

## LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES (EL CASO PERUANO)

Edgar CARPIO MARCOS\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Constitución y proceso de inconstitucionalidad*. III. *La legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes*. IV. *La legitimación activa e interés institucional en el proceso de inconstitucionalidad*.

### I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es ofrecer un análisis y balance del ejercicio de la legitimación activa por la Defensoría del Pueblo en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, en estos 10 primeros años de justicia constitucional peruana bajo la Constitución de 1993.

A fin de contextualizar su tratamiento se ha creído conveniente realizar, con carácter previo, una reflexión telegráfica sobre el significado que tiene el proceso de inconstitucionalidad para la Constitución del Estado constitucional de derecho y, como parte de ello, si es posible encontrar un modelo constitucional del proceso de inconstitucionalidad, que abarque también lo relacionado con la legitimación activa.

Luego, a partir de criterios de clasificación aportados en la doctrina, se esboza un tratamiento sobre la legitimación con que cuentan otros órganos, instituciones y colectivos en este proceso, para finalizar con algunas

\* Profesor de Derecho constitucional en las Universidades San Martín de Porres, Lima y en la Academia de la Magistratura.

reflexiones sobre la vinculación material entre el ejercicio de la legitimación activa y la defensa de un interés funcional de quienes promueven el proceso de inconstitucionalidad de las leyes.

## II. CONSTITUCIÓN Y PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como es común en los ordenamientos donde se ha introducido un sistema de justicia constitucional como el kelseniano, también en el Perú el proceso de inconstitucionalidad de las leyes ha sido creado directamente por la ley fundamental de 1993. Éste, en efecto, se encuentra regulado por el inciso 4) de su artículo 200, el mismo que además de considerarlo como uno de los diversos procesos instituidos para su defensa, ha precisado también las normas que en su seno se podrían enjuiciar y los vicios (o motivos impugnatorios) por los cuales se puede declarar la invalidez de aquellas.

Este fenómeno, es decir, que sea la norma material la que cree y regule algunos detalles sobre los instrumentos procesales aptos para su defensa, es difícilmente observable en otras disciplinas procesales y, desde luego, no es en modo alguno casual o desprovisto de significado.

Si como decía Benjamín Constant, la elaboración de una Constitución representa un gesto de desconfianza hacia el poder,<sup>1</sup> la creación de procesos para su protección constituye un intento de asegurarse contra cualquier tentación de los poderes públicos para desvirtuar su efectividad como instrumento contra la arbitrariedad. De ahí que, “...Mediante el establecimiento *ope constitutione* de los procesos constitucionales, la Ley Fundamental [ponga] a buen recaudo de las mayorías coyunturales los instrumentos procesales creados para su defensa”,<sup>2</sup> no teniendo “...ni el legislador ni ningún otro poder constituido... la capacidad jurídica para disponer de ellos, en cuanto instrumentos procesales de conservación y actualización de la Ley Fundamental”.<sup>3</sup>

Y como a final de cuentas, de ello depende la misma “idea de Constitución”, no se exagera si se afirma con Joaquim Gomes Canotilho, que tras su

<sup>1</sup> Citado por Quintanilla Obregón, Lourdes, *Benjamín Constant: la fragilidad política*, México, Editorial Sexto Piso, 2003, p. 60.

<sup>2</sup> Tribunal Constitucional del Perú, STC 03179-2004-AA/TC, Fund. Jur. N° 8.

<sup>3</sup> Tribunal Constitucional del Perú, STC 03179-2004-AA/TC, Fund. Jur. N° 9.

recepción y regulación, reposa en última instancia la “garantía de la Constitución” misma, es decir, “la Constitución de la propia Constitución”.<sup>4</sup>

Ello explica que el Tribunal Constitucional peruano haya afirmado que el sistema de justicia constitucional (y, en particular, el representado con la creación del propio Tribunal y los procesos constitucionales instaurados para la custodia de la ley fundamental) formen parte del núcleo intangible de la Constitución y, en ese sentido, que constituya uno de los límites materiales (implícitos) del poder de reforma constitucional.<sup>5</sup>

Sin embargo, las relaciones entre Constitución y justicia constitucional no se agotan en vedar al poder de reforma constitucional cualquier intento de desarticular los mecanismos e instituciones de defensa jurisdiccional de la Constitución. El Tribunal Constitucional también ha destacado la necesidad de entender, en las disposiciones que regulan los procesos constitucionales, la existencia de un “modelo constitucional” de éstos, un modelo que tiene la virtualidad de sustraer a la discrecionalidad del legislador ordinario la variación de la “imagen constitucional” de aquellos. En palabras del Alto Tribunal, “...tampoco puede alterar[se] lo que bien podría denominarse el diseño constitucional de los procesos constitucionales, es decir, los rasgos esenciales con que la Ley Fundamental los ha creado y diseñado”.

Un modelo predicable sobre cada uno de los procesos constitucionales que puedan haberse creado por la ley fundamental. Y por lo que concierne al “modelo” del proceso de inconstitucionalidad de las leyes, éste ciertamente no se agota con los tópicos abordados en el artículo 200.4 de la ley fundamental; es decir, a su creación, a la regulación de las normas susceptibles de ser enjuiciadas así como los vicios por los cuales se puede declarar su invalidez. La Constitución de 1993 también regula la de-

<sup>4</sup> Gomes Canotilho, Joaquim, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2000, pp. 859 y 860.

<sup>5</sup> Cfr. Tribunal Constitucional del Perú, STC 00014-2002-AI/TC, Fund. Jur. N°. 62. Demás está decir que si los procesos constitucionales sólo fueran creados en virtud de una ley, su supresión no podría ser objetada al legislador. Así sucedió, por ejemplo, en España con la supresión del recurso previo de constitucionalidad de los proyectos de Estatutos de Autonomía y de leyes orgánicas, creada y derogada por el legislador español. Cfr. Castella, Josep y Ramón, Laura, “El conflicto en defensa de la autonomía local: la legitimación de los entes locales ante el Tribunal Constitucional español”, en varios autores, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Turín, Giappichelli, 2000, p. 480.

terminación del órgano competente para conocerlo —el Tribunal Constitucional, en instancia única (artículo 202.1)—; los sujetos legitimados activamente en el proceso de inconstitucionalidad (artículo 203); los efectos (también en el tiempo) de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley o una norma con rango de ley (artículo 204), además de haber fijado que su regulación (como la de todos los procesos constitucionales) se encuentra sujeto a una reserva de ley orgánica (artículo 200).

### III. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

Como ya se había mencionado, dentro del modelo constitucional del proceso de inconstitucionalidad de las leyes, la ley fundamental no ha obviado abordar el grupo de sujetos legitimados activamente para iniciar el proceso.<sup>6</sup> En efecto, su artículo 203, establece que

Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República.
2. El Fiscal de la Nación.
3. El Defensor del Pueblo.
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas.
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda el número de firmas anteriormente señalado.
6. Los presidentes de Región, con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.

<sup>6</sup> Para una comparación sobre las diferencias entre el tratamiento de la legitimación activa en las Constituciones de 1979 y 1993, Huerta Guerrero, Luis, “El proceso de inconstitucionalidad en el Perú: Reflexiones a partir del Código Procesal Constitucional y la experiencia reciente”, en Palomino Manchego, José (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Editorial Jurídica Grigley, 2005, t. 2, p. 853, quien destaca lo discutible de la opción de no otorgar esa legitimación activa a la Corte Suprema de Justicia de la República, pese a que los jueces pueden inaplicar leyes inconstitucionales. Igualmente, Abad Yupanqui, Samuel, *Derecho procesal constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 163.

### 7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha entendido que los sujetos legitimados activamente para promover el proceso de inconstitucionalidad comporta una sociedad, exclusiva y privilegiada, de custodios de la Constitución. Se trata, en efecto, de una relación *numerus clausus*,<sup>7</sup> puesto que los sujetos habilitados para iniciar dicho proceso no pueden ser otros que los que la propia Constitución ha determinado, sin que pueda tener el legislador alguna capacidad para ampliar dicha relación, en virtud de la reserva de Ley Orgánica prevista por su artículo 200, pero tampoco el Tribunal Constitucional por vía jurisprudencial.<sup>8</sup>

Así lo ha entendido el legislador, quien al regular el tema en el artículo 98 del Código Procesal Constitucional, se ha limitado a establecer una remisión normativa al precepto constitucional donde se establecen los sujetos legitimados, circunscribiéndose a precisar únicamente los requisitos de la presentación procesal (artículo 99 del Código Procesal Constitucional).

Por otro lado, como es común en el derecho comparado, también en el Perú se entiende que la concesión de dicha legitimación activa a ciertos órganos, o fragmentos de órganos, no constituye una legitimación para la defensa de algún derecho subjetivo, o por la existencia de un interés jurídico en obtener la tutela de ciertos derechos subjetivos. Se trata más bien, desde una perspectiva material, de una auténtica competencia constitucional que se ha otorgado a esa “sociedad privilegiada de custodios de la Constitución”. Una competencia cuyo ejercicio es de carácter discrecional, de modo que la oportunidad de solicitar al Tribunal Constitucional el enjuiciamiento de una norma legal les corresponde decidir libremente a éstos.

A la vista de la relación de órganos, fragmentos de órganos, instituciones de la sociedad civil y ciudadanos a los que el artículo 203 de la Constitución ha facultado para iniciar el proceso de inconstitucionalidad, bien puede decirse que la carta peruana ha optado por configurar un modelo

<sup>7</sup> Así lo tiene expresado el Tribunal Constitucional en la RTC 00020-2005-AI/TC, Fund. Jur. Núm. 5.

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, en la RTC 00022-2006-PI/TC, el Tribunal negó que un ciudadano pueda iniciar un proceso de inconstitucionalidad de las leyes contra una ordenanza municipal.

amplio de legitimación activa, en lo que lo normal es que tal legitimación sólo se reserve a determinados órganos estatales.<sup>9</sup>

Tal diversidad de sujetos con que lo cuentan ha impuesto a la doctrina la necesidad de reagruparlos a partir de determinadas variables. En ese sentido, siguiendo el esquema propuesto por Joaquín Brage,<sup>10</sup> se les ha reclasificado como sigue.<sup>11</sup>

### 1. *Legitimación territorial*

Los incisos 1 y 6 del artículo 203 de la Constitución facultan para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de un lado, al presidente de la República; y de otro, a los presidentes de la región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, así como a los alcaldes provinciales con acuerdo del Concejo Municipal en materias de su competencia (artículo 99 del Código Procesal Constitucional).

Como expresa Brage, la legitimación procesal otorgada a estos órganos persigue garantizar el reparto constitucional de competencias entre gobierno central, gobiernos regionales y gobiernos locales. Así se ha entendido la expresión “en materias de su competencia” que utiliza el artículo 203.6 de la Constitución. Se trata de una legitimación activa destinada a coadyuvar con la defensa del ámbito de competencias que la Constitución les haya encargado ejercer dentro de un espacio territorialmente delimitado. A diferencia de la legitimación con que cuenta el presidente de la República, que está destinada a velar por el interés general en la medida que con dicha legitima-

<sup>9</sup> Sobre el tema, Pegoraro, Lucio, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, Giappichelli, 1998, pp. 78-82. Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 93-98.

<sup>10</sup> Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000, pp. 101 y ss. Del mismo autor, “La acción peruana de inconstitucionalidad”, en Palomino Manchego, José (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Editorial Jurídica Grigley, 2005, t. 2, pp. 805 y ss.

<sup>11</sup> Véase, por ejemplo, Carpio Marcos, Edgar, “El proceso de inconstitucionalidad en el Código Procesal Constitucional”, en varios autores, *Introducción a los procesos constitucionales*, Lima, Jurista Editores, 2005, pp. 230 y ss. Igualmente, la propuesta del ex-presidente del Tribunal Constitucional, Alva Orlandini, Javier, “Titularidad de la acción de inconstitucionalidad”, en varios autores, *La Constitución comentada*, Lima, Gaceta Jurídica, 2005, t. 2, pp. 1123 y ss.

ción se le otorga de un arma de defensa de las competencias que de acuerdo con la Constitución pudiera corresponder al gobierno central.

Esta tendencia, por lo demás, se ha corroborado en las escasas veces en las que el presidente de la República ha interpuesto una demanda de inconstitucionalidad en estos 10 primeros años de funcionamiento del Tribunal Constitucional. En efecto, en toda esta primera década el más alto funcionario de la República sólo ha hecho ejercicio de esta competencia constitucional en cuatro oportunidades, y no precisamente para cuestionar leyes dictadas por el Poder Legislativo Nacional, sino contra ordenanzas regionales que tienen rango de ley, de acuerdo con el artículo 200.4 de la Constitución.<sup>12</sup>

Bastante más intenso ha sido, por su parte, el ejercicio de la legitimación activa por parte de los gobiernos locales, pues de un total de 221 demandas de inconstitucionalidad promovidas entre 1996 y octubre de 2006 (Ver más adelante cuadro 2), los alcaldes provinciales y distritales han hecho ejercicio de esta competencia constitucional en 28 ocasiones. En todas ellas, con el propósito de evitar que normativamente se altere el marco de competencias constitucionalmente establecido entre ellos y el gobierno central o la de éstos con los gobiernos regionales. Y con el mismo propósito, aunque con menor intensidad los gobiernos regionales, que han hecho ejercicio de esta competencia en nueve oportunidades.<sup>13</sup>

## *2. Legitimación de las minorías parlamentarias*

El artículo 203.4 de la Constitución también ha otorgado legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes a las minorías

<sup>12</sup> Se tratan de las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra la Ordenanza Regional núm. 027-2005, expedida por el Gobierno Regional de Huánuco; contra la Ordenanza Regional núm. 031-2005, expedida por el Gobierno Regional del Cusco (ambas resueltas por la STC 0020-2005-PI/TC, tras ser acumuladas); contra la Ordenanza Regional núm. 009-2005, expedida por el Gobierno Regional de Tacna (pendiente aun de resolverse); así como contra la Ordenanza Regional núm. 005-2005, expedida por el Gobierno Regional del Callao (pendiente aun de resolverse).

<sup>13</sup> Tal vez la explicación de este uso frecuente de la legitimación activa, se debe al hecho de que actualmente en el Perú existe un proceso de regionalización que no ha culminado.

parlamentarias, al establecer que el 25% del número legal de congresistas puedan interponer la demanda de inconstitucionalidad.

Tal competencia, sin embargo, no debe entenderse en el sentido de que se trata, sin más, de un medio de defensa de las minorías parlamentarias contra los eventuales abusos de las mayorías.

El otorgamiento de esta legitimación procesal está directamente conectada con la efectividad de la función institucional que ellas están llamadas a desempeñar en un Estado democrático de derecho: evitar que las mayorías coyunturales sometan a votación asuntos que, por su propia naturaleza, son ajenos a un procedimiento de decisión bajo las reglas del procedimiento democrático. Y es que si “La Constitución, como ha llamado la atención recientemente Gustavo Zagrebelsky,<sup>14</sup> es aquello sobre lo cual no se vota; o mejor, con referencia a las Constituciones democráticas, es aquello sobre el cual no se vota más, porque ha sido ya votado, de una vez por todas, al inicio”; entonces el otorgamiento de esta competencia a las minorías parlamentarias tiene la finalidad de encargarles la función institucional de coadyuvar con la defensa de los principios y reglas que no pueden disponerse ni siquiera con el consentimiento de las mayorías.

Además de la defensa objetiva de los derechos fundamentales, entendidos como triunfos sobre las mayorías, a las minorías parlamentarias también les corresponde la defensa de los principios vinculados con la configuración del Estado democrático de derecho, ya sea en el ámbito del control de un gobierno responsable, ya en el procedimiento de elaboración de las leyes. Les corresponde la función institucional de preservar el pluralismo y, por tanto, de dejar a salvo los intereses de las minorías no negociables bajo las reglas del principio democrático.<sup>15</sup> En la defensa de esos puntos de acuerdos mínimos sobre los cuales no pueden disponer las mayorías coyunturales, y cuya conservación y protección se le ha confiado, se asienta, pues, la razón de que cuenten con legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad.

<sup>14</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *Principi e voti. La Corte Costituzionale e la politica*, Turín, Giulio Einaudi, 2005, p. 22.

<sup>15</sup> Al respecto, Mezzetti, Luca, *Giustizia costituzionale e opposizione parlamentare. Modelli europei a confronto*, Rimini, Maggioli, 1992, pp. 62 y ss., donde se da cuenta los criterios utilizados por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en torno a la actividad procesal de las minorías parlamentarias.



Ciertamente tras este criterio de legitimación procesal no han faltado quienes hayan reparado que, en muchas ocasiones, ello puede servir para trasladar a la sede del Tribunal Constitucional asuntos que por su naturaleza deberían de resolverse en el seno del Congreso, generando la percepción indebida del Tribunal como una suerte de segunda cámara legislativa, donde se puede prolongar el debate entre mayorías y minorías parlamentarias.

El temor, como también es posible observar en cualquier otro ordenamiento,<sup>16</sup> no ha sido ajeno a la experiencia peruana. Efectivamente, han existido ocasiones en las cuales las minorías parlamentarias han pretendido prolongar el debate parlamentario en la Sala de Audiencias del Tribunal Constitucional, pero también se han presentado, paradójicamente, casos en los que dicha legitimación no la han utilizado las minorías sino las mayorías, y no precisamente con el objeto de cuestionar normas con rango de ley emanadas de otros órganos constitucionales con competencia normativa, sino para solicitar que se declare la inconstitucionalidad de normas elaboradas por el mismo Parlamento, y que ellos mismos pudieron haber derogado si es que existía voluntad política para ello. Así, por ejemplo, de las 21 oportunidades en que los congresistas han hecho ejercicio de esta legitimación procesal, en dos oportunidades al menos, la demanda contaba con la suscripción o adhesión de una mayoría parlamentaria suficiente como para que en sede del Congreso se derogara la ley por su evidente inconstitucionalidad (STC 0006-2003-AI/TC y STC 0019-2005-PI/TC).

Más allá de este dato, que no deja de evidenciar la informalidad de nuestra clase política, en la mayoría de las veces, sin embargo, el ejercicio de esta legitimación activa se ha utilizado para cuestionar los excesos de las mayorías parlamentarias. Particularmente, en la década de los noventa, en la que el modelo del sistema presidencialista hipertrofiado, aunado a un Parlamento de estructura unicameral, que no era sino la caja de resonancia del Ejecutivo, evidenció un desprecio por la opinión de las minorías y, dicho sea de paso, por el propio ordenamiento constitucional (*Cfr. infra*, cuadro 2).

<sup>16</sup> *Cfr.* Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 95.

### 3. *Legitimación gremial o profesional*

El inciso 7) del artículo 203 de la Constitución ha establecido una legitimación, por así decirlo, “profesional” o “gremial”, al conceder capacidad para interponer demandas de inconstitucionalidad a los colegios profesionales en los asuntos de su especialidad.

En los primeros nueve años de funcionamiento, el Tribunal efectuó una interpretación bastante amplia (*pro actione*) de la expresión “materias de su especialidad”, lo que motivó un uso frecuente de dicha legitimación por los colegios profesionales. Dicho criterio fue respetado en el Código Procesal Constitucional, al no precisar qué debía entenderse por “materias de su especialidad”, lo que tal vez no podría haberlo hecho con carácter general, habida cuenta de la diversidad de colegios profesionales existentes y la especialidad de cada uno de ellos.

Sin embargo, a principios del año 2005, luego de constatarse la interposición frecuente de demandas de inconstitucionalidad por dichos colegios profesionales,<sup>17</sup> el Tribunal decidió delimitar sus alcances. En la RTC 0005-2005-PI/TC, del 4 de marzo de 2005, el Tribunal recordaría que la legitimación activa de los colegios profesionales se debía a su condición de “instituciones autónomas con personalidad de derecho público” y que

La razón que justifica que la Constitución haya otorgado estas facultades a los colegios profesionales radica en que, debido a la particularidad, singularidad y especialidad de los conocimientos científicos y técnicos que caracterizan a las diferentes profesiones (Medicina, Abogacía, Ingeniería, Arquitectura, Contabilidad, Química-farmacéutica, Periodismo, Psicología y Biología, entre otras), estas instituciones se sitúan en una posición idónea para poder apreciar, por una parte, si una determinada ley o disposición con rango de ley —que regula una materia que se encuentra directamente relacionada con los conocimientos de una determinada profesión— vulnera disposiciones de la Norma Fundamental [Fund. Jur. N° 3].

<sup>17</sup> *Cfr.* al efecto, Huerta Guerrero, Luis y Beltrán Varillas, Cecilia, *Jurisprudencia, magistratura y procesos constitucionales en el Perú. Un balance sobre su desarrollo en el 2004*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2005, pp. 184 y 185.

No fue ajeno al Tribunal la situación particular en la que se encontraban los colegios de abogados como defensores de la legalidad y constitucionalidad, y cuyo activismo procesal precisamente había precipitado una reacción jurisprudencial en este sentido. Por ello, al recordar que dichos colegios profesionales se encontraban en un “supuesto especial”, el Tribunal descartaría que la expresión en “materias de su especialidad” pudiera entenderse como una facultad para

...interponer acciones de inconstitucionalidad contra “toda” ley o disposición con rango de ley. En efecto, si bien los Colegios de Abogados agremian a profesionales en Derecho, estos no tienen legitimidad para cuestionar todas las leyes o disposiciones con rango de ley que se encuentren vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, sino sólo aquellas que regulen una materia propia de esta profesión [RTC 0005-2005-PI/TC, Fund. Jur. N° 3, comillas agregadas].<sup>18</sup>

De esta forma, de una legitimación abstracta u objetiva a secas, como se entendió durante los primeros años de funcionamiento del Tribunal, ésta devino, por así decirlo, en un supuesto de legitimidad “gremial” o “profesional”, que no existe en algún otro país latinoamericano<sup>19</sup> y, en Europa, hasta donde sabemos, sólo se contempla en Polonia.<sup>20</sup>

#### *4. Legitimación para la tutela objetiva de los derechos fundamentales*

Por su parte, los incisos 2, 3 y 5 del artículo 203 de la Constitución otorgan legitimación activa al Fiscal de la Nación, al defensor del Pueblo y a 5,000 ciudadanos, respectivamente, para interponer la demanda de inconstitucionalidad contra una ley o norma con rango de ley.

Con independencia del interés institucional al que al final nos hemos de referir, parece claro que el propósito de haberse concedido de legitimación activa al Ministerio Público y al defensor del pueblo, (además de los 5,000 ciudadanos), es permitir que mediante el proceso de inconstitu-

<sup>18</sup> Criterio que ha reiterado luego, siendo una de las más recientes la RTC 0009-2006-PI/TC, del 3 de mayo de 2006.

<sup>19</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, “La legitimación activa en los procedimientos ante los tribunales constitucionales de América del Sur”, *Ius et Praxis*, Talca, núm. 2, año X, 2004, pp. 199 y ss.

<sup>20</sup> Cfr. Fernández Rodríguez, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el Siglo XXI*, cit., nota 16, p. 81.

cionalidad puedan protegerse también los derechos fundamentales. Ha de repararse, sin embargo, que esta legitimación en clave de tutela de los derechos fundamentales no está referida a una protección de los mismos en su dimensión subjetiva, de modo que pueda entenderse que la existencia de una lesión concreta, o la denuncia de particulares sobre tal lesión, constituya un presupuesto para su ejercicio.<sup>21</sup>

Se trata de una legitimación concedida para la defensa objetiva de los derechos fundamentales, que en relación al Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo, se encuentra muy vinculado a la necesidad de dotar de un instrumento procesal que asegure la efectividad de las “otras” competencias que la Constitución encomienda a dichos órganos; esto es, como una defensa abstracta de las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, en cuanto órganos que tienen como función velar por la legalidad y el respeto de los derechos de los ciudadanos por parte de todos los poderes públicos.

Por lo que se refiere a la legitimación activa concedida a los 5,000 ciudadanos que prevé el artículo 203.5 de la ley fundamental, habría que preguntarse si acaso detrás de tal facultad, la Constitución no ha pretendido confiar a minorías ciudadanas el cuidado de las reglas mínimas de la Constitución del pluralismo.

Hasta qué punto quepa plantear la existencia de un interés institucional de las minorías ciudadanas detrás de la concesión de esta legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad, no es una cuestión que quepa descartar del todo. Habría que interrogarse, en efecto, si es que tras la concesión de una legitimación “cuasi popular”, como la ha denominado Brage Camazano, no se esconde, al igual que con las minorías parlamentarias, también una tutela institucional de las minorías, solo que ésta vez de minorías no necesariamente representadas en el Congreso.

Sea como fuere, ciertamente no se trata de una legitimación popular restringida destinada a la protección de posiciones subjetivas garantizadas constitucionalmente, dada la naturaleza objetiva del proceso de inconstitucionalidad de las leyes. Al igual que en todos los casos anteriores, se trata, de una legitimación abstracta que tiene por finalidad la tutela de los derechos fundamentales en su dimensión objetiva.

<sup>21</sup> García Martínez, María Asunción, “El control de constitucionalidad en Perú”, *El control de constitucionalidad de las leyes. Recurso y cuestión de inconstitucionalidad*, Lima, Jurista Editores, 2005, p. 323.

#### IV. LA LEGITIMACIÓN PROCESAL DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

##### 1. *La Defensoría del Pueblo y la Constitución de 1993*

La Defensoría del Pueblo es una institución relativamente reciente. Como función adscrita al Ministerio Público, fue prevista en la Constitución de 1979, cuyo artículo 250 previó que le correspondía a dicho órgano: “Actuar como defensor del pueblo ante la administración pública” (inciso 4).

Sin embargo, dicha recepción de la *función* defensorial fue solamente formal, dada su virtual inoperancia, por lo que al expedirse la nueva Constitución en 1993, se optó por introducir a la *institución*, esta vez como un órgano constitucional autónomo e independiente de los demás poderes públicos y, entre ellos, del propio Ministerio Público.<sup>22</sup>

Según el artículo 162 de la norma fundamental, “corresponde a la Defensoría del pueblo defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad; supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía”.

De conformidad con la Constitución actualmente vigente, el defensor del pueblo es elegido por el Congreso de la República con el voto conforme de los 2/3 del número legal de congresistas, y por un periodo de cinco años.

Si bien la Defensoría del Pueblo fue creada con la Constitución que entró en vigencia el 31 de diciembre de 1993 y se reguló por la Ley 26520 Orgánica de la Defensoría del Pueblo, del 8 de agosto de 1995, en realidad sólo inició sus funciones el 11 de septiembre de 1996, de modo que acaba de cumplir 10 años de funcionamiento ininterrumpido.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Cfr. al respecto, García Toma, Víctor, *La Defensoría del Pueblo en el Perú*, Lima, Editorial Grigley, 2005, pp. 59 y ss.

<sup>23</sup> Si bien mediante Resolución Legislativa N°. 26584, del 1o. de abril de 1996, se nombró al primer defensor del Pueblo, y durante los primeros 6 meses siguientes recibirán algunas quejas, la atención al público sólo se inició el 11 de septiembre de 1996, como se ha dicho. Al respecto, Cfr. *Defensoría del Pueblo, Una institución al servicio de las personas*, Lima, 2002, pp. 29-31.

## *2. La legitimación procesal de la Defensoría del Pueblo en los procesos constitucionales*

Como antes se ha adelantado, el artículo 203.3 de la Constitución le concede a la Defensoría del Pueblo de la legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes. Sin embargo, no es el único proceso constitucional en el que cuenta con este tipo de legitimación procesal. De conformidad con el artículo 9.2 de su Ley Orgánica,

El Defensor del Pueblo está facultado, en el ejercicio de sus funciones, para:...

2. Ejercitar ante el Tribunal Constitucional la acción de inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley a que se refiere el inciso 4) del Artículo 200 de la Constitución Política, asimismo, para interponer la Acción de Hábeas Corpus, Acción de Amparo, Acción de Hábeas Data, la de Acción Popular y la Acción de Cumplimiento, en tutela de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

Dicha legitimación procesal se ha mantenido en el Código Procesal Constitucional, vigente desde el 1o. de diciembre de 2004. Ahí virtualmente se alude a los mismos procesos a los que se hace referencia en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. Sin embargo, aun cuando de una primera lectura de todas estas disposiciones —constitucionales y legales— pareciera desprenderse que el único proceso constitucional en el cual no se le ha brindado de legitimación activa es el proceso competencial, tal impresión debe descartarse inmediatamente.

Aunque pueda ser muy difícil que otro órgano pueda invadir en el elenco de competencias que le son propias, una hipótesis de esa naturaleza, si es que se presentara, no debería impedir considerar a la Defensoría del Pueblo como legitimada activamente para iniciar el proceso competencial, en la medida que de conformidad con el artículo 109 del Código Procesal Constitucional se ha otorgado legitimación activa en este proceso a todos los órganos constitucionales; teniendo esta última condición la Defensoría del Pueblo.

En estos 10 años de funcionamiento, la Defensoría del Pueblo ha hecho un uso importante e interesante de su legitimación activa en todos los procesos constitucionales, con excepción del proceso competencial. En total, han sido 40 las veces en que la Defensoría del Pueblo ha iniciado un proceso constitucional haciendo ejercicio de su legitimación procesal, como se observa en el siguiente cuadro.

CUADRO 1

Ejercicio de la legitimación activa de la Defensoría del Pueblo en los procesos constitucionales (1996-2006)					
Proceso de Amparo	Proceso de <i>Habeas Corpus</i>	Proceso de Cumplimiento	Proceso de Inconstitucionalidad	Proceso de <i>Habeas Data</i>	Proceso de Acción Popular
8	7	1	21	1	2

FUENTE: Samuel Abad Yupanqui, “Defensoría del Pueblo y procesos constitucionales. Reflexiones de 8 años después”, en varios autores, *Ocho años de procesos constitucionales en el Perú. Los aportes de la Defensoría del Pueblo 1996-2004*, Lima, 2004, pp. 15 y ss.

Base de datos del Tribunal Constitucional.

Ha de destacarse, igualmente, que la intervención de la Defensoría del Pueblo en los procesos constitucionales no sólo se ha practicado haciendo ejercicio de su legitimidad activa, sino también a través de otras modalidades de intervención procesal, entre las cuales destacan su participación como coadyuvante; en calidad de “amigo de la corte” (*amicus curiae*); presentando informes u opiniones en procesos en trámites en los que no es parte y, en fin, orientando a los ciudadanos para iniciar procesos constitucionales en defensa de sus derechos.<sup>24</sup>

Si es que ha de estarse a las materias en las que el ejercicio de todas estas formas de intervención defensorial se ha dado lugar, y éstos se contrastan con los resultados obtenidos, hay que decir que el balance del trabajo desplegado entre 1996-2006 es altamente positivo, lo que ha contribuido a que en la década de los noventa, la Defensoría del Pueblo haya sido considerada como la mejor institución pública en el Perú, prestigio que desde luego no ha mermado en los últimos años, una vez restablecido el sistema democrático.

<sup>24</sup> *Cfr.* al respecto, Abad Yupanqui, Samuel, “Defensoría del Pueblo y procesos constitucionales. Reflexiones de 8 años después”, en varios autores, *Ocho años de procesos constitucionales en el Perú. Los aportes de la Defensoría del Pueblo 1996-2004*, Lima, 2004, pp. 15 y ss, cuyos datos nos han servido para elaborar este apartado.

### 3. *La legitimación activa de la Defensoría en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes (1996-2006)*

Mediante la legitimación activa se otorga a la Defensoría del Pueblo la posibilidad de iniciar una relación jurídica procesal ante el Tribunal Constitucional, con el objeto de que este último evalúe la validez constitucional de las leyes o las normas con rango de ley.

Como ha expresado Sánchez Morón, la legitimación es un presupuesto procesal del proceso de inconstitucionalidad de las leyes, sin cuyo ejercicio no se inicia el proceso.<sup>25</sup> Sin embargo, en el derecho procesal constitucional y, en particular, en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, el tratamiento de la legitimación activa no puede explicarse a partir de los criterios que se han utilizado en otras disciplinas procesales y, en concreto, con los expuestos en aquellos en los que las partes actúan en defensa de algún derecho subjetivo, o con un interés jurídico en obtener la tutela de ciertos derechos subjetivos, como antes se ha recordado.

Ello se debe a que el proceso de inconstitucionalidad de las leyes es un proceso esencialmente objetivo. En su seno, en efecto, se garantiza la condición de la Constitución como norma jurídica suprema.<sup>26</sup> Se trata de una defensa en abstracto de la ley fundamental, puesto que el enjuiciamiento de la ley se realiza con independencia de cómo ésta se haya aplicado, o quiénes sean sus destinatarios.<sup>27</sup> Quienes comparecen en calidad de demandantes,

<sup>25</sup> Sánchez Morón, Miguel, “La legitimación activa en los procesos constitucionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 9, 1983, p. 20.

<sup>26</sup> No obstante, han sido diversas las oportunidades en las que el Tribunal ha destacado la coexistencia de una dimensión subjetiva en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes. Así por ejemplo, en la STC 00020-2005-PI/TC, el Tribunal indicaría que en dicho proceso, “...quien cuenta con legitimación para interponer la demanda, *prima facie*, no persigue la tutela de intereses subjetivos, sino “la defensa de la Constitución” como norma jurídica suprema. No obstante, aún cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, es decir, un proceso en el que se realiza un juicio de compatibilidad abstracta entre 2 fuentes de distinta jerarquía [“Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro...; y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control”], ...también tiene una dimensión subjetiva, en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según establece el Artículo II del Título Preliminar del CPConst” (Fund. Jur. N° 16).

<sup>27</sup> Sobre el tema, Brewer-Carías, Allan, “La legitimación activa ante la justicia constitucional en Venezuela”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, núm. 139, año LXVIV, enero-junio de 2002, pp. 229 y 230.



por tanto, no actúan en defensa de derechos subjetivos, sino como miembros (privilegiados) de la “sociedad de custodios de la Constitución”.

De ahí que dicha capacidad para iniciar el proceso no pueda, a nuestro juicio, calificarse como un supuesto de “legitimación procesal extraordinaria”,<sup>28</sup> extendiendo, de esta forma, uno de los criterios que se utilizan en el derecho procesal civil para explicar un fenómeno anormal o excepcional en el ámbito de un proceso subjetivo. Ello es así por cuanto en el proceso de inconstitucionalidad, la así denominada legitimación “extraordinaria” es siempre una legitimación “ordinaria”, dada la naturaleza objetiva del proceso. Sin embargo, dicha legitimación procesal no es sólo el reconocimiento de una aptitud para promover el proceso de inconstitucionalidad, sino también, desde una perspectiva material, una auténtica competencia que le ha atribuido la ley fundamental a la Defensoría del Pueblo.<sup>29</sup>

La finalidad de habersele conferido de dicha competencia no es otra que la de coadyuvar con la defensa jurisdiccional de la Constitución como ley fundamental, pues como ha expuesto Canosa Usera,

quienes están legitimados para iniciar el procedimiento que activa el control de constitucionalidad comparten la responsabilidad de ser intérpretes de ese interés supremo; a ellos corresponde advertir cuándo se produce menoscabo del mismo y dirigirse al Alto Tribunal empleando para ello la legitimación procesal de la que disfrutan.<sup>30</sup>

Ni la Constitución ni la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo han establecido reglas sobre la oportunidad de su ejercicio, a diferencia de lo que sucede con otros órganos constitucionales (como los gobiernos regionales o locales) o, incluso, los colegios profesionales, para los cuales se ha previsto que la legitimación con que cuentan se ejerza “en materias de su competencia” o “en materias de su especialidad”, respectivamente.

<sup>28</sup> Así, por ejemplo, Abad Yupanqui, Samuel, “La intervención de la Defensoría del Pueblo en los procesos constitucionales: un balance necesario (1996-2004)”, en Palomino Manchego, José (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Editorial Jurídica Grigley, 2005, t. 1, p. 214.

<sup>29</sup> Casi no hay objeción en el plano del derecho constitucional para reconocer el carácter de atribución o competencia constitucional a la facultad de iniciar el proceso de inconstitucionalidad a estos órganos o instituciones. *Cfr.* García Martínez, María Asunción, *El control de constitucionalidad...*, *cit.*, nota 21, p. 170.

<sup>30</sup> Canosa Usera, Raúl, *La legitimación autonómica en el proceso constitucional*, Madrid, Trivium, 1992, p. 46.

Se trata, por tanto, de una legitimación procesal muy amplia. Su ejercicio, en principio, no está restringido a la impugnación de leyes o normas con rango de ley que puedan estar vinculadas con las otras competencias con que se ha dotado a la Defensoría del Pueblo en el artículo 162 de la ley fundamental, es decir, en materia de defensa de los derechos constitucionales y sobre supervisión del cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

Aun así, y muy a pesar del número importante de demandas de inconstitucionalidad presentadas por la Defensoría del Pueblo en estos 10 años de funcionamiento del Tribunal Constitucional, se puede decir que la Defensoría ha hecho un ejercicio muy prudente de su legitimación procesal. Éste se ha ido empleado como un “instrumento adicional que acrecienta la posibilidad de lograr que sus conclusiones, respecto a la violación de determinados derechos o principios constitucionales, sean cumplidas”.<sup>31</sup> Las veces que ha promovido una demanda de inconstitucionalidad, en efecto, lo ha hecho con el objeto de asegurar la efectividad de las competencias otorgadas por el artículo 162 de la Constitución, al entender que dicha legitimación “...se explica en tanto posibilita que un órgano constitucional pueda cumplir adecuadamente sus funciones en defensa de los derechos y principios constitucionales”.<sup>32</sup>

Ello confirma lo que Rodolfo Piza Escalante sugirió hace algún tiempo, tal vez con un poco de exceso, en el sentido de que dicha legitimación constituiría la competencia de mayor trascendencia de las defensorías del pueblo, ya que con ella “es capaz de lograr resultados más eficaces”.<sup>33</sup> Sea como sea, lo cierto del caso es que en el Perú la Defensoría en el Perú ha empleado en mayor número de veces esta legitimación, como pudo advertirse en el cuadro 1.

El ejercicio medurado de esta competencia constitucional por la Defensoría del Pueblo se evidencia tan pronto como se analiza comparativamente con las veces que otros órganos, instituciones y ciudadanos, han hecho ejercicio de dicha legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad.

<sup>31</sup> Abad Yupanqui, Samuel, “Criterios y modalidades de intervención de la Defensoría del Pueblo en los procesos constitucionales”, *Actualidad Jurídica*, Lima, núm. 139, junio de 2005, p. 140.

<sup>32</sup> *Idem.*

<sup>33</sup> Piza Escalante, Rodolfo, “El defensor de los derechos humanos frente a la justicia constitucional”, consultable en [http://www.idh.ed.cr/comunidades/ombudsmnet/docs/doc-trina/doc\\_fio\\_eventos](http://www.idh.ed.cr/comunidades/ombudsmnet/docs/doc-trina/doc_fio_eventos), consultado el 14 de noviembre de 2006.

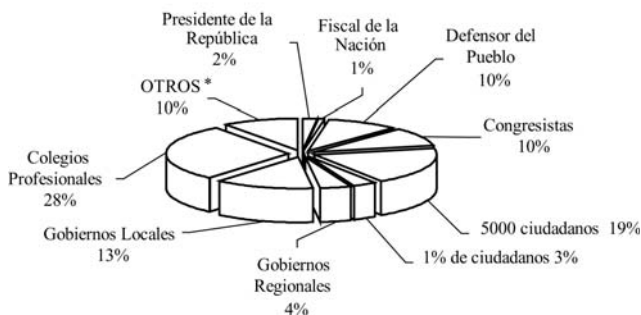
CUADRO 2

Ejercicio de la legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad en el periodo 1996-2006												
Demandantes	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	Total
Presidente de la República	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3	1	4
Fiscal de la Nación	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1	2
Defensor del Pueblo	4	2	0	0	1	7	1	3	2	1	0	21
Congresistas	10	2	1	0	2	0	0	2	1	2	1	21
5000 ciudadanos	5	0	1	1	0	4	4	5	13	6	3	42
1% de ciudadanos	0	0	0	0	0	0	0	0	2	2	3	7
Gobiernos regionales	0	0	0	0	0	0	0	2	2	5	0	9
Gobiernos locales	1	0	1	0	0	3	2	6	9	4	3	29
Colegios profesionales	4	3	0	3	0	4	6	4	21	8	11	64
Otros	0	1	1	2	5	0	3	1	4	1	4	22
<i>Total</i>	24	8	4	6	8	18	16	24	54	32	27	221

Elaboración: Alan Martínez.  
Tribunal Constitucional.  
Fecha: 15 de noviembre de 2006.

CUADRO 3

## Ejercicio de la legitimación activa por la Defensoría del Pueblo



Elaboración: Alan Martínez, Tribunal Constitucional.

Fecha: 25 de noviembre de 2006.

(\*) El rubro “otros” comprende demandas de inconstitucionalidad presentadas por sujetos que carecen de legitimación activa.

Por otro lado, al igual de lo que acontece con los otros órganos e instituciones que se encuentran legitimados procesalmente para iniciar el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, también en el caso de la Defensoría del Pueblo el ejercicio de dicha legitimación es de carácter discrecional.<sup>34</sup> Es decir, la facultad de iniciar el proceso de control abstracto es una decisión institucional que no se adopta por la existencia de una o varias solicitudes que desde la sociedad civil se le haya presentado, sino en base a determinados criterios, cuya observancia tiene el propósito de evitar que ésta se convierta en una suerte de defensor de oficio.

Estos criterios de *self restraint*, que no se encuentran establecidos en norma alguna, forman parte de una práctica institucional fomentada y mantenida desde el inicio de su funcionamiento. Éstos, esencialmente, son:

a) Inexistencia de una vía para garantizarse los derechos y principios constitucionales afectados, tras haberse agotado los medios institucionales para modificar o derogar una ley presuntamente inconstitucional.

<sup>34</sup> Cfr. *Defensoría del Pueblo, Una institución al servicio de las personas, cit.*, nota 23, p. 47.

Según Samuel Abad,<sup>35</sup> a quien seguimos en este apartado, antes de decidir institucionalmente la interposición de una demanda de inconstitucionalidad, la Defensoría del Pueblo exhorta al órgano que emitió la norma con rango de ley a que subsane la presunta inconstitucionalidad, y sólo si esta exhortación no surte sus efectos, se plantea la demanda de inconstitucionalidad.

b) La Defensoría del Pueblo ejerce su legitimación procesal en los casos en que la violación de derechos o principios constitucionales, a su juicio, sea clara y manifiesta, absteniéndose de hacerlo, por tanto, en aquellos casos en los que esté ausente la convicción de la inconstitucionalidad de la ley o norma con rango de ley.

Ello ha generado que un alto porcentaje de demandas de inconstitucionalidad presentadas por la Defensoría del Pueblo hayan merecido una sentencia estimatoria por parte del Tribunal Constitucional. Y en los casos en que no ha obtenido una sentencia de esa naturaleza, no se debe a que en el ejercicio de su legitimación haya habido un apresuramiento, o se trataran de normas legales de dudosa validez, sino al hecho de que en el transcurso del proceso, el órgano que expidió la norma legal impugnada la derogó, generando lo que el Tribunal Constitucional peruano ha denominado un supuesto de “sustracción de materia”.

CUADRO 4

Tipo de pronunciamiento por demanda de inconstitucionalidad promovida por la Defensoría del Pueblo (1996-2006)				
Número total de demandas	Fundadas	Infundadas	Improcedentes	Pendientes de resolverse
21	13	6*	7**	1

(\*) Los 6 casos de sentencias desestimatorias por el fondo, en realidad, son sólo desestimatorias parciales, por lo que también se han comprendido dentro de las sentencias estimatorias.

(\*\*) Todas las sentencias que han declarado improcedente una demanda de inconstitucionalidad promovida por la Defensoría del Pueblo obedecen a la derogación de la ley por el legislador, después de haberse iniciado el proceso.

<sup>35</sup> Abad Yupanqui, Samuel, “Criterios y modalidades...”, *cit.*, nota 31, pp. 140 y ss.

c) Un criterio igualmente importante para decidir si se hace ejercicio de esta facultad discrecional, es la trascendencia colectiva que subyace a la impugnación de una norma con rango de ley.<sup>36</sup> Con ello, la Defensoría del Pueblo no sólo se ha resistido a plantear demandas de inconstitucionalidad sobre normas de alcances parcialmente limitados, sino también a actuar como abogado de los ciudadanos que pudieran haber resultado afectados como consecuencia de la vigencia de la ley presuntamente inconstitucional.

Ello, por otro lado, justifica que más de la mitad de los procesos constitucionales iniciados por la Defensoría del Pueblo, hayan sido precisamente procesos de inconstitucionalidad de las leyes [Véase cuadro 1]. Como expresa el actual defensor adjunto, “Ello se debe a la trascendencia colectiva que subyace a ello, pues una norma de rango legal cuenta —en principio— con una eficacia general, lo cual no suele ocurrir en un proceso de amparo o en uno de habeas corpus”<sup>37</sup>

Sea como fuere, el auto-establecimiento de estos criterios de *self restraint* en el ejercicio de esta competencia, además de generar una práctica exitosa de la Defensoría del Pueblo, tiene el mérito de fortalecer la *auto-rictas* de esta magistratura de la persuasión, que de otro modo se vería sensiblemente resentida si es que se hiciera un ejercicio imprudente de dicha legitimación activa.

Ha evitado también que la institución sea acusada de estar politizada. Argumentos de esta naturaleza, a los cuales frecuentemente se acude para denostar a instituciones en épocas difíciles para la democracia, no han sido mayormente utilizadas con la Defensoría del Pueblo, ni siquiera en la traumática experiencia peruana de la década de los noventa.

#### 4. Algunos casos relevantes

La aplicación de los criterios que se acaban de enunciar en el ejercicio de la legitimación activa, torna virtualmente imposible que se pueda establecer una selección de casos relevantes que hayan sido promovidos por la Defensoría del Pueblo.

Incluso una selección que discrimine aquellas demandas declaradas improcedentes, es decir, sobre las cuales el Tribunal no haya expedido una

<sup>36</sup> Cfr. Albán Peralta, Walter, “El ombudsman como cana de acceso a la justicia”, *Debate Defensorial. Revista de la Defensoría del Pueblo*, Lima, núm. 3, 2001, pp. 52 y 53.

<sup>37</sup> Abad Yupanqui, Samuel, “Criterios y modalidades...” , *cit.*, nota 31, p. 143.

sentencia de mérito por haberse producido la sustracción de la materia, sería un criterio muy forzado y artificial. Sentencias de esta naturaleza son consecuencia de la rápida reacción del órgano para derogar la norma cuestionada e impedir un pronunciamiento de censura por parte del intérprete supremo de la Constitución. De modo que si bien la anulación de la legislación inconstitucional no se produjo en virtud de una sentencia del Tribunal Constitucional, no se puede ignorar que el efecto de cesación de su vigencia se logró como consecuencia de que la Defensoría del Pueblo hiciera ejercicio de su legitimación procesal.

Por tanto, en la medida que sería imposible hacer una selección de casos notables en función de la trascendencia colectiva de la decisión, tal vez ésta pueda intentarse tomando en consideración la relación directa con el fortalecimiento de la institucionalidad democrática. En ese sentido, son siete los casos sobre los que queremos sumariamente llamar la atención.

I) Tal vez la primera demanda de inconstitucionalidad que obedezca a tal parámetro, lo sea la interpuesta contra el artículo 317 del Código de Procedimientos Penales, mediante el cual se autorizaba una suerte de censura judicial previa, violatoria de la libertad de expresión e información, además de otros derechos y principios constitucionales. Dicho precepto legal disponía que:

Formulada la denuncia [penal], y en tanto no se defina la situación jurídica del denunciado o inculpado, las partes no harán uso de los medios de comunicación social para referirse a sus respectivas personas y/o al hecho o dicho imputado, relacionados con el proceso. Si esta prohibición fuere transgredida, el inculpado a que se refiere el párrafo anterior, será considerado como reiterante; y el ofendido, incurrirá en la comisión de delito contra el honor. En este caso, el Juez procederá a la acumulación.

Sin embargo, pese a que cuando se presentó la demanda dicha disposición se encontraba vigente, una vez iniciado el proceso de inconstitucionalidad el Congreso de la República aprobó la Ley 26773, mediante la cual derogó la disposición impugnada, impidiendo de esa forma que el Tribunal se pronunciara sobre el fondo (STC 00020-1996-AI/TC).<sup>38</sup>

<sup>38</sup> En la jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional, la derogación de la ley impugnada constituía un supuesto de sustracción de la materia. Tal construcción jurisprudencial, que equiparaba indebidamente los efectos de la “derogación” con los de la “inconstitucionalidad” de una ley, fue posteriormente abandonada por el Alto Tribunal,

II) Una segunda demanda de inconstitucionalidad, también vinculada con la violación de la libertad de expresión e información, fue la presentada contra el segundo párrafo del artículo 191 de la Ley Orgánica de Elecciones. Dicha disposición legislativa, cuyo propósito fue impedir que se difundieran los resultados de las encuestas a boca de urna a penas culminado el proceso electoral, fue aprobada como consecuencia de que en el proceso electoral del 2000, la difusión de éstas dieron como ganador a un candidato que finalmente terminó en segundo lugar, produciendo serios desmanes y graves afectaciones del orden público.

La sentencia, que fue la más rápida que el Tribunal haya dictado en un proceso de inconstitucionalidad, declaró fundada la demanda y, al considerar inconstitucional la norma impugnada, permitió que una vez concluidas las elecciones generales del 2001, los peruanos pudiesen acceder no sólo a la información vinculada con los resultados de las encuestas a boca de urna, sino también a los resultados obtenidos mediante el sistema de encuestas basadas en el muestreo de actas electorales (STC 0002-2001-AI/TC).

III) Un tercer caso es la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el Decreto Legislativo 900, mediante el cual se legisló, entre otros temas, aspectos vinculados a la competencia judicial en el conocimiento de los procesos constitucionales de tutela de los derechos y libertades fundamentales (*habeas corpus* y amparo) en la capital de la República y en la Provincia Constitucional del Callao.

Al expedir una sentencia estimatoria, el Tribunal Constitucional consideró que mediante decretos legislativos no se podía regular un tema, como la competencia judicial de estos procesos constitucionales, sujeto a reserva de ley orgánica. De esta forma, el Alto Tribunal trajo abajo un sistema de competencia judicial que había centralizado el conocimiento del amparo y el *habeas corpus* en jueces y tribunales que, al caer la dictadura, se evidenció que habían operado bajo los designios de la dictadura civico-militar que encabezó Fujimori en el Perú.

IV) Otra de las demandas de inconstitucionalidad que pueden ser calificadas de históricas, fue la presentada contra el Decreto de Urgencia

al considerar que el juicio de validez constitucional era independiente de la vigencia de la ley o, dicho de otro modo, que la derogación de una ley no impedía que sobre ella se realizase un juicio de validez, pues la única forma de castrar la aplicación futura (incluso de la ley derogada) dependía de que se declarase su inconstitucionalidad (*Cfr.* por ejemplo, la STC 0019-2005-PI/TC).



055-2001, mediante el cual se estableció un procedimiento para el pago de sumas de dinero ordenadas por mandato judicial que afectaban al Estado.

La sentencia estimatoria expedida por el Tribunal (STC 00015-2001-AI/TC) no sólo puso de relieve la inexistencia de una política para el pago de la deuda interna del Estado peruano, sino que acogió expresamente diversos planteamientos efectuados por la Defensoría del Pueblo como mecanismos para solucionar los graves problemas de inconstitucionalidad de la legislación cuestionada.

V) En septiembre de 2003, la Defensoría del Pueblo presentó una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 24150 y sus modificatorias, mediante la cual se establecían las normas que debían cumplirse durante los estados de excepción, cuando las Fuerzas Armadas asumen el control del orden interno. Dichas disposiciones habilitaban que las Fuerzas Armadas asumiesen determinadas funciones propias de las autoridades civiles y que éstas últimas pusieran a disposición de aquella, recursos económicos, financieros, bienes y servicios, personal y otros, subordinando de esta forma la autoridad civil a la militar. También precisaba que los delitos cometidos en tal circunstancia eran de competencia de la jurisdicción militar, lo que había permitido, en el pasado inmediato, que violaciones de derechos humanos fuesen juzgados por los tribunales militares.

Mediante la STC 00017-2003-AI/TC, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de diversas disposiciones legislativas y precisó el significado constitucional del delito de función, como elemento objetivo que determina el ámbito *ratione materiae* de la jurisdicción militar, precisando que éste último no constituía un fuero personal.

VI) Tal vez el caso de más largo aliento promovido por la Defensoría del Pueblo, lo sea la demanda de inconstitucionalidad promovida contra el Código de Justicia Militar, la Ley Orgánica de Justicia Militar y la Ley del Ministerio de Defensa. Sería largo y engorroso mencionar aquí las disposiciones de dichas normas legales y los preceptos constitucionales que aquellas vulneraban.<sup>39</sup>

Lo cierto del caso es que al declarar fundada la demanda, en una sentencia que ha sido considerada histórica (STC 0023-2001-AI/TC), el Tri-

<sup>39</sup> Cfr. en detalle Pereira Chumbe, Roberto, “La intervención de la Defensoría del Pueblo en procesos constitucionales en materia penal-constitucional”, en varios autores, *Ocho años de procesos constitucionales en el Perú. Los aportes de la Defensoría del Pueblo 1996-2004*, Lima, 2004, pp. 92 y ss.

bunal declaró la inconstitucionalidad del diseño de la justicia militar en el Perú, concediendo al Congreso un plazo máximo de 12 meses para que éste adecue la legislación penal militar a los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

VII) Un último caso es la interposición de la demanda de inconstitucionalidad contra diversas ordenanzas municipales de dos distritos limeños, mediante los cuales se regulaba el pago de arbitrios municipales en base a criterios más que cuestionables.<sup>40</sup>

Como sucedió en ocasiones anteriores, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad de dichas ordenanzas municipales (STC 0041-2004-AI/TC y STC 0053-2004-AI/TC). Contra lo que pudiera imaginarse, la decisión trascendió los confines territoriales de vigencia de ambas ordenanzas municipales distritales, al tratarse de un modelo de sistema tributario municipal empleado en casi todo la República.

#### V. REFLEXIONES FINALES. LEGITIMACIÓN ACTIVA E INTERÉS INSTITUCIONAL EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

En la teoría general del proceso, el tratamiento de la legitimación activa se ha encontrado vinculado a la existencia de un interés. El interés venía a constituir el punto de encuentro entre un sujeto y un objeto, cuya protección promovía aquel. Cuando esa vinculación entre interés (subjetivo, legítimo, derecho subjetivo, etcétera) y legitimación se fue espaciando, como consecuencia de la necesidad de articular institutos jurídicos para afrontar problemas hasta ese entonces desconocidos por el derecho procesal, la explicación que se brindó a estas nuevas formas de legitimación fue la de considerarlas como supuestos “anormales” o “extraordinarios”, fundadas en lo que se vino a denominar un “interés simple”, es decir, explicadas sólo en base a la voluntad de la ley.

Una construcción doctrinal en ese sentido, permitiendo explicar parcialmente lo que sucede en algunos sectores del derecho procesal constitucional, sin embargo, parece encontrar un muro al frente cuando se trata de explicar lo que sucede con el proceso de inconstitucionalidad

<sup>40</sup> *Cfr.* al efecto, Klien Uzástegui, Susana, “Defensoría del Pueblo y demandas de inconstitucionalidad en materia tributaria”, en varios autores, *Ocho años de procesos constitucionales en el Perú. Los aportes de la Defensoría del Pueblo 1996-2004*, Lima, 2004, pp. 135 y ss.

de las leyes. El carácter esencialmente objetivo de este proceso, en efecto, plantea un escenario en el cual cada uno de los integrantes de la sociedad de custodios privilegiados de la Constitución sólo pueda reclamar para sí de una legitimación “abstracta” u “objetiva”, desvinculada de la existencia de un interés o, en el mejor de los casos, vinculada con la existencia de un interés también “objetivo”:<sup>41</sup> la conservación de la Constitución como norma suprema del ordenamiento.

La cuestión de hasta qué punto tenga que insistirse en un tratamiento de la legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad, bajo las coordenadas de la teoría general del proceso, no es una cuestión sobre la que aquí podamos detenernos. Parece evidente, sin embargo, que la construcción de una “teoría general del proceso constitucional”, a partir de la cual explicar los institutos de esta disciplina, no es una tesis insensata. Como tampoco parece serlo que en la explicación de las razones por las cuales se haya efectuado una selección de órganos constitucionales legitimados activamente, en vez de obedecer a razones de prudencia política o de seguridad jurídica, obedezca al nexo existente con el cumplimiento de sus funciones institucionales y, en otras, con la efectividad del ejercicio de sus otras competencias constitucionales.

Se ha dicho que quienes comparecen en calidad de demandantes en el proceso de inconstitucionalidad no actúan en defensa de derechos subjetivos, sino como miembros [privilegiados] de la “sociedad de custodios de la Constitución”. También que la justificación del por qué tal legitimación activa la tienen unos y no otros órganos, se encuentra en una simple decisión política del poder constituyente que gira en torno a la elección de los órganos y/o sujetos que, por la naturaleza de las competencias con que están investidos, o las funciones que desarrollan, podrían estar en mejores condiciones de coadyuvar con la eficacia del principio de supremacía normativa de la Constitución.

Una explicación de esta naturaleza, sin embargo, tiene el demérito de observar sólo epidérmicamente el problema del por qué sólo se ha concedido a unos (pocos) el ejercicio de tal legitimación. Aunque referido a las minorías parlamentarias, de ello se ha hecho eco José Montilla Martos, al denunciar el alejamiento de la estructura formal y la situación material que existe en el instituto de la legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes. A su juicio, no obstante la dimensión

<sup>41</sup> Sobre el tema, Brewer-Carías, Allan, “La legitimación activa...”, *cit.*, nota 27.

objetiva y abstracta del proceso, es posible observar ciertos “rasgos subjetivos”<sup>42</sup> en los sujetos que cuentan con legitimación activa.

No sé si en realidad quepa aludirse a la existencia de intereses o rasgos subjetivos en un proceso objetivo. Probablemente es más apropiado plantear la existencia de lo que podría denominarse un “interés institucional” por parte de quienes tienen la capacidad de iniciar el proceso de inconstitucionalidad de las leyes. De la existencia de un interés institucional se plantea, puesto que el ejercicio de la legitimación activa normalmente no se realiza en una defensa abstracta de la Constitución como ley fundamental sin más, sino con el propósito de asegurar el respeto de una competencia constitucionalmente otorgada, o de que se garantice jurisdiccionalmente la efectividad del ejercicio de “otras” funciones o roles que constitucionalmente se haya podido asignar a la “sociedad de custodios de la Constitución” en este proceso.

En todos estos casos, el ejercicio de la referida legitimación activa está muy vinculada con la defensa de un interés (o ¿función?) institucional. Su ejercicio es instrumental a la efectividad del ejercicio de las otras atribuciones constitucionales que a dichos órganos e instituciones se pudieran haber encomendado.<sup>43</sup>

En algunos casos, la presencia de ese interés funcional en el proceso de inconstitucionalidad actúa como elemento de control del ejercicio de la legitimación activa. En el caso peruano, piénsese en lo que sucede con la que se concede a los gobiernos locales y regionales o, incluso, con los colegios profesionales, en los que la ausencia de una impugnación de la ley “en materias de su competencia” o en “materias de su especialidad”, invalida el ejercicio de la legitimación procesal.

En otros, en cambio, dicho interés funcional no actúa como un medio de control del ejercicio de la legitimación. Sin embargo, incluso en esos casos, no parece que los sujetos legitimados para iniciar el proceso de inconstitucionalidad sólo obren en nombre de un interés general de conser-

<sup>42</sup> Montilla Martos, José, *Minoría política y Tribunal Constitucional*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 23 y 24.

<sup>43</sup> Como correctamente ha destacado Montilla Martos [*ibidem*, pp. 22 y 23], con referencia a las minorías parlamentarias, “La grandeza de la justicia constitucional consiste precisamente... en que no se trata de un mero artificio técnico, sino de un instrumento al servicio de los valores y principios que inspiran y legitiman al sistema constitucional. De esta forma, la legitimación de la minoría parlamentaria se convierte en instrumento para su propia tutela.... Además, en sentido sustantivo, tiene un alcance ulterior, derivado de su función instrumental, pues se vincula a la esencia de la democracia pluralista”.

vacación de la Constitución como ley fundamental, desligado de las funciones que esa misma Constitución les haya podido encomendar.

Todo lo cual pone en evidencia algo que últimamente en Latinoamérica cada vez se va haciendo más evidente. Aun cuando el derecho procesal constitucional sea una disciplina procesal y, por tanto, cuyo estudio deba realizarse partir de la teoría general del proceso, sin embargo, sus institutos requieren una comprensión desde el punto de vista del derecho material al que sirven, por lo que no es posible una extrapolación acrítica de los institutos de aquel.