con los objetivos del régimen.

Posteriormente, ante la presión de la comunidad internacional, se dio inicio al denominado «*proceso de retorno a la institucionalidad democrática*» que condujo a la elaboración de una nueva Constitución que entró en vigencia el 31 de diciembre de 1993. Hasta el momento, ella ha cumplido seis años de vida, durante los cuales el modelo ha sido severamente desvirtuado tanto en el plano institucional como en el normativo. Todo esto, como no podía ser de otra manera, se ha manifestado en el desarrollo de la jurisprudencia.

En este contexto, el presente artículo intentará efectuar una breve descripción del modelo de jurisdicción constitucional vigente y, especialmente, un balance de la jurisprudencia constitucional correspondiente a los años 1998 y 1999 tanto del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional. Ello hará notar los aciertos y las limitaciones que han contribuido a «*desdibujar*» el modelo de jurisdicción constitucional vigente en el Perú.

¹ Precisamos el concepto de jurisdicción constitucional que vamos a utilizar debido a la diversidad de contenidos que suelen darse a esta expresión, pues como señala Rubio Llorente, «*la imposibilidad de establecer un concepto único de jurisdicción constitucional fue demostrada ya hace más de sesenta años por Friesenhahn*» [FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «Seis tesis sobre la Jurisdicción Constitucional en Europa», en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, 1999, p. 573].

² Así lo ha calificado DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, «La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado», *Lecturas Constitucionales Andinas*, núm. 1, Lima, CAJ, 1991, p. 186.

1. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN LA CARTA DE 1993

El diseño del modelo de Jurisdicción Constitucional fue una de las más importantes innovaciones introducidas por la Carta de 1979, que sirvió de inspiración al constituyente de 1993. En efecto, la Carta vigente mantuvo al Tribunal Constitucional, el control difuso a cargo de los jueces, y los procesos de hábeas corpus, amparo, inconstitucionalidad y de acción popular. Asimismo, se incorporaron tres nuevos procesos, el hábeas data, la acción de cumplimiento y el conflicto de competencias.

A) Los órganos encargados de resolver los procesos constitucionales

La nueva Carta configura al Tribunal Constitucional como el órgano de control de la Constitución, autónomo e independiente, integrado por siete miembros elegidos por cinco años, y que no pueden ser reelegidos. Tiene su sede en la ciudad de Lima. Los magistrados gozan de la misma inmunidad, prerrogativas e incompatibilidades que los congresistas. El Congreso (unicameral) los designa con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros. El Tribunal Constitucional tiene competencia para resolver la acción de inconstitucionalidad, conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento y, finalmente, resolver los conflictos de competencia.

La Ley N° 26345, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, publicada el 10 de enero de 1995, regula su estructura y funcionamiento aunque al hacerlo presenta un serio problema, pues exige una mayoría de seis votos —de un total de siete magistrados— para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley (artículo 4). Es decir, si cinco magistrados consideran que una ley es inconstitucional y dos que la ley no lo es, pese a que una mayoría diga lo contrario, el Tribunal deberá declarar infundada la demanda y por tanto reputar válida la norma cuestionada, «*convalidando*» así la ley inconstitucional.

El citado dispositivo limitó severamente la actuación del Tribunal. Si a ello se une —como efectivamente sucedió— una designación con criterio político de algunos magistrados del Tribunal Constitucional, se puede fácilmente entender por qué el Tribunal no pudo consolidarse como un órgano efectivamente independiente encargado de la defensa de la Constitución. Esta situación llegó a la total arbitrariedad cuando tres magistrados del Tribunal Constitucional —quienes se habían pronunciado por la inconstitucionalidad de la ley que permitía una nueva reelec-

ción del actual Presidente de la República— fueron destituidos por la mayoría del Congreso de la República el 29 de mayo de 1997.

De esta manera, a la limitación normativa ya existente, se une el funcionamiento anormal de un Tribunal Constitucional que hace casi tres años viene actuando con cuatro magistrados pese a que según la Constitución debe estar integrado por siete.

De otro lado, el Poder Judicial cuenta con la atribución de inaplicar al caso concreto las normas inconstitucionales, bajo las pautas del sistema difuso o norteamericano, que existía formalmente desde el Código Civil de 1936. En efecto, el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución dispone que *«En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior»*. Esta competencia, a nuestro juicio, puede extenderse al Jurado Nacional de Elecciones, pues de acuerdo a la Constitución es el órgano que administra justicia en material electoral (artículo 178 inciso 4), cuyas resoluciones son irrevisables por el Poder Judicial (artículo 142).

B) Los procesos constitucionales

Los artículos 200 y 202, inciso 3) de la Constitución regulan las siguientes garantías o procesos constitucionales:

- a) El proceso de hábeas corpus, el cual según el artículo 200 inciso 1) de la Constitución procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos. La demanda se presenta ante el Poder Judicial, pudiendo luego acudir en recurso extraordinario al Tribunal Constitucional sólo si se rechaza la pretensión en la vía judicial.
- b) El proceso de amparo, que conforme al artículo 200, inciso 2) de la Constitución, procede contra el hecho o la omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza derechos distintos a la libertad individual y a los que son tutelados por el hábeas data. La Carta agrega que no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular.
- c) El proceso de hábeas data, el cual, luego de una reforma constitucional (artículo 200 inciso 3), protege los derechos a solicitar la información que se requiera y recibirla de cualquier entidad pública (artículo 2º inciso 5); y a que los servicios informáticos

- no suministren informaciones que afecten la intimidad (artículo 2° inciso 6).
- d) La acción de cumplimiento, introducida por el inciso 6° del artículo 200, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo.
 - e) La acción de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que vulneren la Constitución. Pueden presentarla el Presidente de la República; el Fiscal de la Nación; el Defensor del Pueblo; el veinticinco por ciento del número legal de congresistas; cinco mil ciudadanos; si se trata de una ordenanza municipal, el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas antes señalado; los Presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los Alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia; y los colegios profesionales, en materias de su especialidad. La sentencia que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial y al día siguiente queda sin efecto, aunque sin carácter retroactivo.
 - f) La acción popular, se tramita ante el Poder Judicial y está dirigida a cuestionar normas de carácter general de jerarquía inferior a la ley que contravengan la Constitución o las leyes. El artículo 200 inciso 5) dispone que procede, por infracción de la Constitución o de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.
 - g) Finalmente, el conflicto de competencias que se suscita a propósito de las atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales

En consecuencia, para la Carta de 1993 la jurisdicción constitucional corresponde tanto al Poder Judicial, en sus diversas instancias, como a un Tribunal Constitucional. En algunos casos, comparten determinadas competencias dentro de un mismo proceso, como sucede en el hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento, ya que el Poder Judicial actúa como instancia previa y el Tribunal Constitucional como instancia definitiva si la resolución resulta desfavorable. En otros, la ejercen de modo exclusivo, v.g. la acción popular tramitada ante el Poder

Judicial, y la acción de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia, ante el Tribunal Constitucional.

2. HACIA UN BALANCE JURISPRUDENCIAL

Tratar de hacer un balance sobre la jurisprudencia constitucional en el Perú no es una tarea sencilla. En efecto, en la medida que tanto el Poder Judicial —que cuenta con diversas instancias y tiene presencia nacional— como el Tribunal Constitucional resuelven procesos constitucionales resulta indispensable comprender a ambos órganos en el análisis.

Además, si bien la jurisprudencia constitucional por disposición legal debe publicarse en el diario oficial *El Peruano*, no existe un texto oficial que agrupe a todas las resoluciones de dichos órganos de manera sistematizada. Sólo existen publicaciones que comprenden la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³ y puntuales selecciones o comentarios jurisprudenciales⁴.

De otro lado, la independencia y autonomía de los órganos que resuelven los procesos constitucionales se encuentra severamente cuestionada. La falta de tres magistrados en el Tribunal Constitucional y su consiguiente actuación con solo cuatro miembros, así como el hecho que casi el 70 % de jueces sean provisionales —es decir, no titulares del cargo que ocupan— ha erosionado severamente la legitimidad y confianza en estos jueces, situación demostrada en diversas ocasiones en las cuales no se pudo controlar al poder político actuándose con parcialidad.

En este contexto, hemos optado por analizar la jurisprudencia constitucional correspondiente a los años 1998 y 1999 a partir de temas puntuales que comprenden a los procesos de hábeas corpus y amparo. También dedicaremos un tratamiento especial a los procesos de hábeas data, cumplimiento y al conflicto de competencias debido a su novedad pues fueron introducidos por la Constitución de 1993. Obviamente no nos referiremos a la acción de inconstitucionalidad, pues, como consecuencia de la arbitraria destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional, hasta el momento se carece del quórum necesario para resolverla.

³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica Editores. Hasta el momento se han editado cuatro tomos (años 1996, 1997 y parte de 1998).

⁴ Entre ellas destaca la revista *Diálogo con la jurisprudencia* (Lima, Gaceta Jurídica), así como la página en internet de la Comisión Andina de Juristas (www.cajpe.org.pe).

A) Restricciones a la independencia y autonomía del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional

El Decreto Legislativo N° 900, publicado el 29 de mayo de 1998, formalizó una situación preexistente al disponer que en los distritos judiciales de Lima y Callao las demandas de hábeas corpus y amparo se presentarían necesariamente ante los denominados Jueces Especializados de Derecho Público, conociendo en apelación la Sala Especializada de Derecho Público⁵. Si bien el criterio de especialización constituye una alternativa interesante en materia constitucional, lo preocupante es que los magistrados que ocupan dichos cargos, debido a sus decisiones, vienen generando serios cuestionamientos por su falta de autonomía e independencia frente a las autoridades gubernamentales. Algo similar viene ocurriendo con los magistrados del Tribunal Constitucional.

Un aspecto que suscitó un intenso cuestionamiento respecto a la autonomía del Poder Judicial fueron las demandas de amparo presentadas por una congresista del partido de gobierno —la señora Martha Chávez— y por un particular asiduo a presentar demandas de esta naturaleza —el señor Santiago Sanguinetti⁶— contra cuatro magistrados del Tribunal Constitucional. En tales demandas se cuestionaba la decisión de dichos magistrados quienes resolvieron que la ley de interpretación auténtica que permitía una nueva reelección presidencial era inaplicable al Presidente Alberto Fujimori. La Sala Constitucional de la Corte Suprema a través de las sentencias de fechas 19 (Exp. N° 303-97) y 30 de diciembre de 1997 (Exp. N° 321-97) sostuvo que:

«NOVENO.—Que, el citado pronunciamiento o voto que declara inaplicable la Ley veintiséis mil setecientos cincuentisiete para el “caso concreto” de una nueva postulación, del Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori en el año dos mil, así como la “declaración” del Magistrado Ricardo Nugent López Chávez, dándole calidad de sentencia a dicho pronunciamiento o voto irregular y el hecho adicional de autorizar su publicación en el diario oficial *El Peruano* de circulación nacional, transgrediendo asimismo el precitado artículo

⁵ La cuarta disposición transitoria de la Ley N° 26435 (LOTG) dispuso que por regla general las acciones de garantía se interpondrán ante el juzgado que corresponda y que la Corte Superior respectiva conocerá en segunda instancia. En caso que la resolución sea denegatoria, se podrá interponer recurso extraordinario al Tribunal Constitucional, evitando pasar por la Corte Suprema. La excepción a este trámite se presentará cuando el acto cuestionado sea una resolución judicial, pues en este caso conocerá en primera instancia la Corte Superior y en segunda, la Corte Suprema.

⁶ *El Peruano*, «Jurisprudencia», Lima, 10 de noviembre de 1998, pp. 3115-3116. La sentencia recaída en el Exp. N° 321-97 tiene el mismo contenido.

cuarto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que, sólo faculta a su Presidente a actuar como dirimente en caso de empate, implican, como se ha expresado, amenaza de violación de los invocados derechos constitucionales del actor, con lo cual, guarda directa relación de causa a efecto, de manera que si ese pronunciamiento y su publicación, en las condiciones, forma y sentido en que se han dado, no se hubiera producido, no existiría amenaza de violación de los citados derechos constitucionales de la demandante de postular y votar por la persona que precisa, es decir, por el actual Jefe de Estado, ni se habría pretendido enervar las prescripciones contenidas en el primer párrafo del artículo treintinueve de las tantas veces citada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; (...) DECIMOSEGUNDO.—Por cuyos fundamentos y, al haberse demostrado que el pronunciamiento o voto de los tres miembros del Tribunal Constitucional y su correspondiente publicación en el diario oficial *El Peruano* el día dieciocho de enero de mil novecientos noventa y siete bajo la irrita denominación de “Sentencia del Tribunal Constitucional”, ha sido expedido contra el texto claro y expreso del artículo cuarto de la Ley veintiséis mil cuatrocientos treinticinco, es evidente que se ha transgredido exprofesamente normas de orden público que son de observancia obligatoria y de ineludible cumplimiento por los funcionarios del Estado, omitiendo expedir sentencia, incumpliendo su responsabilidad de resolver sobre la expresa acción de inconstitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Lima; DECIMOTERCERO.—Que de las consideraciones antes expuestas, resulta manifiesto que se encuentra plenamente vigente la Ley de Interpretación Auténtica número veintiséis mil seiscientos cincuentisiete al no haber sido declarada inconstitucional conforme a lo previsto por el artículo cuarto de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional número veintiséis mil cuatrocientos treinticinco, por lo que la acción de amparo interpuesta por don Santiago Sanguinetti Galindo debe ampararse».

En base a tales consideraciones, la Corte Suprema declaró fundada la demanda de amparo interpuesta:

«reponiendo las cosas al estado anterior al de la amenaza y violación de los referidos derechos constitucionales del actor, declararon que le asiste a don Santiago Sanguinetti Galindo de manera irrestricta, el derecho a contar como candidato presidencial y elegir al Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori en las Elecciones Generales previstas para el año dos mil, sin más limitación que la que se derive de su voluntad de postular en ese proceso y a las resultas del veredicto popular»

El citado caso demuestra cómo el Poder Judicial intervino para cuestionar la decisión de los magistrados del Tribunal Constitucional que consideraban que la Ley interpretativa no era aplicable al actual Presidente de la República, pues violaba lo dispuesto por el artículo 112 de la Constitución, que sólo permitía una reelección. Asimismo, evidencia una forzada interpretación de los alcances del amparo, pues la decisión del Tribunal Constitucional no amenazaba los derechos de los demandantes de poder votar, en su momento, por el candidato Fujimori. En primer lugar, pues cuando ella se dictó aún no se había iniciado el proceso electoral para el período 2000-2005, menos se había convocado a elecciones presidenciales y tampoco se había inscrito candidatura alguna. De esta manera, la sentencia de la Corte Suprema sólo trató de desconocer lo resuelto por el Tribunal Constitucional y «autorizar» la candidatura del actual Presidente.

Otro caso de especial relevancia fue el proceso de amparo iniciado a favor del señor Baruch Ivcher Bronstein (Expediente N° 112-98-AA/TC), resuelto por el Tribunal Constitucional el 24 de abril de 1998. Como se sabe, mediante un acto administrativo —una Resolución Directoral dictada el 11 de julio de 1997— el Director General de Migraciones y Naturalización dejó sin efecto el título de nacionalidad del señor Ivcher, lo cual en los hechos significaba que dicha persona perdía la nacionalidad peruana. Como consecuencia de ello perdió, también, la conducción del canal 2 —«Frecuencia Latina»— del cual era accionista mayoritario. Dicho medio televisivo se había caracterizado por su posición crítica y sus investigaciones sobre derechos humanos que comprometían a funcionarios del gobierno. Ante esta situación hubiera sido lógico que la demanda de amparo planteada fuera acogida por los tribunales y de tal modo le fuera restituído el pleno goce de sus derechos al Sr. Ivcher. Sin embargo, el Poder Judicial —en sus dos instancias— desestimó la demanda interpuesta y el Tribunal Constitucional la declaró improcedente, pues consideró que el demandante debió agotar previamente la vía administrativa. Sostuvo dicho tribunal:

«Que, la Resolución Suprema N° 0649-RE, de fecha veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro, otorgó la nacionalidad peruana a don Baruch Ivcher Bronstein, señalándose en la citada Resolución Suprema que se le extendería el título de nacionalidad previa renuncia a su nacionalidad de origen.

Que, el Artículo 27 de la Ley N° 23506, “Ley de Hábeas Corpus y Amparo” establece que sólo procede la Acción de Amparo cuando se hayan agotado las vías previas, y el Artículo 28 de la citada Ley establece que no será exigible el agotamiento de las vías previas si:

- 1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida;
- 2) Por el agotamiento de la vía previa pudiera convertirse en irreparable la agresión,
- 3) La vía previa no se encuentra regulada, o si ha sido iniciada, innecesariamente por el reclamante, sin estar obligado a hacerlo;
- 4) Si no se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución.

Que, la Resolución Directoral N° 117-97-IN-050100000000, fue publicada el trece de julio de mil novecientos noventa y siete y la Acción de Amparo fue interpuesta el catorce de julio del mismo año, es decir al día siguiente de su publicación, lo que hace evidente que no existió posibilidad para que la cuestionada Resolución Directoral fuese ejecutada antes de que ésta quedara consentida.

Que, no se puede establecer que el agotamiento de la vía previa hubiese ocasionado la irreparabilidad de la agresión, toda vez que con la interposición de los medios impugnativos contra la Resolución Directoral N° 117-97IN-050100000000, el demandante hubiese podido discutir los fundamentos de la referida Resolución Directoral.

Que, en consecuencia, por la naturaleza de los hechos expuestos, éstos no se encuentran en ninguno de los casos previstos en el Artículo 28 de la Ley N° 23506, que exceptúa del agotamiento de las vías previas, y por lo tanto, es de expresa aplicación el Artículo 27 de la mencionada Ley, que exige el agotamiento de las vías previas⁷».

El argumento expuesto tornaba ineficaz la posibilidad de contar con una tutela judicial efectiva, pues ante la inmediatez con que se produjo la pérdida de la nacionalidad y el posterior control del medio de comunicación del cual era accionista mayoritario, el Tribunal se abstenía de evaluar la validez constitucional del acto administrativo cuestionado y, más bien, le exigía que antes agotara los recursos administrativos. En la actualidad, el caso ha sido admitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pese a que el gobierno peruano trató de retirarse de su competencia.

Las dificultades para una adecuada tutela jurisdiccional también se evidenciaron cuando el abogado del señor Alberto Andrade Carmona, actual Alcalde de Lima y candidato a la Presidencia de la República, el 6 de setiembre de 1999 formuló una petición constitucional al Fiscal de

⁷ *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 5 de junio de 1998, pp. 865-866.

la Nación para que llevara a cabo una investigación respecto de los constantes agravios efectuados a través de diversos periódicos populares cuyos titulares diariamente insultaban al Alcalde. Tales medios, según se afirmaba en forma extraoficial, serían financiados por el Servicio de Inteligencia Nacional. Ante el referido pedido, las empresas editoras de los diarios *La Chuchi*, *El Mañanero*, *El Tío*, *El Chato* y *El Chino* interpusieron sendas demandas de amparo porque consideraban que se estaba afectando su libertad de expresión. Rápidamente, el 8 de setiembre, el Juez Especializado Transitorio en Derecho Público concedió una medida cautelar y posteriormente, el 15 de octubre, dictó sentencia declarando fundada la demanda. Dicha sentencia dispuso que el pedido formulado a la Fiscalía de la Nación:

«no sea promovido como denuncia penal ante el órgano jurisdiccional, dejándose a salvo el derecho del recurrente para que lo haga valer a través de la vía que legalmente corresponde».

La referida sentencia fue apelada y se encuentra pendiente de revisión por la Sala Especializada Transitoria de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima. No podemos dejar de manifestar nuestro cuestionamiento a dicha resolución, pues afecta el principio de separación de poderes. En efecto, el proceso de amparo no puede obstaculizar o impedir la realización de las funciones constitucionales asignadas al Ministerio Público. Y es que, en realidad, la posibilidad de iniciar una investigación fiscal por sí misma no vulnera ni amenaza en forma cierta e inminente derechos fundamentales.

Las citadas sentencias demuestran las limitadas posibilidades de éxito que existen en la actualidad cuando se trata de temas que involucran directa o indirectamente a las esferas gubernamentales. Por cierto, en aquellos casos «asépticos», es decir, que carecen de incidencia política es posible contar con mayores posibilidades de éxito.

B) Hábeas corpus y libertad individual

En esta materia, el Tribunal Constitucional ha acogido una interpretación adecuada que responde a lo dispuesto por el artículo 2º inciso 24) literal «f» de la Constitución. En efecto, en la sentencia de fecha 19 de noviembre de 1998 (Exp. N° 1051-96-HC/TC) sostuvo⁸:

«Que, del examen de autos no se aprecia que la detención del actor se haya efectuado cumpliéndose los requisitos exigidos por el

⁸ *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 22 de abril de 1999, pp. 1676-1677.

artículo 2º, inciso 24), literal «f» de la Constitución Política, específicamente, que su captura haya acontecido en situación de flagrante delito.

Que, siendo así, la detención del actor en circunstancias que los emplazados efectuaban una operación policial no configura ninguno de los supuestos habilitantes establecidos por la norma constitucional antes acotada, resultando por ello indebida; (...)»

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, con fecha 28 de diciembre de 1998⁹ (Exp. N° 376-98-HC/TC), sostuvo:

«Que, este Tribunal ha establecido en diversos precedentes, que ni aun en el caso de los delitos exceptuados previstos en el artículo 2º, inciso 24), literal “f” de la Constitución Política, que establece la detención preventiva por un plazo superior a las veinticuatro horas, está permitida la restricción de la libertad individual fuera de las hipótesis del mandato judicial y del flagrante delito, por cuanto dichas variables siguen siendo la regla general a respetar en cualquier caso; en consecuencia, cualquier restricción irrazonable de la libertad, como la examinada en autos, deviene en ilegítima e inconstitucional»

De esta manera, el Tribunal Constitucional considera que la detención policial sólo procede cuando se comete un delito flagrante, incluso tratándose de los delitos de terrorismo, narcotráfico y espionaje, en los cuales sólo se amplía el plazo de la detención en sede policial hasta un máximo de 15 días.

Asimismo, el artículo 2º inciso 24) literal «f» de la Constitución dispone que *«el detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican a los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas»*. Tratándose de estos últimos delitos la policía podrá detener a las personas por un término no mayor de quince días naturales.

Pese a la claridad de tales normas y al amplio plazo (quince días) de la detención policial en caso de terrorismo, el artículo 2º, inciso a) del Decreto Ley N° 25744 de setiembre de 1992 estableció que el plazo de la investigación policial en los delitos de traición a la patria (terrorismo agravado) podía duplicar el plazo de 15 días.

El referido dispositivo, dictado antes de la Constitución vigente (1993), contradecía lo dispuesto por la Carta anterior (1979) que establecía el plazo máximo de quince días. Sin embargo, pese a su mani-

⁹ *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 22 de abril de 1999, p. 1689.

fiesta inconstitucionalidad, se aplicó cotidianamente. Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 el tema siguió cuestionándose pues la norma no fue derogada en forma expresa. No obstante, un caso interesante que motivó el pronunciamiento del Tribunal Constitucional se presentó en la sentencia de 5 de agosto de 1998 (Exp. N° 098-98-HC/TC), cuando dicho órgano sostuvo:

«Que, (...) conforme se acredita de fojas treinta y cinco a treinta y nueve del expediente, se puede inferir que el periodo de detención preventiva al que se sometió a los afectados por la autoridad policial emplazada, fue prorrogado indebidamente más allá del plazo constitucional, arguyéndose como razón legal el artículo 2°, inciso a) del Decreto Ley N° 25744, que en materia de duración de detención prevista para el delito de traición a la patria resulta incompatible con el mencionado precepto constitucional, por virtud del principio de supremacía constitucional y en tributo al respeto del derecho fundamental a la libertad personal que debe ser observado irrestrictamente por toda autoridad, funcionario o persona;».

De esta manera, el Tribunal Constitucional consideró que la norma en cuestión contradecía lo dispuesto por Constitución y, por tanto, no debía ser aplicada para extender el plazo de detención policial más allá de los quince días en los casos de traición a la patria.

C) Los alcances del debido proceso

La jurisprudencia ha precisado los alcances del debido proceso indicando que puede desarrollarse no sólo en el ámbito jurisdiccional sino también en el campo administrativo e incluso en las relaciones entre particulares.

Probablemente, los casos más relevantes referidos al debido proceso en el ámbito jurisdiccional han sido dos sentencias de hábeas corpus (Exp. 109-98-HC/TC y Exp. 585-96-HC/TC). En tales casos, el Tribunal Constitucional precisó que los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en situación de retiro no podían ser juzgados por los tribunales militares. En caso que ello suceda, se afectaba el derecho al juez predeterminado por la ley —derecho al juez natural— pues se les desviaba del órgano jurisdiccional competente:

«(...) este colegiado no puede menos que concluir que, encontrándose don Carlos Alberto Villalba Olaechea sometido a un proceso judicial por ante la jurisdicción castrense, y tener éste la condición de militar en situación de retiro, y por tanto, serle aplicable el ré-

gimen jurídico que a los civiles les asiste, (...), se ha transgredido su derecho constitucional a la jurisdicción predeterminada por la ley enunciado en el artículo 139 inciso 3) de la Constitución Política del Estado y en el artículo 8.1. de la Convención Americana de San José de Costa Rica¹⁰».

También se ha tutelado el debido proceso al exigirse un adecuado emplazamiento judicial. Así por ejemplo, en la sentencia de amparo (Exp. N° 385-99), la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público, con fecha 12 de agosto de 1999 consideró:

«DÉCIMO.—Que, en consecuencia se evidencia palmariamente razonabilidad en el planteamiento de la presente acción de garantía, toda vez que se ha producido indefensión de la empresa demandante, ocasionada por la falta de previsión por parte del emplazado, al habersele impedido tomar conocimiento del proceso iniciado en su contra; tanto más, si se advierte de fojas treintisiete, que doña María del Rosario Avila de Arellano, en su calidad de titular de la propiedad consignada en la cambial, manifiesta que la empresa recurrente no ha sido, ni es inquilino de dicho inmueble siendo desconocido en el lugar procediendo a devolver las cédulas de notificaciones, para efectos de que se tomen los correctivos correspondientes, situación que no ha tenido en cuenta el Juzgador para resolver lo conveniente, no obstante las facultades y deberes que le señala en Código Procesal Civil, en sus artículos cincuenta y cincuentiuno, concluyéndose que el proceso ha sido tramitado de manera irregular que ha conllevado a la afectación de los derechos invocados por la demandante»¹¹.

En el ámbito administrativo, la vigencia del debido proceso ha sido reconocida en diversas sentencias tanto del Poder Judicial como del Tribunal Constitucional. En este sentido el Tribunal Constitucional (Expediente N° 091-98-AA/TC) con fecha 8 de julio de 1999 sostuvo:

«7. Que, en consecuencia, este Tribunal estima que al no haberse respetado el derecho constitucional al debido proceso administrativo, y por el hecho de que el cuestionado cese por causal de excedencia fue el resultado de no haberse evaluado al demandante conforme a criterios objetivos, procede declarar fundada la demanda»¹².

¹⁰ *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 30 de septiembre de 1998, pp. 1262-1263.

¹¹ *El Peruano*, «Jurisprudencia», Lima, 26 de octubre de 1999, pp. 3347-3348.

¹² *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 7 de diciembre de 1999, p. 2423.

Si bien en los casos citados se aprecia un interesante avance de los alcances del debido proceso, éste no cuenta con los niveles de desarrollo que tiene en otros países como Colombia o Costa Rica —por sólo citar dos ejemplos— cuya jurisprudencia no sólo es abundante sino de mayor riqueza analítica y creatividad.

D) Hábeas corpus y justicia militar

Uno de los principales problemas del hábeas corpus ha sido determinar su procedencia frente a las decisiones de los tribunales militares. En puntuales ocasiones la anterior conformación de la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró fundadas las demandas interpuestas. Sin embargo, el Consejo Supremo de Justicia Militar se negó a acatarlas sosteniendo que el hábeas corpus no procedía contra decisiones de la justicia militar. Esta negativa hizo que se acuda a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya sentencia de fecha 29 de setiembre de 1999, recaída en el caso del señor Gustavo Cesti condenó al estado peruano por no acatar una sentencia firme de hábeas corpus y dispuso la libertad de la persona indebidamente detenida por la justicia militar.

Sin perjuicio de ello, en los últimos años se han dictado dos interesantes sentencias del Tribunal Constitucional que ratifican la procedencia del hábeas corpus frente a las resoluciones de la justicia militar que afectan la libertad individual y el debido proceso.

En efecto, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta a favor de un miembro de la Policía Nacional (Exp. 109-98-HC/TC)¹³, disponiendo su inmediata libertad y la nulidad de la sentencia condenatoria dictada por la Primera Sala de la Segunda Zona Judicial de la Policía Nacional del Perú. El Tribunal Constitucional consideró que los tribunales militares no podían condenar a una persona si previamente el Poder Judicial lo había juzgado y absuelto por los mismos hechos. En este caso, consideró que se había vulnerado en forma manifiesta el debido proceso.

Un criterio similar se reiteró en el expediente N° 585-96-HC/TC, en el cual el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta a favor de un teniente de infantería en situación de retiro. La sentencia ordenó la suspensión del proceso que se le seguía ante el Segundo Juzgado Permanente de la Zona Militar de Lima. En tal ocasión, se sostuvo que se encuentran:

¹³ *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 29 de setiembre de 1998, pp. 1251-1252.

«excluidos de la posibilidad de cometer delitos de función, los militares en situación de retiro, pues éstos, al recobrar el ejercicio pleno de sus derechos civiles, (...), ya no pertenecen a los institutos armados, siéndoles aplicable, por tanto, el régimen jurídico constitucional que rige para el caso de los civiles»¹⁴.

De esta manera, el Tribunal Constitucional consideró que los oficiales en situación de retiro no están sujetos a la justicia militar y, por tanto, cuando un tribunal de esta naturaleza asume indebidamente competencia para procesarlos, afecta el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, que forma parte del debido proceso.

En definitiva, si bien es indispensable reconocer las atribuciones que corresponden a los órganos del Estado, ello no los exime del control a través del hábeas corpus y de la necesaria vigencia de la libertad individual. Así lo establece la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ratifica su procedencia frente a decisiones de la justicia militar.

E) Igualdad y no discriminación

El artículo 2º inciso 2) de la Constitución reconoce el derecho a la igualdad; sin embargo, en la vida cotidiana existen varias situaciones en las cuales tal derecho ha sido vulnerado. Pese a ello, han sido pocos los casos que han llegado a los tribunales en vía de amparo.

Un caso de particular relevancia que evidencia lo poco efectivo que resultó acudir a dicho proceso constitucional, fue la demanda de amparo presentada contra el Instituto Nacional de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) por las empresas American Disco S.A. y Merchant Investment Corporation S.A., propietarias de las discotecas «*The Edge*» y «*The Piano*», respectivamente. En tal ocasión, los demandantes cuestionaron las publicaciones, inspecciones y actos administrativos efectuados por INDECOPI que trataban de evitar que las referidas discotecas discriminen por razones de raza o condición socioeconómica, restringiendo de manera arbitraria el ingreso a establecimientos abiertos al público. Ante esta situación, la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima con fecha 2 de octubre de 1998 (Exp. N° 1720-98) declaró fundada la demanda de amparo priorizando el libre ejercicio del derecho de contratación que permite determinar las personas con quie-

¹⁴ *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 30 de septiembre de 1998, pp. 1262-1263.

nes se desea prestar el servicio de discoteca frente al derecho a la igualdad y no discriminación. Los argumentos centrales de esta cuestionable resolución judicial fueron:

«SEXTO.—Que, la Constitución tanto en su artículo segundo inciso catorce, como en el artículo sesentidós, garantizan la absoluta libertad de los ciudadanos y de las personas jurídicas para pactar válidamente sus voluntades y términos contractuales sin que éstos puedan ser modificados, observados o regulados, por leyes, autoridades administrativas, excepto cuando contravengan leyes de orden público que expresamente determinen dicha limitación; SÉPTIMO.—Que, la libertad contractual determinada en nuestro sistema jurídico, tanto en la Constitución, como en el desarrollo legal de este derecho, no imponen a las partes el deber u obligación de revelar los motivos por los cuales contratan o dejan de contratar; OCTAVO.—Que, igualmente, el principio económico que rige la Constitución de mil novecientos noventitrés en sus Artículos 58, 59, 60, 61 y 63, es por la existencia de la libertad empresarial, de tal manera que el Estado no puede inmiscuirse en las actividades de empresa, comercio e industria, ni establecer la forma en que se debe administrar una inversión; NOVENO.—Que, admitir un criterio diferente, pondría en grave riesgo la estabilidad tanto para la inversión nacional como para la extranjera, que contraría el principio de la economía social de mercado que informan los principios constitucionales; (...) DÉCIMOPRIMERO.—Que, la discriminación, entendida como la ejecución de una política de segregación o separación de un grupo social identificable dentro de la comunidad, con la finalidad de marginarlo, recortarle y desconocerle sus derechos igualitarios, requiere que el agresor y su política discriminatoria sean identificados en forma indubitable, y que ésta, afecte efectivamente sin excepción a todos los integrantes de un sector social materialmente agraviado; DÉCIMOSEGUNDO.—Que, la existencia de una política de discriminación no puede comprobarse mediante la simple constatación en la vía administrativa, sobre hechos relacionados a consumidores individuales, que no representan necesariamente la integridad de un grupo social determinado, más aún si este fenómeno social está relacionado a un derecho fundamental de la persona, que no le corresponde conocer al aparato administrador (...); DÉCIMOTERCERO.—Que, de lo actuado, resulta que la amenaza por la cual se solicita el amparo respectivo contra el INDECOPI deviene de la política anunciada por dicho ente, y manifestada en los procedimientos administrativos que se han abierto, para obligar a la demandante “American Disco Sociedad Anónima” que determine por qué razones no desea contratar para prestar sus servicios a algunos solicitantes de ellos, lo cual ingresa dentro del

ámbito de lo que es la libertad de contratar, derecho constitucional que no está sujeto a control por un ente administrativo (...)»¹⁵.

De esta manera, el más importante caso en materia de igualdad de los últimos años acogió una interpretación que subordinó el principio de igualdad a la libertad de contratación. Esta sentencia, además, desconoció lo dispuesto por la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial cuyo artículo 5º inciso f) reconoce «*el derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes y cafés, espectáculos y parques*».

F) Alcances y restricciones al proceso de amparo

El ordenamiento jurídico peruano no ha recogido la tesis de las vías paralelas desarrollada en el derecho argentino, según la cual si existe una vía judicial idónea distinta al proceso de amparo debe acudir a ella. Por el contrario, en el Perú se ha sostenido que el demandante puede optar entre utilizar la vía judicial ordinaria o la vía especial del amparo, tal como lo dispone el artículo 6º inciso 2) de la Ley N° 23506.

No obstante ello, la jurisprudencia ha establecido que el proceso de amparo no puede ser utilizado cuando la intensidad probatoria que se requiere para acreditar la afectación de derechos fundamentales excede de los marcos de dicho proceso, el cual carece de etapa probatoria. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 324-99-AA/TC) de 9 de julio de 1999 consideró:

«2. Que, en reiterados y uniformes pronunciamientos, este Tribunal ha establecido que el proceso de amparo en nuestro ordenamiento jurídico no es un proceso subsidiario al que se pueda acudir cuando no existan vías judiciales idóneas para dilucidar la controversia en torno a probables agresiones a derechos de categoría constitucional, sino que es un proceso alternativo, en el que la protección de los derechos constitucionales queda librada a la opción que pueda tomar el justiciable, con el único límite de que en el presente proceso constitucional, en el que no existe etapa probatoria, la posibilidad de la tutela de los atributos subjetivos queda condicionada a que el acto lesivo sea de tal naturaleza que cree conciencia en el Juez Constitucional respecto de la necesidad de poner fin a la agresión sufrida por el demandante»¹⁶.

¹⁵ *El Peruano*, «Jurisprudencia», Lima, 27 de diciembre de 1998, pp. 3145-3146.

¹⁶ *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 25 de octubre de 1999, pp. 2308-2309.

De otro lado, también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha precisado que el amparo no procede si, tratándose de una pretensión de reposición en el empleo, el afectado optó por cobrar sus beneficios sociales. Así, en la sentencia de fecha 14 de julio de 1999 (Exp. N° 059-99-AA/TC) resuelta por el Tribunal Constitucional se sostuvo:

«1. Que, conforme aparece de la demanda, con fecha once de diciembre de mil novecientos noventa y siete, la demandante efectuó el cobro de sus beneficios sociales e indemnización correspondiente, lo cual hizo efectivo a través de un cheque del Banco de la Nación por la suma de veinticinco mil setecientos nueve nuevos soles con cuatro céntimos (S/.25,709.04), según es de verse de fojas seis de autos, lo que acredita que quedó extinguida la relación laboral entre los justiciables, conforme lo ha establecido este Tribunal a través de uniforme y reiterada jurisprudencia»¹⁷.

A nuestro juicio, este argumento carece de sustento legal, pues no ha sido previsto dentro de las causales de improcedencia del artículo 6° de la Ley N° 23506 y además porque no guarda coherencia con el principio de legalidad, reconocido en el artículo 2°, inciso 24), literal a) de la Constitución, según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Otro criterio cuestionable ha sido acogido por el Tribunal Constitucional al interpretar el inicio del plazo para interponer la demanda de amparo y su vinculación con el silencio administrativo. El Tribunal, en reiterada jurisprudencia (por ejemplo, en el Exp. N° 973-98-AA/TC), ha entendido que el amparo es improcedente en estos casos:

«2. Que, contra las mencionadas resoluciones, el demandante interpuso recurso de apelación con fecha quince de enero de mil novecientos noventa y ocho, el mismo que no fue resuelto por la Municipalidad demandada dentro del plazo de treinta días útiles estipulado en el artículo 99 del texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por el Decreto Supremo N° 002-94-JUS, por lo que el día veintiséis de febrero del mismo año operó el silencio administrativo negativo, fecha a partir de la cual debe computarse el plazo de caducidad previsto en el artículo 37 de la Ley N° 23506 de Hábeas Corpus y Amparo, el mismo que venció el veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y ocho; en tal virtud, habiéndose presentado la demanda el día treinta de julio de mil novecientos noventa y ocho, la acción de amparo no se encontraba habilitada¹⁸».

¹⁷ *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 22 de octubre de 1999, pp. 2288.

¹⁸ *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 14 de agosto de 1999, p. 2032.

De esta manera, se desvirtúa el sentido del silencio administrativo, que de ser una opción del ciudadano se ha convertido por la interpretación del Tribunal Constitucional en una prerrogativa de la administración a cuyo vencimiento el administrado debe obligatoriamente acogerse para poder interponer el amparo.

G) Amparo contra normas legales autoaplicativas

De acuerdo al art. 200, inciso 2) de la Constitución el amparo no procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular. Ello no impide que al armonizar dicho inciso con el que reconoce el control difuso (artículo 138), pueda sostenerse que si bien no procede el amparo contra normas legales, sí cabe frente a los actos de aplicación de tales normas en la medida que sean inconstitucionales.

Desde un plano conceptual, reconocemos que no resulta conveniente impedir el empleo del amparo frente a normas legales. En efecto, existen claros supuestos de normas legales de ejecución inmediata —conocidas en doctrina como «*normas autoaplicativas*»—, que no requieren de ningún acto que las aplique o reglamente, pues desde su vigencia lesionan derechos fundamentales; así por ejemplo una ley que cesa a partir de su vigencia a las autoridades elegidas de una Universidad o que deja sin efecto un contrato privado. En estos casos, creemos, debió ser posible utilizar directamente el amparo, tal como por ejemplo sucede en Alemania y México.

No obstante el expreso impedimento constitucional, la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público (Exp. N°958-99) en su sentencia de fecha 31 de agosto de 1999 lo ha admitido contra normas legales autoaplicativas al sostener:

«TERCERO.—Que, si bien el artículo 200 de nuestra Constitución Política dispone que no proceden acciones de amparo contra normas legales, contrariamente, sí proceden contra normas que resulten incompatibles con la Carta Magna; supuesto que se da para el caso concreto por el carácter autoaplicativo que revisten los artículos 48, 50, 51 y 53 del Decreto Legislativo N° 776, modificado por la Ley N° 26812, desde su fecha de entrada en vigencia, más aún cuando se ha configurado en los hechos la afectación referida; al aplicarse el inciso c) del artículo 50 y artículo 51 del Decreto Legislativo N° 776 en las Resoluciones de Determinación N° 16-02-071566, N° 16-02-035518, N° 16-02-035654; así como la Resolución de Ejecución Coactiva N° 17-10-004927, expedidas por el Servicio de Administración Tributaria en el cual se exige el pago

del impuesto a los juegos a la recurrente Hotel La Paz S.A.; vulnerando con ello, los principios de no confiscatoriedad e Igualdad consagrados por nuestra Carta Política, (...), violación que también alcanza a las disposiciones de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo N° 757»¹⁹.

En virtud de dicha resolución la Sala declaró fundada la demanda de amparo y, en consecuencia, inaplicables los artículos 48 al 53 del Decreto Legislativo N° 776, modificado por la Ley N° 26812, a partir del mes de junio de 1997. De esta manera, se desvirtúa lo previsto por la Constitución y, más aún, se corre el riesgo de expandir este control pues no se fijan los presupuestos básicos que la doctrina ha desarrollado en estos casos.

Una interpretación distinta mantiene el Tribunal Constitucional, pues en la sentencia de amparo (Exp. N° 417-98-AA/TC) de 21 de enero de 1999 consideró:

«2. Que, en los procesos de amparo, la facultad del Poder Judicial y de este Tribunal, de no aplicar una norma por ser incompatible con la Constitución, no puede realizarse en forma abstracta sino como resultado de la existencia de hechos concretos; y, en el caso de autos, ello no se ha producido, por no haberse identificado ningún acto contra el que se dirija la demanda y que, supuestamente, amenaza con violar los derechos constitucionales de las empresas demandantes»²⁰.

En este caso, pueden apreciarse los distintos criterios adoptados tanto por la Sala de Derecho Público del Poder Judicial como por el Tribunal Constitucional respecto a la procedencia del amparo contra normas.

H) El desarrollo del hábeas data

En el Perú el hábeas data ha sido utilizado prioritariamente para garantizar el derecho de acceso a la información frente a entidades públicas, reconocido por el artículo 2° inciso 5) de la Constitución. Dicha norma aún no ha sido desarrollada legalmente, aunque existe en el Congreso de la República un proyecto de ley sobre la materia.

Un primer caso que vale la pena citar es el Exp. N° 1711-98, pues en tal ocasión la Sala Corporativa Transitoria Especializada de Derecho Público con fecha 11 de diciembre de 1998 declaró fundada la demanda

¹⁹ *El Peruano*, «Jurisprudencia», Lima, 26 de octubre de 1999, p. 3341.

²⁰ *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 7 de agosto de 1999, pp. 1999-2000.

contra la Municipalidad de Lima Metropolitana disponiendo se le entregue copia certificada de los planos solicitados. La Sala sostuvo:

«... Que en el caso sub materia, efectivamente, se acredita en autos que la Corporación demandada infringe la garantía contemplada en el primer inciso explicitado y que se contrae al derecho que tiene el actor a solicitar, sin expresión de causa la información que requiere (en el caso los planos que complementan la Resolución número 148-97.MLM-DMDU que con anterioridad le ha sido expedida) y a recibirlas de la entidad pública, en el plazo legal con el costo que supone el pedido; máxime si se considera que la pretensión requerida no afecta intimidad personal alguna no se halla impedida legalmente por razones de Seguridad Nacional²¹».

Asimismo, en el Exp. N° 1104-98 la Sala Corporativa Transitoria Especializada de Derecho Público con fecha veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y ocho declaró fundada la demanda contra el Decano de la facultad de Ciencias Naturales y Matemáticas de la Universidad Federico Villareal disponiendo que se entregue al actor la información y documentos puntualizados en el petitorio de la demanda. La Sala consideró:

«... como de los anexos que la acompañan, se evidencia que la autoridad emplazada no ha cumplido con comunicar al actor los cargos que sustentan el proceso disciplinario, pese a que, para los descargos respectivos se le concedió el plazo de diez días, denotándose además la renuencia a hacerlo pese a haber sido cursada, notarialmente la carta de fojas cinco; en consecuencia, se dan las circunstancias fácticas para el amparo de la pretensión de la demanda;²²...»

Por su parte, en el Exp. N° 333-99, la Sala Corporativa Transitoria Especializada de Derecho Público, con fecha quince de junio de mil novecientos noventa y nueve declaró fundada la demanda de hábeas data presentada contra el rector y la Presidencia de la Comisión Reorganizadora de la Universidad Federico Villareal disponiendo que se proporcione la información solicitada. La Sala sostuvo que:

«... la entidad emplazada es renuente a otorgar la información referida al proceso de evaluación del accionante, que como docente se efectuó, por el segundo semestre lectivo de mil novecientos noventa y cinco; por tanto, se verifica la afectación de la garantía de

²¹ *El Peruano*, «Jurisprudencia», Lima, 5 de enero de 1999.

²² *El Peruano*, «Jurisprudencia», Lima, 5 de febrero de 1999.

rango constitucional, prevista en el numeral quinto del artículo 2° de la Constitución del Estado,²³...».

Finalmente, el Tribunal Constitucional (Exp. N° 1071-98-HD/TC) con fecha 2 de junio de 1999 entendió que:

«5. Que, en ese sentido, y como quiera que la entidad demandada no ha expresado razones objetivas y razonables para no proporcionar información requerida, como consecuencia de que con ello se vaya a afectar el derecho a la intimidad, personal o familiar de terceros, ni una ley o razones de seguridad nacional impiden, en principio, que se proporcione la información que el demandante ha solicitado, este Tribunal Constitucional considera que se ha acreditado la violación, por omisión, del derecho constitucional reconocido en el inciso 5) del Artículo 2° de la Constitución Política del Estado, consistente en no brindar información relativa a la estructura remunerativa de los niveles, montos, número de los funcionarios y empleados de Enace actualmente en vigencia, la inmediatamente anterior a ella, y la que fuera aprobada por Acuerdo de Directorio de fecha tres de mayo de mil novecientos noventa y cuatro; así como la relativa al señalamiento expreso de la estructura remunerativa que le corresponde al demandante en su calidad de ex servidor de la entidad demandada»²⁴.

En síntesis, puede afirmarse que existe cierta tendencia jurisprudencial que reconoce una especial amplitud al derecho de acceso a la información tutelado a través del proceso de hábeas data. Este derecho permite obtener información elaborada por empresas privadas (estudios de impacto ambiental) que obran poder de una entidad pública, legajos personales, estructuras remunerativas, planos que complementan una resolución administrativa, información (cargos) sobre un procedimiento administrativo, e incluso sobre las evaluaciones de personal.

I) La acción de cumplimiento

La acción de cumplimiento sólo procede contra las autoridades y funcionarios renuentes y no contra particulares. Así lo entendió el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 23 de junio de 1999 (Exp. N° 190-98-AC/TC) cuando sostuvo que:

²³ *El Peruano*, «Jurisprudencia», Lima, 25 de julio de 1999, p. 3274.

²⁴ *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 17 de agosto de 1999, pp. 2082-2083.

«1. (...) En el presente caso, la demandada es una sociedad anónima privada, consecuentemente sus directivos no tienen la condición de autoridades o funcionarios públicos, por lo que, mediante la presente acción de garantía, no se puede exigir el cumplimiento de una norma legal o un acto administrativo²⁵».

Un criterio establecido por la jurisprudencia es que el incumplimiento del acto debido ha de ser actual y estar acreditado, pues si se trata de un hecho controvertido no procede la acción de cumplimiento. Así lo sostuvo el Tribunal Constitucional en la sentencia de 11 de agosto de 1999 (Exp. N° 749-98-AC/TC) cuando consideró:

«3. Que, teniéndose en cuenta la pretensión de los demandantes, consistente en el reclamo de pago de una suma de dinero por supuesta aplicación incorrecta por parte de la institución demandada del monto correspondiente por concepto de incremento adicional de remuneraciones, (...); y tratándose la presente acción de garantía sobre hechos controvertibles, que se trata de discernir sobre la procedencia o no de pagos por derechos que podrían incrementarse en las pensiones, que en forma mensual vienen percibiendo los demandantes; y teniéndose en cuenta que el acto debido debe ser actual y debidamente acreditado, no configurándose dicho supuesto en el caso de autos; debe concluirse que el presente proceso constitucional, (...), al carecer de estación probatoria, no resulta idóneo para dilucidar dicha pretensión, toda vez que para ello resulta imprescindible la actuación de medios probatorios²⁶».

El citado criterio fue ratificado en la sentencia de fecha 25 de junio de 1999 (Exp. N° 927-98-AC/TC) dictada por el mismo Tribunal Constitucional:

«5. Que la mencionada Resolución N° 416-87-ENACE-81000AD fue declarada nula mediante la Resolución N° 053-93-ENACE-PRES-GG, (...), la misma que no fue impugnada por el demandante, razón por la que la acción de cumplimiento no es la vía pertinente para restablecer el derecho pensionario invocado, puesto que el acto debido debe ser actual y debidamente acreditado²⁷».

²⁵ *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 5 de noviembre de 1999, p. 2361.

²⁶ *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 11 de noviembre de 1999, pp. 2396-2397.

²⁷ *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 11 de noviembre de 1999, pp. 2397-2398.

La misma tendencia fue expuesta en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de marzo de 1999 (Exp. N° 609-98-AC/TC); en ella consideró que:

«3. (...) el mandato legal o administrativo cuya renuencia se persigue controlar a través de este proceso, además de ser de obligatorio cumplimiento, debe ser concreto, evidente e inequívoco en cuanto al tipo de obligaciones que impone²⁸».

Además, el Tribunal Constitucional ha establecido que no puede disponerse el cumplimiento de sentencias judiciales a través de dicho proceso. Así, el 24 de junio de 1999 (Exp. N° 1156-98-AC/TC) sostuvo:

«3. Que, en reiterada y uniforme jurisprudencia, este Tribunal ha establecido que la acción de cumplimiento, en nuestro ordenamiento jurídico, es un proceso constitucional que debido a su naturaleza jurídica no resulta idóneo para pretender la ejecución de lo resuelto en una sentencia judicial, sino que el cumplimiento de la misma debe exigirse dentro del mismo proceso y en la forma prevista por la ley²⁹».

Esta precisión jurisprudencial resultaba necesaria, pues en diversas ocasiones se han iniciado este tipo de procesos para el cumplimiento de sentencias cuando en rigor ello no correspondía.

J) El conflicto de competencias

El único caso que se presentó durante el presente período fue el conflicto de competencias interpuesto por el Alcalde de la Municipalidad Distrital de Villa María del Triunfo contra la Municipalidad Metropolitana de Lima y la Municipalidad Distrital Santísimo Salvador de Pachacámac. El problema consistía en delimitar la demarcación territorial de los distritos de Villa María del Triunfo y Santísimo Salvador de Pachacámac que motivaba diversos conflictos, así como evaluar la competencia de la Municipalidad de Lima para fijar dichos límites. Ante esta situación, con fecha 22 de julio de 1999, el Tribunal Constitucional (Exp. N° 001-99-CC/TC) resolvió lo siguiente:

²⁸ *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 7 de agosto de 1999, pp. 1980-1981.

²⁹ *El Peruano*, «Garantías Constitucionales», Lima, 28 de septiembre de 1999, pp. 2225-2226.

«4. Que, (...) las municipalidades provinciales y distritales carecen de competencia para aprobar o modificar la demarcación territorial.

5. Que de autos se desprende que la Municipalidad Distrital Santísimo Salvador de Pachacámac, ante la imprecisión de sus límites distritales, solicitó a la Municipalidad Metropolitana de Lima un pronunciamiento sobre el particular (...).

6. Que la Municipalidad Metropolitana de Lima expidió el Acuerdo de Consejo N° 160-93. (...) En la parte resolutive de dicho Acuerdo de Concejo se señala textualmente “Aprobar la demarcación territorial del Distrito de Pachacámac, de acuerdo a los informes de las Comisiones de Desarrollo urbano y de Asuntos Legales antes mencionados”. El texto no deja lugar a dudas o interpretaciones, la Municipalidad Metropolitana de Lima invadió atribuciones del Congreso. Por tanto, el referido Acuerdo N° 160-93 está viciado de incompetencia, manteniéndose dicho vicio aun con la expedición del Acuerdo del Concejo N° 144-98 por cuanto éste último no lo ha derogado ni modificado (...)»³⁰.

Cabe anotar que en su defensa la Municipalidad de Lima sostuvo que los acuerdos cuestionados eran sólo una «*propuesta*» para ser remitida al Poder Ejecutivo y, por tanto, no se había invadido competencia alguna.

El Tribunal Constitucional resolvió el conflicto señalando que de conformidad con el artículo 102 inciso 7) de la Constitución corresponde al Poder Ejecutivo proponer la demarcación territorial y al Congreso aprobarla y que por tanto las municipalidades carecen de competencia en tales materias. En consecuencia, dispuso la nulidad de los Acuerdos de Concejo N° 160-93 y N° 144-98 y que la Municipalidad Distrital Santísimo Salvador de Pachacámac se abstenga de ejercer competencias en base a tales acuerdos y se respete la demarcación territorial de la Municipalidad Distrital de Villa María del Triunfo establecida en las Leyes N° 13796 y N° 15230.

K) El control difuso

Durante el período bajo análisis el caso de mayor trascendencia no se presentó ni en el Poder Judicial ni en el Tribunal Constitucional. Fue el Jurado Nacional de Elecciones —que de acuerdo al artículo 178 inciso 4) de la Constitución «*administra justicia en materia electoral*»— quien tuvo la posibilidad de evaluar la compatibilidad con la Constitu-

³⁰ *El Peruano*; «Garantías Constitucionales», Lima, 9 de septiembre de 1999, pp. 2159-2160.

ción de la Ley de interpretación auténtica (Ley N° 26657) que autorizaba una tercera postulación —o una segunda reelección— del actual Presidente de la República. Sin embargo, no lo hizo.

En efecto, la Resolución N° 2191-99-JNE, dictada el 31 de diciembre de 1999³¹, permitió nuevamente al Presidente ser candidato. Dicha resolución declaró por unanimidad improcedentes las tachas interpuestas. Asimismo por mayoría, declaró improcedentes los recursos de nulidad deducidos contra la resolución que dispuso la inscripción de la fórmula de candidatos de la alianza electoral «Perú 2000», así como las solicitudes para que no se inscriba la candidatura del actual Presidente.

La citada resolución peca de exageradamente formalista y legalista, absteniéndose de ingresar al fondo del asunto y de analizar la viabilidad constitucional de una segunda reelección. En este caso, de especial trascendencia para la vida democrática del país, el Jurado Nacional Elecciones debió aplicar la Constitución y hacer uso del control difuso.

En efecto, el Jurado declaró improcedentes las tachas, pues «*en aplicación del principio de legalidad*» ellas deben fundarse en el incumplimiento de los requisitos expresamente señalados en los artículos 33 y 110 de la Constitución, que concuerdan con el artículo 110 de la Ley Orgánica de Elecciones. Dicho dispositivo señala que la tacha debe fundarse en la infracción de los artículos 106 (requisitos para ser Presidente), 107 (impedimentos para postular) y 108 de la citada ley (imposibilidad que el candidato presidencial integre la lista la Congreso). Como quiera que las tachas cuestionaban la segunda reelección —no permitida por el artículo 112 de la Constitución— y dicho supuesto no había sido previsto por la Ley electoral para permitir una tacha, el pedido —sostuvo el JNE— resultaba improcedente. Además, consideró que los pedidos de nulidad y las demás peticiones planteadas debían entenderse como tachas pues no eran recursos autónomos previstos por la Ley electoral y, al no haberse cancelado la tasa respectiva, se había incumplido un requisito de procedibilidad.

De esta manera, el Jurado no se pronunció sobre el contenido sustantivo de las tachas y los pedidos de nulidad, es decir, sobre la constitucionalidad de la nueva reelección, convalidando así la posibilidad que un periodo presidencial sujeto a reelección pueda durar quince años consecutivos, pese a que la Constitución sólo autoriza un máximo de diez. Con dicho razonamiento, se podría plantear el absurdo que una tercera o cuarta reelección no podría ser rechazada por el JNE pues en tales casos «*no procedería*» la tacha.

En este caso, el JNE pudo hacer uso de la facultad de controlar la constitucionalidad de las normas —control difuso— para resolver el pe-

³¹ *El Peruano*, «Normas Legales», Lima, 1 de enero del 2000, pp. 182354-182355.

dido planteado prefiriendo lo dispuesto por la Constitución sobre la Ley de interpretación auténtica³². Tal atribución se sustenta en el mandato contenido en el artículo 51 de la Constitución y en el artículo 138 de la Carta, el mismo que pese a estar ubicado en el capítulo referido al poder judicial contiene un precepto general que atañe a todo órgano jurisdiccional. Así lo interpretó con anterioridad el propio Jurado Nacional de Elecciones en la Resolución N° 630-96-JNE de fecha 30 de octubre de 1996 cuando en su parte considerativa sostuvo que «(...) según lo prescrito en el segundo párrafo del artículo 138 de la citada Carta Magna, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y otra legal, el órgano jurisdiccional prefiere la primera; en concordancia con lo dispuesto en el artículo 51 del mismo texto que establece que la Constitución prevalece sobre toda norma legal (...)».

3. REFLEXIONES FINALES: LOS DESAFIOS PARA EL FUTURO

- a) A lo largo de estas líneas hemos tratado de mostrar que el adecuado funcionamiento del modelo de jurisdicción constitucional y su contribución al fortalecimiento de la institucionalidad democrática y al respeto de los derechos humanos no sólo depende de su regulación constitucional. En efecto, corresponde a la jurisprudencia constitucional un rol de especial relevancia para ir avanzando y precisando los alcances de los derechos fundamentales y limitando los excesos del poder. La experiencia de otros países así lo viene demostrando.
- b) Un adecuado y eficaz control de los actos de los poderes públicos requiere contar con un órgano independiente e imparcial que proteja a las personas frente a los excesos del poder. Este cometido le corresponde tanto al Poder Judicial como al Tribunal Constitucional. Lamentablemente, la independencia e imparcialidad de ambas instituciones está severamente cuestionada debido a que el Poder Judicial se encuentra en su mayoría integrado por

³² El artículo 112 de la Constitución de 1993 señala que «El mandato presidencial es de cinco años. El Presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones». La Constitución de 1993 modificó a la de 1979, que establecía un período presidencial de cinco años y no permitía la reelección inmediata. La Carta vigente, fruto del golpe del 5 de abril de 1992, autorizó la posibilidad de la reelección inmediata «para un período adicional», con lo cual el período presidencial podía llegar a un máximo de diez años consecutivos, no siendo posible que una persona pueda postular a la Presidencia por tres veces consecutivas o más. Esta disposición constitucional no puede ser desvirtuada por ninguna ley que permita un período presidencial de hasta quince años continuos, así se denomine «ley de interpretación auténtica».

magistrados provisionales y porque el Tribunal Constitucional actúa incompleto —con cuatro de siete magistrados— como consecuencia de la arbitraria destitución de tres magistrados ocurrida hace casi tres años. Como se recordará, tal destitución se produjo luego que dichos magistrados declararon inaplicable por inconstitucional la denominada «*Ley de interpretación auténtica*» que permitía una segunda reelección del actual Presidente de la República.

- c) La presencia de intereses políticos en la jurisprudencia puede apreciarse en ciertos casos que han involucrado directa o indirectamente a sectores gubernamentales. Esto explica que la Corte Suprema de la República haya declarado fundadas dos demandas de amparo interpuestas contra los magistrados del Tribunal Constitucional que declararon inaplicable la «*Ley de interpretación auténtica*». También que el Tribunal Constitucional haya establecido que si a una persona se le quita la nacionalidad, lo cual conduciría a que pierda la dirección de un medio de comunicación —como en efecto sucedió—, debía antes de acudir al amparo agotar la vía administrativa. Otro ejemplo es aquel caso en el cual se impidió la continuación de una investigación del Ministerio Público a partir de sendas medidas cautelares dictadas por el Poder Judicial en un proceso de amparo.
- d) El empleo de criterios de interpretación adecuados por parte de los tribunales aún resulta bastante limitado. La primacía de interpretaciones literales, legalistas y de escaso desarrollo argumentativo sigue siendo una constante. Un claro ejemplo de esta situación ha sido la sentencia de amparo que dio prioridad a la libertad de contratación sobre el derecho a la igualdad permitiendo que discotecas abiertas al público puedan discriminar libremente y decidir arbitrariamente que personas ingresan y cuales no. A esto se une la falta de unidad de criterio entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.
- e) La jurisprudencia constitucional, pese a publicarse en el diario oficial y a ser obligatoria si de ella se desprenden principios de carácter general, aún es poco conocida. Salvo algunas importantes excepciones, no existen tendencias uniformes o construcciones jurisprudenciales, ni tampoco publicaciones oficiales o sistematizaciones que las agrupen en su totalidad.
- f) Sin perjuicio de lo antes indicado, existen algunos criterios fijados por la jurisprudencia que es importante resaltar. Por un lado, haber establecido la procedencia del hábeas corpus frente a las resoluciones de los tribunales militares cuando juzgan a personas sin tener competencia para ello, la precisión de los alcances

de la libertad individual y la prohibición de detenciones arbitrarias, así como los alcances del debido proceso en sede jurisdiccional y administrativa. Pese a ello, se han presentado situaciones en las cuales la realidad desconocía lo fijado por la jurisprudencia. Un claro ejemplo ocurrió con motivo del incumplimiento de una sentencia que declaró fundada una demanda de hábeas corpus contra el Consejo Supremo de Justicia Militar, la cual sólo se acató en virtud de una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Gustavo Cesti).

- g) En definitiva, el análisis de la jurisprudencia constitucional peruana de los dos últimos años nos deja la sensación de que, salvo excepciones, no ha logrado contribuir al fortalecimiento de la institucionalidad democrática en el país. De esta manera, los desafíos para el futuro pasan no sólo por tratar de lograr que ocupe un lugar preponderante en el sistema de fuentes del derecho, sino además que pueda servir como decisivo motor que aporte en la construcción de un Estado democrático en el Perú.