

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
ESCUELA DE POSTGRADO**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN DERECHO
CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**“Análisis jurisprudencial del Proceso de Acción Popular en el Perú:
Propuestas para mejorar el control jurisdiccional sobre las normas
reglamentarias”.**

Presentada por: Juan Carlos Morón Urbina

Jurado: Domingo García Belaunde

Ernesto Blume Fortini

Samuel Abad Yupanqui (Asesor)

Lima - 2013

INDICE

Introducción.....	08
-------------------	----

Capítulo I:

La acción popular como proceso de control abstracto de normas

1. Aspectos históricos relevantes en la evolución de la acción popular en el derecho constitucional peruano.....	17
2. La naturaleza de la acción popular como proceso de control normativo.....	31
3. La vinculación entre los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad.....	36
3.1. La subordinación del proceso de acción popular a lo resuelto en aspectos conexos en procesos de inconstitucionalidad.....	37
3.2. La tramitación preferente del proceso de inconstitucionalidad respecto de la acción popular cuando hayan normas relacionadas en ambos procesos.....	38
3.3. El trasplante de las técnicas de interpretación desarrolladas en los procesos de inconstitucionalidad al proceso de acción popular (ej. Interpretación conforme a la constitución de las normas cuestionadas).....	40
3.4. Improcedencia del proceso de acción popular si la norma reglamentaria reitera la regla consagrada en una disposición con rango de ley.....	43
4. La relación entre el proceso de acción popular y el proceso competencial.....	46

5.	La competencia judicial para conocer el proceso de acción popular.	
5.1.	La tradicional competencia judicial y la tendencia al cambio.....	51
5.2.	Los supuestos en que el Tribunal Constitucional puede ejercer control abstracto sobre la validez constitucional de un reglamento.....	57
6.	El tratamiento de los reglamentos antijurídicos en el derecho comparado: la vía del proceso contencioso administrativo y el proceso de inconstitucionalidad.-	63
6.1.	El proceso contencioso administrativo.....	64
6.2.	El proceso de inconstitucionalidad.....	67

CAPITULO II

Las normas reglamentarias como objeto del proceso de acción popular

1.	El objeto del proceso de acción popular en nuestra evolución constitucional.....	70
2.	Los Reglamentos y las normas administrativas.....	74
2.1.	Aspectos generales de los reglamentos administrativos.....	74
2.2.	Clases de reglamentos por su vinculación con la Ley.....	86
2.2.1.	Los Reglamentos de ejecución como objeto de la acción popular.....	86
2.2.2.	Los Reglamentos autónomos o independientes como objeto de la acción popular.....	94
2.2.3.	Los reglamentos institucionales u organizativos.....	96
2.3.	Los Textos Únicos Ordenados.....	97
2.4.	La equívoca sobrevaloración jurisprudencial del criterio de Generalidad para calificar a las normas controlables.....	98
3.	Las resoluciones y decretos de carácter general.....	104
4.	Las clases de vicios en las normas reglamentarias susceptibles de control en el proceso de acción popular.....	111

4.1.	Reglamentos directamente inconstitucionales.....	114
4.2.	Reglamentos indirectamente inconstitucionales.....	115
4.3.	Reglamento totalmente antijurídicos.....	121
4.4.	Reglamentos parcialmente antijurídicos.....	121
4.5.	Reglamentos formalmente antijurídicos o antijurídicos por la forma.....	122
4.5.1.	Cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento previsto en las normas legales para su formación y aprobación.....	123
4.5.2.	Cuando el reglamento se ha ocupado de una materia que la Constitución o la ley han reservado esa materia para una ley formal o material.....	125
4.5.3.	Cuando es expedida por un organismo incompetente.....	125
4.5.4.	El caso especial de los vicios en la publicación del Reglamentos	126
	a) La falta de publicación de la norma reglamentaria.	129
	b) La publicación parcial de la norma reglamentaria.	132
	c) La difusión de la norma en un medio indebido	133
	d) La publicación de un texto del reglamento distinto al aprobado por la autoridad	134
	e) La publicación del reglamento vencido el plazo dispuesto por la ley.....	135
4.6.	Reglamentos sustancialmente antijurídicos o antijurídicos por el fondo....	136

CAPITULO III

Aspectos procesales de la acción popular

1.	La Legitimación para obrar activa en el proceso de acción popular.....	139
1.1.	La legitimidad de los extranjeros.....	143

1.2.	La legitimidad de los funcionarios públicos.....	145
1.3.	La Legitimidad de las personas jurídicas de derecho privado.....	146
1.4.	La legitimidad de las personas jurídicas estatales.....	147
1.5.	La Defensoría del Pueblo.....	151
1.6.	El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)	152
2.	La competencia del Poder Judicial para conocer de la demanda de acción popular.....	154
3.	Legitimación para obrar pasiva en el proceso de acción popular.....	158
3.1.	Legitimidad del órgano emisor de la norma reglamentaria.....	159
3.2.	¿Es posible la participación de terceros con interés en defender la norma reglamentaria?	161
3.3.	Otros participes en el proceso de acción popular.....	163
4.	La publicación del admisorio de la demanda.....	169
5.	La acumulación de procesos de acción popular.....	171
6.	El beneficio cautelar de suspensión de la norma acusada.....	172
7.	Las vicisitudes de la norma acusada durante la tramitación del proceso de acción popular.....	179
7.1.	La abrogación de la norma reglamentaria.....	180
7.2.	La derogación de la ley que servía de parámetro de legalidad al reglamento acusado.....	188
7.3.	El traslado del precepto acusado a otra disposición reglamentaria sustitutoria.....	189
7.4.	La convalidación legislativa o validación sobreviniente de la norma reglamentaria objeto del proceso.....	191
7.4.1	Clases de Convalidaciones	193
7.4.2	Formas de manifestación de la convalidación de reglamentos ilegales.	194
8.	El principio de iura novit curia para declarar la inconstitucionalidad o ilegalidad de norma no demandada.....	200
9.	La sentencia desestimatoria de la demanda: la cosa juzgada.....	201
10.	Los efectos de las sentencias que declaran fundada la demanda. ¿Anulatorio, derogatorio o de inaplicación?	206

10.1.	Los efectos temporales sobre el reglamento antijurídico.....	213
10.2.	Los efectos generales de la sentencia estimativa y ausencia de incidencia sobre la situación particular del demandante.....	222
10.2.1.	Efectos respecto de los actos administrativos dictados durante la vigencia del reglamento ilegal.....	223
10.2.2.	Efectos respecto de la situación jurídica del demandante con interés legítimo o derecho afectado por el reglamento ilegal.....	227
11.	El plazo prescriptorio para la interposición de la demanda.....	229
12.	La eficacia normativa de las sentencias estimativas de demandas de acción popular.....	233
12.1.	Normas reglamentarias declaradas inconstitucionales o ilegales por el Poder Judicial pero que aparecen como vigentes en el SPIJ.....	234
12.2.	Normas reglamentarias declaradas inconstitucionales o ilegales por el Poder Judicial pero que mantuvieron vigencia en el ordenamiento y fueron modificadas por el Poder Ejecutivo posteriormente.....	236
12.3.	Normas reglamentarias cuya anulación judicial consta en el SPIJ...	238
13.	El retardo en la difusión general de la sentencia estimatoria de la acción popular.....	240
14.	¿Cabe el amparo contra las resoluciones definitivas del proceso de acción popular? La posición del Tribunal Constitucional al respecto.....	243
	CONCLUSIONES.....	247
	RECOMENDACIONES.....	260
	BIBLIOGRAFIA.....	266
	ANEXO:	
	Cuadro general de jurisprudencia analizada.....	287

“La más fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar un actio popularis: así, el Tribunal Constitucional estaría obligado a proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial las leyes y los reglamentos, a solicitud de cualquier particular. Es de esta manera como el interés político que existe en la eliminación de los actos irregulares recibiría, indiscutiblemente la más radical satisfacción. No se puede, sin embargo, recomendar esta solución porque entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de un insoportable congestionamiento de procesos”. **(HANS KELSEN, en La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional))**

INTRODUCCION

Pese a que el proceso de acción popular ha sido históricamente el primer instrumento constitucional de control normativo incorporado por nuestro constitucionalismo, han sido escasas las posibilidades de analizar cabalmente su funcionamiento en el sistema de control constitucional. Con razón, autores nacionales la han calificado como “la cenicienta de los procesos constitucionales”¹ o como el proceso constitucional más “impopular”², por su grado de conocimiento por la colectividad y la carencia de difusión de sus resoluciones. No les falta razón. Los trabajos de investigación respecto a este proceso son más bien escasos y fundamentalmente exegéticos normativos, sin haber podido examinar las tendencias jurisprudenciales seguidas por el Poder Judicial en su aplicación. En esta investigación nos proponemos tener como eje de análisis la jurisprudencia producida por el Poder Judicial desde el año 2000 a la fecha para poder a partir de ella identificar los principales elementos que la caracterizan y mostrar los principales factores para su definido perfil bajo en nuestro constitucionalismo.

Como sabemos el proceso de acción popular es el mecanismo procesal constitucional por virtud del cual cualquier persona, cumpliendo los requisitos procesales establecidos, puede plantear directamente una demanda ante el Poder Judicial para que previa tramitación del proceso de puro derecho, determine en abstracto si una norma reglamentaria proveniente de cualquier autoridad administrativa es o no compatible con la Constitución Política o ley y,

¹ ABANTO TORRES, JAIME DAVID; La Acción Popular en el Código Procesal Constitucional. Luces y sombras de la cenicienta de la Justicia Constitucional Peruana. Julio de 2004. <http://blog.pucp.edu.pe/item/16136/la-accion-popular-en-el-codigo-procesal-constitucional>

² HAKANSSON NIETO; Carlos; Comentarios al artículo 85 del Código Procesal Constitucional, en el colectivo CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMENTADO. Homenaje a Domingo García Belaúnde, (Johnny Tupayachi S. Coordinador). Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional No. 35, Editorial ADRUS, Arequipa, Perú, 2008. Primera Edición, p. 669. .

de ser el caso, declare su nulidad. Nos encontramos frente a un proceso de control normativo, directo, abstracto, radicado en el Poder Judicial y de efectos generales.

De alguna manera la acción popular debió haber cumplido el rol del proto proceso de inconstitucionalidad incorporado en nuestras cartas constitucionales. Puesto que precedió en el tiempo al control constitucional en vía directa de las leyes, se mantuvieron independientes y aunque comparten la misma naturaleza como instrumento de protección de la Constitución como norma y enfrenta los mismos vicios de inconstitucionalidad, sus regímenes les han diferenciado a partir del órgano competente para resolverlo, la legitimidad exigida para instarla y los efectos sobre la norma cuando la sentencia es fundada. El proceso de inconstitucionalidad es conocido en instancia única por el Tribunal Constitucional, la legitimidad es calificada y el efecto de la sentencia es derogatorio (por ende) a futuro sobre la ley inconstitucional. Por su parte, el proceso de acción popular es de competencia judicial en dos instancias, la legitimidad es abierta y los efectos de la sentencia son anulatorios y retroactivos.

Sin embargo su trayectoria ha estado signada por su imagen de poco eficiente o con más precisión, ineficiencia, en términos de su empleo por la ciudadanía y de significación jurídica en el control sobre la potestad normativa de la Administración. Precisamente, siendo el ejercicio de la potestad normativa de la Administración, cualitativa y cuantitativamente mucho más frecuente que la legislativa, consideramos de interés aportar el perfeccionamiento de su control constitucional. Como se afirma en la doctrina española, “en lo cuantitativo, las cosas están claras: en el conjunto del sistema normativo, la Constitución y las normas con rango de ley no son sino islotes perdidos en un vasto océano de reglamentos: tomando al azar cualquier anuario legislativo –por ejemplo el de 1.986- comprobaremos que frente a 158 normas con rango de ley, el periódico oficial insertó 3.777 normas reglamentarias. Y lo mismo ocurre en el plano cualitativo: a cualquier conocedor del Derecho positivo le consta que los

preceptos contenidos en los reglamentos son, con harta frecuencia, de una eficacia e incisividad mucho más directas e intensas que los que llenan múltiples leyes formales.”³

Este proceso tiene desde su denominación una equivocación histórica porque siendo un verdadero proceso de inconstitucionalidad o de ilegalidad o mejor aún, de control jurídico contra reglamentos, terminó siendo denominada por una de sus características adjetivas: la legitimación abierta o popular. Si revisamos con cuidado la Carta de 1933⁴ se aprecia que no fue intención constituyente apropiarse de los términos “acción popular” –modo de legitimación abierto para cualquier proceso- para denominar al proceso de control reglamentario sino solo afirmar que había legitimación abierta o “acción popular” para plantear el control constitucional y legal sobre normas reglamentarias. Lamentablemente su desarrollo posterior lo condujo a una identidad aislada del proceso de inconstitucionalidad, del cual debió mantenerse unida.

No se ha explorado suficientemente la relación, entre la aparición dentro de nuestro constitucionalismo de la acción popular contra reglamentos ilegales e inconstitucionales (Asamblea Constituyente de 1931) y la acción popular de inconstitucionalidad contra leyes y reglamentos ante el Poder Judicial que ya en esa época existían en países cercanos como Colombia (desde 1811⁵) y

³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A.; Fundamentos de Derecho Administrativo Vol. I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Volumen I, Madrid, 1.988, pp. 688-689

⁴ Artículo 133.- Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros. La ley

⁵ Apareció en la Constitución de Cundinamarca como un control de constitucionalidad por acción directa, abierta y pública de los ciudadanos contra todo acto jurídico que atentara contra la Constitución y su conocimiento era competencia del Senado de Censura. Luego mediante la Ley del 22 de junio de 1850 (art. 23) se modificaron las normas del régimen municipal para conferir a todo ciudadano el derecho a pedir la anulación de cualquier ordenanza ante la Corte Suprema de Justicia o al Tribunal de distrito por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad. En el texto original de la Carta de 1886 se confió a la Corte

Venezuela (desde 1858⁶), antes que aparezca el control concentrado en Europa. ⁷ Lo objetivo es que dentro del texto constitucional apareció este instrumento de control normativo y a su vez, fue desestimado cualquier instrumento de control constitucional sobre las leyes, pese a que fuera planteado en esta Constituyente.

El título de la presente tesis es: “Análisis jurisprudencial del proceso de acción popular en el Perú. Propuestas para mejorar el control jurisdiccional sobre las normas reglamentarias”, y ha sido elegido porque refleja el objetivo de la investigación. No pretendemos agotar el presente trabajo con una visión dogmática del proceso de acción popular, sino incorporar y revelar al escenario académico especializado cual ha sido el tratamiento dispensado a esta figura por la jurisprudencia nacional.

En ese orden de ideas la presente tesis ha adoptado una base jurisprudencial amplia (Anexo 1) tomando como fuente de información directa el Diario Oficial El Peruano y la web de Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema del

Suprema de Justicia la función de decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley objetados por el Gobierno, pero es con la reforma de 1910 (art. 41) se consolidó un sistema de control de constitucionalidad comprendiendo además a las leyes y decretos que fueran demandados por cualquier ciudadano por la vía de acción de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema.

⁶ Apareció en la Enmienda Constitucional de 1858 (art. 133 ordinal 8), el control por acción popular sobre los actos legislativos sancionados por las Legislaturas Provinciales discrepantes con la Carta Política a solicitud de cualquier ciudadano ante la Corte Suprema de Justicia quien podía declarar su nulidad. Desapareció con la reforma de 1864, para renacer en la Constitución Política de 1893 consagrando la competencia de la Alta Corte Federal para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos o resoluciones cuando estén en colisión con las nacionales entre sí o estas con la de los Estados o de los mismos Estados o cualquiera con la Constitución.

⁷ Tampoco se sabe si hay relación con la inclusión en la Constitución española de 1931 del Artículo 101, sobre el control de los actos reglamentarios del Poder Ejecutivo en los siguientes términos:

“Artículo 101. La ley establecerá recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria, y contra los actos discrecionales de la misma constitutivos de exceso o desviación de poder”

Poder Judicial. El universo identificado y analizado han sido 229 (doscientos veintinueve) resoluciones judiciales con calidad de cosa juzgada⁸ recaídas en igual número de procesos de acción popular conforme al siguiente detalle.

Año de la Resolución	Numero Casos
2000	01
2001	01
2002	10
2003	16
2004	14
2005	20
2006	43
2007	33
2008	32
2009	47
2010	12 ⁹

Como se puede apreciar, una comparación cuantitativa nos permite tener una primera conclusión empírica: existe un sostenido incremento en el empleo de este proceso de control constitucional en la última década, coincidiendo con la incorporación de su regulación al Código Procesal Constitucional de 2004. No obstante, estamos distantes del temido desborde de procesos que podría propiciarse con una legitimidad abierta como la que posee este instrumento.

⁸ El periodo de resoluciones publicadas ha comprendido de setiembre de 2001 a enero 2012.

⁹ Dado que la fuente nos permite identificar Resoluciones con calidad de cosa juzgada es presumible que luego de Enero 2012 seguirán publicándose resoluciones finales de procesos de acción popular correspondientes a sentencias emitidas en el año 2010.

Ello puede deberse a que han sido empleados también otros mecanismos de control de legalidad de reglamentos dentro de nuestro sistema jurídico tales como el amparo contra reglamentos autoaplicativos, el control difuso judicial en caso de reglamentos ilegales, el control de legalidad que las autoridades administrativas puede aplicar en caso de reglamentos ilegales y el proceso de eliminación de barreras burocráticas ante el Indecopi.

En este universo, el sentido final de las sentencias¹⁰ emitidas en los procesos identificados, ha sido el siguiente:

Demandas Fundadas:	39 (16.8%)
Demandas Infundadas:	118 (51%)
Sustracción de la Materia:	15 (6.4%)
Demandas Improcedentes	52 (22.5%)
Procesos Nulos	06 (2.5%)
Otros:	01 (0.4%)

Apreciando un considerable número de demandas infundadas, esto es, que el Poder Judicial ha confirmado la constitucionalidad o legalidad de las normas objeto de los procesos. Pero también llama la atención el alto número de demandas improcedentes, por haberse interpuesto debido al desconocimiento del instituto contra normas legales (ej. Ordenanzas) o decisiones de la autoridad (ej. Actos administrativos) respecto de las cuales no cabe demandarse en esta vía. No puede soslayarse también, el número importante de casos en los cuales la autoridad demandada ha optado por derogar la

¹⁰ Algunas sentencias contienen pronunciamientos parciales, por lo que número total de casos analizados no coincide con los sentidos finales de las sentencias en ellos obtenidos.

norma reglamentaria cuestionada en el proceso de acción popular, conduciendo a que carezca de objeto el proceso y a la sustracción de la materia controvertida tolerada por la autoridad judicial.

Respecto a los organismos del Estado cuyas decisiones han sido objeto de demandas de acción popular, tenemos que como era previsible, la mayoría recaen en los disposiciones emanadas del Gobierno Nacional, y en menor medida de los niveles sub nacionales de gobierno. El resultado lo mostramos a continuación:

- Gobierno Nacional:
 - Poder Ejecutivo (Ministerios): 153 demandas (66%)
 - Organismos Públicos Descentralizados: 15 demandas (6.5%)
 - Poder Judicial (en ejercicio de atribución reglamentaria): 07 demandas. (3%)
 - Organismos Autónomos Constitucionales: 29 demandas. (12%)
- Gobiernos Regionales: 06 demandas (2.6%)
- Gobiernos Locales: 20 demandas. (8.6%)

A partir del análisis de la jurisprudencia nacional sobre el proceso de acción popular y los estudios realizados, los objetivos de la tesis han sido:

- Identificar y analizar las causas relevantes para la escasa eficacia alcanzada por este proceso constitucional, no obstante su antigüedad en nuestro constitucionalismo.
- Proponer las reformas normativas que sean necesarias para mejorar el estado de la cuestión.

A dicho efecto, hemos desarrollado la investigación en tres Capítulos referidos a la acción popular como proceso de control abstracto de normas, el segundo referido al estudio de las normas reglamentarias como objeto del proceso de acción popular y el último referido a los aspectos procesales de la acción popular.

El primer capítulo abordará aspectos históricos relevantes en la evolución de la acción popular en el derecho constitucional peruano, su naturaleza como proceso de control normativo, la vinculación entre los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad, la relación entre el proceso de acción popular y el proceso de competencia, la competencia judicial para conocer el proceso de acción popular y los supuestos en que ha sido admitido jurisprudencialmente la competencia del Tribunal Constitucional para ejercer control sobre la validez constitucional de un reglamento.

El segundo capítulo está dedicado a abordar a las diversas manifestaciones de las normas reglamentarias como el objeto del proceso de acción popular en nuestra evolución constitucional, los aspectos generales de los reglamentos administrativos, las clases de reglamentos reconocidos en nuestro ordenamiento y como han sido abordados en el proceso de acción popular, la situación particular de los Textos Únicos Ordenados como objeto de control vía este proceso, las deficiencias de la jurisprudencia para diferenciar entre las normas y los actos administrativos generales, incluso con la tendencia a admitir el control sobre estos últimos actos como objeto del proceso de acción popular. Finalmente en este mismo capítulo trataremos las diversas clases de vicios susceptibles de incurrir en la producción de los reglamentos y su control en vía de acción popular, incluyendo, los reglamentos directamente inconstitucionales, los indirectamente inconstitucionales, los totalmente

antijurídicos y los parcialmente antijurídicos, los formalmente antijurídicos o antijurídicos por la forma y los reglamentos sustancialmente antijurídicos o antijurídicos por el fondo.

Por último, el Capítulo tercero estará dedicado a diversos aspectos procesales de la acción popular, tales como la Legitimación para obrar activa en el proceso de acción popular, la competencia del Poder Judicial para conocer de la demanda de acción popular, la legitimación para obrar pasiva en el proceso de acción popular, la publicación del admisorio de la demanda, el beneficio cautelar de suspensión de la norma acusada, las vicisitudes de la norma acusada durante la tramitación del proceso de acción popular (la abrogación de la norma reglamentaria, la derogación de la ley que servía de parámetro de legalidad al reglamento acusado, el traslado del precepto acusado a otra norma reglamentaria sustitutoria, la convalidación legislativa o validación sobreviniente de la norma reglamentaria objeto del proceso. También abordaremos los efectos de la sentencia desestimatoria de la demanda y de las sentencias que declaran fundada la demanda, los efectos temporales sobre el reglamento antijurídico, los efectos generales de la sentencia estimativa y ausencia de incidencia sobre la situación particular del demandante.

Consideramos que la perspectiva de análisis que hemos desarrollado en la presente tesis nos permite con una mejor información plantear finalmente algunas recomendaciones sustentadas para el perfeccionamiento del control constitucional sobre las normas reglamentarias en nuestro sistema constitucional.

Lima, agosto de 2012.

CAPITULO I

La Acción Popular como proceso de control

abstracto de normas

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

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

Constitución de 1933	Constitución de 1979	Constitución de 1993
<p>“Artículo 133.- Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los</p>	<p>“Artículo 295. (...) Hay acción popular ante el Poder Judicial,</p>	<p><u>Artículo 200°.</u> Son garantías constitucionales: (...)</p>

<p>reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente”.</p>	<p>por infracción de la Constitución o la ley, contra los reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expiden el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público.</p>	<p>5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

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

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

Podemos hablar de tres fases sucesivas:

- Desde su aprobación en la Constitución Política de 1933 hasta la Constitución Política de 1979.
 - Desde su aprobación en la Constitución Política de 1979 hasta la Constitución Política de 1993.
 - Desde la aprobación en la Constitución Política de 1993 hasta la fecha.
- 1.1. En **la fase de 1933 a 1979** su incorporación al régimen constitucional peruano fue consagratorio de una expectativa de introducir un novedoso instrumento de control normativo al Poder Ejecutivo que sustituía al anárquico contemplado en la Carta de 1856 que solo declaraba la nulidad de los actos contrarios a la Constitución. Antes del Congreso Constituyente de 1931, la Comisión que Presidiera don Manuel Vicente Villarán ya dejaba constancia de los innumerables abusos del poder reglamentario por medio del cual el Poder Ejecutivo invadía el campo de las leyes¹¹ para lo cual planteaba determinar claramente los límites de esa potestad a través de la formula contenida en su propuesta de artículo 76 numeral 5. Este artículo consagraba que *“los reglamentos se limitarán a determinar el modo de cumplir las leyes para cuya ejecución se dictan y a precisar y complementar sus disposiciones, sin imponer obligaciones nuevas o más onerosas a los ciudadanos ni alterar los derechos y*

¹¹VILLARAN; Manuel Vicente; Anteproyecto de Constitución de 1931, Exposición de Motivos y texto. Lima, 1962. Talleres Gráficos P.L. Villanueva S.A., p. 46

obligaciones que la ley señale a los funcionarios"; sin embargo, no constituía ningún mecanismo de control ante el incumplimiento de dicha cláusula.¹²

Fue en el Congreso Constituyente de 1931 que surgió este instrumento de control normativo, que a decir de FERRERO REBAGLIATI¹³, poseía la naturaleza de una garantía constitucional en los términos usados por el derecho constitucional de la época. Así lo podemos apreciar en la presentación que se realizó la Comisión de Constitución al Pleno del Congreso del artículo 10 (finalmente art. 133) del proyecto de Constitución:

“Con ocasión del ejercicio por el Poder Ejecutivo de la facultad que constitucionalmente tiene de reglamentar las leyes, se ha expedido multitud de disposiciones reglamentarias que infringen la Constitución o las leyes. La experiencia aconseja poner límites a la actividad gubernativa cuando rebasa sus límites propios, en agravio de quienes por alguna razón son afectados por dichas resoluciones. La Constitución que es la ley matriz de la Republica debe celosamente defendida. Ningún reglamento que infrinja la Constitución o la ley tiene fuerza coercitiva y cualquiera del pueblo, puede y debe denunciarlo ante el Poder Judicial, sin que esta acción popular impida o limite la acción del Parlamento para responsabilizar políticamente a los Ministros.

Disposición de tanta importancia, que figura por primera vez en nuestra Carta Política, reclama una ley que establezca el procedimiento judicial correspondiente”¹⁴

¹² Como bien sabemos, este Anteproyecto de Constitución planteaba como instrumento de control constitucional, la inaplicación judicial de las leyes –no mencionaba a los reglamentos- inconstitucionales circunscrita al caso concreto y con consulta ante el pleno de la Corte Suprema. (art. 142)

¹³ FERRERO REBAGLIATI, Raúl; “Garantías Constitucionales” En: DERECHO, No. 27. Lima, 1969, PUCP, p. 38

¹⁴ Diario de Debates, Tomo III, Sesión del 12 de abril de 1932, p. 2621.

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

En el plano de la doctrina constitucional nacional los principales comentarios al texto constitucional prácticamente no abordaron esta institución. Es el caso por ejemplo de PAREJA PAZ SOLDAN en sus Comentarios a la Constitución Nacional. Tesis para optar el grado de Doctor en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica del Perú. Lima, 1939, que no le reserva comentario alguno a esta institución. Escasamente en su trabajo Luis Muñoz¹⁵ comenta el esquema de justicia constitucional planteado por dicha carta explicando conjuntamente el artículo 133 (acción popular) con el artículo 26 (que permitía las reclamaciones abiertas de cualquier ciudadano ante el Congreso por infracción a la constitución). De su planteamiento se desprende que de ambas normas deducía que el modelo de control constitucional de la Carta era mixto: por un lado el control político a pedido de cualquier ciudadano por las infracciones a la constitución proveniente de cualquier norma legal, incluyendo leyes y reglamentos, y por el otro, la jurisdicción constitucional a cargo del Poder Judicial vía acción popular, pero solo contra reglamentos

Como hemos advertido, la posición del Poder Judicial en aquel entonces fue reacia a admitir demandas de acción popular, bajo diversos argumentos. Hasta antes de 1963, el argumento preferido fue aducir la

¹⁵ MUÑOZ, Luis; “La Constitución Política del Perú, comentada”. Ediciones Juris, Lima, 1956.

carencia de desarrollo legal del artículo 133 de la Carta. Así, por ejemplo, se nos refiere que el Presidente de la Corte Suprema resumía esa posición en 1955 de la siguiente manera:

“(…) durante los años 1947 y 1948, se presentaron a la Corte Suprema, tres solicitudes para que se declarara inconstitucionales otros tantos decretos supremos dictados por el Poder Ejecutivo de entonces... En esos casos, la Corte declaró en Acuerdos de Sala Plena, que no estaba expedito el ejercicio de la facultad concedida al Poder Judicial por el artículo 133 de la Constitución, por no haberse dictado la ley de procedimientos judiciales respectiva y a la que se refiere el propio artículo constitucional Corresponde entonces al Congreso dar la solución conveniente. Sus atribuciones y sabiduría determinarán si otorga al Poder Judicial y con qué amplitud, función de tanto significado y dictará al mismo tiempo las reglas procesales que faciliten su ejercicio”¹⁶

Análogamente, era reconocido como nos informaron en su momento GARCIA RADA¹⁷ y contemporáneamente ABANTO TORRES¹⁸, que las tres demandas de acción popular interpuestas directamente ante la Corte Suprema por esa época, fueron declaradas improcedentes por resoluciones de Sala Plena, por considerarse “que no está expedito el

¹⁶ Citado por GARCIA BELAUNDE, Domingo; *La Jurisdicción Constitucional en el Perú*, Incorporado en el libro *Teoría y Práctica de la Constitución Peruana Tomo I*, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima 1989, p. 94.

¹⁷ Afirmó en su “*El Poder Judicial en el siglo XX*”, que “En la práctica ha quedado supeditado la aplicación del artículo 133 por cuanto en su segunda parte declara que la ley establecerá el procedimiento jurídico correspondiente, supeditando así el ejercicio de esta acción a la dación de la ley reguladora de su ejercicio. Tal es la opinión de la Corte Suprema de la República en dos resoluciones de Sala Plena expedidas en 1948”. En: *Visión del Perú en el s. XX*, dirigida por José Pareja Paz Soldán. Ediciones Librería Studium, 1962, Lima, p. 106.

¹⁸ Abanto Torres, Jaime David; *La Acción Popular en el Código Procesal Constitucional. Luces y sombras de la Centenaria de la justicia constitucional peruana. - Hechos de la Justicia*, 4 (Septiembre-Diciembre, 2004)

ejercicio de la facultad concedida al Poder Judicial por el artículo 133º de la Constitución al no haberse dictado la ley de procedimiento judicial respectiva”¹⁹.

Bien vale mencionar que esta posición tuvo fuertes críticas al interior del propio Poder Judicial, la que testimoniaremos con el discurso que en el año 1961 dio el propio Presidente de la Corte Suprema de Justicia afirmando la necesidad que los jueces admitan las demandas por imperativo constitucional. En efecto, el Dr. Ricardo Bustamante Cisneros, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República²⁰, afirmaba:

“(…) la tesis de que se requiere norma legal que señale el procedimiento, importa que la voluntad constituyente quede supeditada al arbitrio de los poderes constituidos, con menoscabo del carácter unitario de la dogmática constitucional. De modo que bastaría al Poder Legislativo no dictar la disposición reglamentaria para que el Poder Judicial, no obstante el claro precepto de la Norma Suprema, se abstuviese de ejercer la función protectora que le corresponde. Más es indudable que la ausencia de la ley reglamentaria no puede extinguir ni suspender el ejercicio del derecho reconocido por la Constitución. Puede aducirse que resulta imperfecto que el Poder Judicial tramite una acción sin que se encuentre establecido el procedimiento a que debiera sujetarse; empero, constituye una mayor imperfección que por falta de procedimiento aquella no se pueda ejercitar, sin embargo

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

²⁰ BUSTAMANTE CISNEROS, Ricardo; “Habeas Corpus y Acción Popular”. Memoria en la Apertura del año judicial de 1961. Publicaciones del Departamento de Extensión Cultural del Instituto Moderno. Trujillo Perú, 1961, p. 18.

de hallarse instituida por la misma Norma Suprema. La carencia del instrumento procesal no debe prevalecer sobre la abstención en el cumplimiento del fin, que es la defensa ante las decisiones gubernamentales infractoras (sic) de la Constitución o las leyes”.

La ausencia de regulación procesal sobre competencias y vía procesal en este proceso se mantuvo hasta que recién mediante el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963²¹ aprobada por el Decreto Ley No. 14605 le dispensó un tratamiento procesal positivo por primera vez, pretendiendo ser un punto de quiebre para la aplicación efectiva de esta institución.

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

Pero consistente con esta actitud reacia al control sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo, pese a contar con esta norma procesal de desarrollo, el Poder Judicial cometió incurrió en otras curiosas interpretaciones negatorias del control: por ejemplo, exigir a los demandantes acreditar interés económico o moral para interponer su demanda pese a tratarse de una acción popular, pública o ciudadana; también se sentó la cuestionable doctrina jurisprudencial de atribuir

²¹ Artículo 7.- La acción que concede el artículo 133 de la Constitución se ejercerá por la vía ordinaria, como proceso de puro derecho, con intervención del Procurador General de la República en representación del Estado.

únicamente efectos *inaplicatorios inter partes* a las escasas sentencias fundadas²², e incluso consideró que aunque el reglamento fuera ilegal en abstracto prevalecía si su contenido fuese más favorable a los interés de la Nación o al interés social²³

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

“a) Solo pueden ejercerla quienes tienen interés legítimo o moral en la acción (lo que de por sí es un contrasentido, pues de acuerdo a su etimología la pueden ejercer cualquiera del pueblo); y, b) Sus efectos no son de carácter anulatorio ni dejan sin vigencia a norma alguna, sino que advertida la colisión de la norma inferior con la Ley o la Constitución, se declara que aquella es “no aplicable al caso sub-litis”, ergo, será válida para todos los demás casos”²⁴.

No cabe duda, que los criterios jurisprudenciales anotados condujeron – como afirma ORTECHO- a la desnaturalización de la acción²⁵

No obstante, en esta época se publica el primer estudio importante sobre este proceso constitucional a cargo de Manuel Álvarez Simonetti, bajo el título “Debate en torno a la Acción Popular”, publicada en la Revista Derecho, No. 32, PUC, 1974, así como la tesis para optar el Grado

²² Ejecutorias de la Primera Sala Civil de fechas 19 de noviembre de 1967, 28 de agosto de 1968 y 24 de junio de 1988.

²³ Sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima del 08 de enero de 1974. Citada por Álvarez Simonetti, op. Cit., p. 78.

²⁴ GARCIA BELAUNDE, Domingo; La Jurisdicción Constitucional en el Perú, En: Teoría y Práctica de la Constitución Peruana, Tomo I, EDDILI, Lima, 1989, p. 95.

²⁵ ORTECHO VILLENA, Víctor J. ; “Jurisdicción y Procesos constitucionales”, p. 217

Académico de Bachiller del mismo autor bajo el título “El petitorio de Inconstitucionalidad por acción popular”. También vale mencionar en este periodo los aportes al estudio de esta institución fundamentalmente desde la perspectiva crítica a la posición del Poder Judicial de los profesores GARCIA BELAUNDE²⁶ y BUSTAMANTE BELAUNDE²⁷

- 1.2. El **segundo periodo** (Desde 1979 hasta 1993) se inicia con la Carta Constitucional de 1979 que mantiene su competencia a cargo del Poder Judicial²⁸ resaltando la ampliación del ámbito subjetivo pasando de ser un instrumento de control sobre una de las atribuciones del Poder Ejecutivo a poder ser empleada para provocar el control constitucional sobre toda norma reglamentaria expedida por el Estado, ampliándolo sobre la de los gobiernos regionales, los gobiernos locales y demás personas de derecho público, como organismos autónomos, organismos públicos descentralizados, etc.

²⁶ “La Jurisdicción Constitucional en el Perú”. Publicado en la Revista de la Universidad Católica, Nueva serie, Lima No. 3, mayo de 1978. Incorporado en el libro Teoría y Práctica de la Constitución Peruana Tomo I, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima 1989, p. 88.

²⁷ BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto; Garantías Constitucionales y administración pública. Socialismo y participación. Setiembre, 1978. No. 04. Serie Cuadernos, p. 25 a 35.

²⁸ Cabe comentar en rigor histórico que el Proyecto de Constitución Política de la República presentado a esta Asamblea Constituyente por el Partido Socialista Revolucionario proponía (art. 306) que la acción popular se interpondría directamente ante el Tribunal de Garantías Constitucionales por cualquier persona domiciliada en el Perú y que sea capaz de ejercer sus derechos civiles. Bernalles Ballesteros, Enrique y Rubio Correa, Marcial; Constitución; Fuentes e Interpretación. Teoría y documentación del Proceso Constitucional y la Constitución de 1979. Mesa Redonda Editores, Lima, 1988, p. 353 y Ruiz Eldredge, Alberto; La Constitución Comentada, 1979. Editora Atlántida, 1980, p. 329. En esta misma línea, la Comisión Especial de Constitución No. 3 (Derechos y Deberes Fundamentales. Garantías) y la Comisión No. 6 (Poder del Estado. Judicial) de la Asamblea Constituyente 1978-79, incluyeron dentro del alcance de la acción de inconstitucionalidad que conocería el Tribunal de Garantías Constitucionales a los decretos, reglamentos, resoluciones o actos del Poder Ejecutivo. PAREJA PFLUCKER, Piedad; Atribuciones Constitucionales del Presidente de la Republica, Ediciones Rikchay Perú No. 21, p. 92.

Es en este periodo que el Poder Legislativo aprobó la Ley No. 24968 Ley Procesal de la Acción Popular²⁹, derogando el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, asignando a este proceso como finalidad el control jurisdiccional de la constitucionalidad y la legalidad de las normas reglamentarias, a través de la declaración y ejecución de inconstitucionalidad o legalidad, en todo o parte de las mismas.

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

- La competencia judicial exclusiva para conocerla esta desdoblada en primera instancia ante la Sala de Turno de la Corte Superior que corresponda por razón de materia cuando la norma era de carácter regional o local y la Sala de la Corte Superior de Lima, en los demás casos. (Art. 10)
- Participación del Fiscal como dictaminador en el proceso (Art. 16)
- Prevé la inhibición y la conclusión del proceso por sustracción de la materia (decisión irrecurrible) si durante la secuela del proceso, la norma materia del mismo fuere derogada o modificada en todo o en parte. (Art. 21)
- La sentencia que ampara la acción popular determina la inaplicación total o parcial, según corresponda, y con efectos generales a partir de la fecha que quedó consentida o ejecutoriada, de la norma materia del proceso. (Art. 22)

²⁹ Esta ley tuvo como antecedente relevante el anteproyecto de Ley preparado por una Comisión designada por el Poder Ejecutivo bajo la presidencia del Dr. Mario Pasco Cosmopolis. La exposición de motivos de este anteproyecto puede encontrarse bajo forma de discurso en la Revista del Foro, No. 01, Lima enero-junio 1982, Año LXIX, Lima, Perú, p. 120 y ss.

- La declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad puede fundarse en la infracción de cualquier norma constitucional o legal, aunque no haya sido invocada en la demanda (Art. 24)
- La sentencia denegatoria de la acción popular impide la interposición de una nueva acción fundada en la misma infracción. (Art. 26)
- Las sentencias recaídas en los procesos de acción popular constituyen normas prohibitivas para que cualquier órgano del Estado, bajo responsabilidad, emita nueva norma con contenido parcial o totalmente idéntico a la derogada por mandato judicial, en tanto no sea derogada o modificada la norma constitucional o legal infringida. (art. 26)
- Si la acción popular es amparada, el importe de las costas será asumido por el Estado; en caso contrario, las asumirá el accionante. (cuarta disposición final)

Esta norma generó algún interés en la doctrina nacional. Los tratados generales y comentarios al texto constitucional le llegan a reparar algunas líneas solamente pero de orden exegético³⁰. El debate central de la jurisdicción constitucional estuvo centrado en el estudio del modelo de control constitucional seguido por nuestra Constitución Política y en particular por el estudio del proceso de inconstitucionalidad.

No obstante se publican algunos estudios dogmáticos importantes sobre esta institución, entre los cuales, vale la pena resaltar los artículos del profesor Jorge Danos Ordóñez y Martha Souza Calle: "Control

³⁰ Por todos ellos, véase PAREJA PAZ SOLDAN, José; Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979. Tercera Edición, Ediciones Justo Valenzuela V. EIRL, 1984, p. 453.

jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general", en el libro dirigido por Francisco Eguiguren, "La Constitución de 1979 y sus problemas de aplicación", Lima: Cultural Cuzco, 1987³¹ y luego individualmente el profesor Jorge Danos titulado "La Garantía Constitucional de la Acción Popular", publicada en la Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 4, Comisión Andina de Juristas, 1990, 151 y ss. También en este periodo (1991) ABANTO TORRES, JAIME DAVID realizó su tesis para optar el grado de Bachiller en la Universidad de Lima "La Acción Popular: un Instrumento del Control Constitucional". Y, adicionalmente se publicó el ensayo de Fernando Trazegnies Granda "La nulidad de los Decretos Supremos" publicada en el colectivo Sobre la Jurisdicción Constitucional publicado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990 y el estudio ya señalado del profesor Mario Pasco Cosmopolis titulado "La ley reguladora del ejercicio de la acción popular", que viene a ser la exposición de motivos del proyecto de ley de la materia.

- 1.3. En **la tercera fase**, (desde la aprobación de la Carta de 1993 hasta nuestros días) se mantiene la competencia radicada en el Poder Judicial³² así como sus demás características constitucionales preexistentes. Durante esta fase resalta nítidamente como hito la aprobación del Código Procesal Constitucional, en cuya Exposición de Motivos se incluye el

³¹ Los dos primeros Capítulos de este artículo fueron publicados luego en Lecturas sobre Temas Constitucionales, Comisión Andina de Juristas, Lima 1988, p. 45.

³² El Dictamen de Minoría del Movimiento Democrático de Izquierda conteniendo su propuesta de Constitución planteo la transferencia de la competencia hacia el Tribunal Constitucional. Véase PEASE G.Y., Henry; Propuesta Alternativa. Dictamen en minoría y Proyecto de Constitución. Lima, Congreso de la República, 1993. Dicho documento tuvo como antecedente relevante el Proyecto de reforma del Título V de la Constitución elaborado por el Centro de Estudios Constitucionales que tuvo la particularidad de incorporar la figura de la acción popular dentro de los alcances de la acción de inconstitucionalidad y no solo transferir competencias para su conocimiento al Tribunal Constitucional. Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 08, Comisión Andina de Juristas, Junio 1992, p. 255

propósito de alcanzar la “*revitalización de la acción popular*” expresando su voluntad de innovación legislativa en esta materia.

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

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

- Conceptualizar a la acción popular como un proceso constitucional dirigido a defender la Constitución frente a infracciones de su jerarquía normativa y no como un control jurisdiccional sobre la potestad reglamentaria de la administración (Art. 75).
- La posibilidad de dar efecto retroactivo a la sentencia que declare fundada la demanda y, por ende, la nulidad del reglamento cuestionado. (Art. 81).
- La unificación del plazo de prescripción para interponer la demanda contra toda norma reglamentaria a cinco (05) años a partir de su publicación (art. 87);
- La procedencia –aunque limitada- de medidas cautelares de suspensión de efectos de la norma, en segunda instancia si la sentencia de grado fuera favorable a la demanda (art. 94).
- La supresión de la participación del Ministerio Público como instancia dictaminadora en este proceso (en consonancia con la posición que adopta el Código correctamente en esta materia);

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

CAPÍTULO III

DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

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

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

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

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

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

- Su afirmación como proceso constitucional de control normativo y no solo como un instrumento de control interórganos,
- Su carácter público y participativo y;

- Su naturaleza de instrumento preventivo de las controversias que pudieran derivarse de la aplicación concreta de los reglamentos ilegales e inconstitucionales.

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

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

En este sentido, la codificación asume la tesis del profesor LANDA, cuando señala que acción popular es “un proceso constitucional de tipo jurisdiccional encargado del control constitucional y legal, contra las normas reglamentarias o administrativas, contrarias a la Constitución y a la ley”³⁴, máxime cuando desde las Cartas Constitucionales de 1979 y 1993 se le considero dentro del catálogo de garantías constitucionales junto con la acción de inconstitucionalidad, el habeas corpus, el amparo y el habeas data.

³⁴ LANDA ARROYO, Cesar; “ Teoría del Derecho Procesal Constitucional”, Palestra Editores, Lima 2004, p. 148

Por ello, siguiendo al mismo profesor, “la acción popular desde el punto de vista sustantivo, la acción popular está estrechamente vinculada a la acción de inconstitucionalidad contra las leyes, en la medida que su objeto también es asegurar el orden constitucional objetivo, además del legal, pero, examinando las normas inferiores a la ley. En ese sentido, mediante la acción popular los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad con carácter general de las normas infralegal que sea contraria a la Constitución y a las leyes”³⁴. Es en esa línea de pensamiento que el propósito de la demanda de acción popular es provocar el control abstracto de la legalidad y constitucionalidad de la disposición reglamentaria y son ajenos a su objeto, buscar la inaplicación al demandante, reponer al estado anterior las cosas, provocar la declaración de una situación jurídica individualizada, u obtener un mandato del juez.

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

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

³⁴ LANDA ARROYO, Cesar; “ Teoría del Derecho Procesal Constitucional”, Palestra Editores, Lima 2004, p. 148

afirmar su interés en provocar el examen de constitucionalidad de una norma reglamentaria en la defensa de la juridicidad. Afirmar que el proceso de acción popular es una acción pública, equivale a reconocer que en este tema, entran en juego intereses públicos.

Finalmente, como es propio a todas los procesos de legitimidad abierta nos encontramos frente a un instrumento preventivo de las afectaciones que podría potencialmente provocar la norma a cuestionar. Por ello es que para su procedencia no es necesario que haya mediado previamente algún acto de aplicación, ni siquiera una amenaza cierta inminente que ello suceda. El actor plantea el tema sin que siquiera la norma le pueda ser aplicable a su situación jurídica particular o al colectivo al cual pueda pertenecer. De este modo, el planteamiento de la acción popular con los efectos erga omnes que producen sus sentencias, “producen una evidente economía procesal al evitar el planteamiento de multitud de litigios con ocasión de los actos de aplicación del Reglamento ilegal, facilitando al propio tiempo la unidad de calificación de dicha ilegalidad”³⁵

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

“Segundo: que una característica esencial de las acciones populares es su naturaleza preventiva, lo que significa que no es ni puede ser requisito para su ejercicio, el que exista un daño o perjuicio de los derechos e intereses que se busca amparar, sino que basta que exista la amenaza o riesgo que se produzcan, en razón de los fines públicos que las inspiran. Desde su remoto

³⁵ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; y, FERNANDEZ, Tomas Ramón; Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, p. 227.

origen en el derecho romano fueron concebidas para precaver la lesión de bienes y derechos que comprenden intereses superiores de carácter público y que por lo tanto no pueden esperar hasta la ocurrencia del daño; asimismo el carácter público de las acciones populares, implica que el ejercicio de las acciones populares supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés”.³⁶

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

³⁶ Segundo considerando de Sentencia Proceso Acción Popular, Exp. No. 27-2009-AP expedida por la Primera Sala laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima de 17 de setiembre de 2009 publicada el 18 de mayo de 2010.

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

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

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

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

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

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

En este contexto, advertimos que los jueces competentes para conocer el proceso de acción popular no pueden dejar de tener en cuenta los preceptos constitucionales según las resoluciones dictadas anteriormente por el Tribunal Constitucional, entre otros procesos, en el de inconstitucionalidad. Así, fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia³⁷ cuando conoció la demanda interpuesta por la Municipalidad Provincial de Huarochirí contra el Decreto de Alcaldía No. 149 de 2003 expedido por la MML reordenando el tránsito vehicular y regulando las autorizaciones de transporte otorgadas por organismo incompetente (Municipalidades de distintas provincia).

³⁷ Exp. No. 2266-04-LIMA de 2 de junio de 2005 y publicada el 3 de diciembre de 2005.

Como antes el Tribunal Constitucional había denegado la demanda de inconstitucionalidad contra la Ordenanza Municipal No. 533 (base del D.A. No. 149) interpuesta por la Municipalidad Provincial de Huarochirí y también declaró fundada la demanda de la MML contra diversas Ordenanzas de la Municipalidad de Huarochirí que regulaban licencias provisionales de transportes con rutas hasta Lima, la Corte Suprema indicó que “existiendo dicho precedente directo al respecto, resulta de observancia obligatoria dicha sentencia, de acuerdo a lo dispuesto en la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional No. 26435”, declaró infundada la demanda de acción popular.

Otro caso análogo fue el de la demanda interpuesta por una persona jurídica contra la SUNAT por su Resolución No 014-2003-SUNAT que aprobó las “Normas Complementarias para la declaración y pago del impuesto a los Juegos de Casino y Maquina Tragamonedas” que la Corte Suprema –Exp. 178-2007 de 05.OCT.2007- declaró infundada por que dicha norma había sido declarada constitucional por conexión por el Tribunal Constitucional al resolver la STC N° 4227-2005-AA/TC.

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

Un segundo punto de conexión entre ambos procesos es el que nos brinda el artículo 80 del Código Procesal Constitucional, que incorporando el artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, establece la necesaria suspensión del proceso de acción popular que se siguiera en el

Poder Judicial, si se acusara en este proceso una norma reglamentaria sustentada o que desarrollen normas legales a su vez cuestionadas simultáneamente en un proceso de inconstitucionalidad, en curso.

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

de las normas cuestionadas en el Proceso de Acción Popular es conforme a la Constitución”³⁸

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

1. Existencia de un proceso de inconstitucionalidad abierto ante el Tribunal Constitucional contra una norma legal.
 2. Existencia de uno o más procesos de acción popular seguidos ante el Poder Judicial contra una norma reglamentaria que se sustenta en la norma legal acusada ante el Tribunal Constitucional. A nuestro criterio no bastaría que se trate solamente de normas vinculadas entre sí, por ser la ley y su reglamento recíprocamente, sino que la norma reglamentaria acusada (el precepto reglamentario acusado debe sustentarse en la disposición legal contenida en la ley que se acusa ante el Tribunal). La norma será de aplicación, aun cuando la acusación de inconstitucionalidad o ilegalidad efectuada al reglamento, sea distinta al vicio imputado a la ley que la sustenta.
- 3.3. El trasplante de técnicas de interpretación desarrolladas en los procesos de inconstitucionalidad a los procesos de acción popular (ej. Interpretación conforme a la constitución de las normas cuestionadas).**

El predominio del proceso de inconstitucionalidad permite que en el proceso de valoración de la norma reglamentaria sean aplicadas las técnicas desarrolladas por el derecho constitucional para la apreciación de

³⁸ PALOMINO MANCHEGO, José y CHAVEZ RABANAL, Mario G.; Código Procesal Constitucional Comentado. Homenaje a Domingo García Belaunde, Segunda Edición. Jhonny Tupayachi Sotomayor. Editorial Adrus, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional No. 35, 2011, p. 643.

la inconstitucionalidad de las leyes. Por ejemplo, según ha sido establecido por el Poder Judicial en los procesos de acción popular, corresponde que el juez:

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

momento de tomar una decisión, deberá tener en consideración la finalidad legitimidad que se persigue en la norma que se cuestiona, así como también si los medios a través de los que se persigue dicha finalidad resultan ser proporcionales, esto es, útiles, idóneos y equilibrados”³⁹

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

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

“En este sentido, el Código Procesal Constitucional, en el primer párrafo del artículo VI de su Título Preliminar, señala que el juez que decida inaplicar una norma legal o infralegal por estimarla contraria a la norma fundamental, deberá utilizar en su análisis el criterio de interpretación conforme a la Constitución, lo que lo obligará a preferir aquella interpretación que salve la constitucionalidad de la norma enjuiciada. Dicho criterio de

³⁹ Fundamento Decimocuarto, Sentencia Proceso de Acción Popular No. 0386-2009-LIMA de 16 de junio de 2009, publicada el 06 de junio de 2010. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República)

interpretación constitucional debe ser igualmente exigible al juez constitucional al momento de valorar una norma de carácter reglamentario reputada de inconstitucional o ilegal”⁴⁰

En igual sentido, en otro caso, afirmó:

“Decimo: El Código Procesal Constitucional, en el primer párrafo del artículo VI de su Título Preliminar, señala que el Juez que decida inaplicar una norma legal o infralegal por estimarla contraria a la norma fundamental, deberá utilizar en su análisis el criterio de interpretación conforme a la Constitución, lo que la obligara a preferir aquella interpretación que salve la constitucionalidad de la norma enjuiciada. Dicho criterio de interpretación constitucional debe serle igualmente exigible al juez constitucional al momento de valorar una norma de carácter reglamentario reputada de inconstitucionalidad e ilegal”.⁴¹

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

Un último aspecto de la conexión entre ambos procesos sobre el cual queremos llamar la atención es cuando un mismo precepto jurídico es contemplado tanto en la norma con rango de ley como en su norma

⁴⁰ Fundamento Décimo tercero, Sentencia Proceso de Acción Popular No. 0386-2009-LIMA de 16 de junio de 2009, publicada el 06 de junio de 2010. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la Republica)

⁴¹ A.P. No, 1819-2009-LIMA de 18 de diciembre de 2009, publicado el 25 de setiembre de 2010

reglamentaria (de ordinario constituye la reiteración realizada en el propio reglamento de la ley), o cuando, el reglamento constituye nada más que la concreción de un mandato contenido en una norma con rango legal.

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

“Octava: que el artículo 7 del Reglamento del Decreto de Urgencia No. 033-2005, aprobado por el Decreto Supremo No. 019-2006-EF, no hace más que repetir el lineamiento del artículo 6 del Decreto de Urgencia, en consecuencia se pretende una declaración de inconstitucionalidad de una norma de mayor jerarquía (Decreto de Urgencia) a través de una de menor rango mediante la acción de control constitucional indebida deviniendo la misma en improcedente; por las razones anotadas”.⁴²

⁴² Octavo fundamento de la Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el proceso de acción popular No. 2682-2008-LIMA de 20 de marzo de 2009 publicada el 12 de febrero de 2010.

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

“Decimo: (...) En atención a ello, esta Sala Suprema aprecia que el artículo 7 del Decreto Supremo No. 019-2006-EF, cuya ilegalidad se reclama, contiene lo ya señalado y dispuesto por el artículo 6 del Decreto de Urgencia No 033-2005. En consecuencia, en rigor, dicho Decreto Supremo no desnaturaliza ni transgrede una norma legal, en tanto que reitera lo ya precisado por ella, por lo que en el fondo se busca cuestionar la constitucionalidad del citado decreto de Urgencia, entonces la vía correspondiente es la del proceso de inconstitucionalidad y no la del proceso de acción popular, por lo que la demanda deviene en improcedente”^{43 44}

En ambos casos, el Poder Judicial se refirió al cuestionamiento realizado por los demandantes al artículo 7 del Decreto Supremo No. 019-2006-EF que establecía:

“De conformidad, con el artículo 6 del Decreto de Urgencia No. 033-2005 la reducción de las subvenciones por responsabilidad directiva para autoridades o funcionarios financiadas por Recursos Directamente Recaudados será proporcional a los incrementos que se otorguen en el marco del Programa de Homologación de los Docentes de las Universidades Públicas y operara hasta el límite de dicha subvención”.

⁴³ Sentencia A.P. No. 1821-2009- LIMA de 18 diciembre de 2009.

⁴⁴ En idénticos términos la Sentencia recaída en el Exp. No. 470-2009, de la Sala Civil de la Corte Superior de Lima.

Pero en el fondo, el Poder Judicial advierte que esta norma reglamentaria constituye la concreción del mandato contenido en el artículo 6 del D.U. No. 033-2005, cuyo texto es el siguiente:

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

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

4. La relación entre el proceso de acción popular y el proceso competencial.-

Nuestro régimen incluye independientemente de la acción popular y del de inconstitucionalidad, al proceso competencial⁴⁵. Proceso previsto para resolver conflictos de competencias entre los tradicionales poderes del

⁴⁵ Artículo 110.- Pretensión

El conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales a que se refiere el artículo anterior adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro.

Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad.

Estado y demás organismos creados por la Constitución Política cuando adopta decisiones (conflicto positivo) o rehúye deliberadamente actuaciones (conflicto negativo) afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro.

Cuando así actúa un Poder del Estado o un organismo constitucional se afecta el orden competencial conformado por la Constitución, ante lo cual, el proceso competencial busca “que los órganos constitucionales respeten el orden de competencias establecido por la propia Constitución y las leyes integrantes del denominado bloque de constitucionalidad; caso contrario, se correría el riesgo de efectuar un análisis basado en disposiciones recogidas en puras leyes ordinarias, convirtiendo al Supremo Interprete Constitucional en un guardián de la legalidad antes que de la constitucionalidad de las normas”⁴⁶

Cuando se trata de un conflicto positivo de competencias el menoscabo o la interferencia que es su elemento material puede plasmarse en un acto, una resolución o en una norma. Es precisamente este último fenómeno el que pone en cuestión la relación entre este proceso y los procesos de control normativo propiamente dichos como son el de inconstitucionalidad y el de acción popular. Pareciera ser que si la invasión de competencias se produjera mediante una norma podrían concurrir ambas vías para poder cuestionar la situación producida. Ante ello, el artículo 110 del Código Procesal Constitucional ha incluido una regla de deslinde entre ambos institutos privilegiando la vía del proceso de inconstitucionalidad. En efecto, dicha norma establece que “si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad”, de modo que si la controversia se expresa por medio de una norma con rango de ley que

⁴⁶ Res. No. 0013-2003-CC/TC, F. 10.4.

debe ser analizada en su constitucionalidad formal, esto es, si quien la emitió tenía competencia constitucional para ello, el instrumento pertinente es el proceso de control normativo.

En base a esta norma el propio Tribunal Constitucional ha reconocido la concurrencia de ambos procesos constitucionales en estos casos, pero privilegiando la vía del proceso de inconstitucionalidad, afirmando que:

“31. Incluso cuando, desde un punto de vista formal, el presente proceso responde a los presupuestos del proceso de inconstitucionalidad, en la medida que se trata de enjuiciar la eventual inconstitucionalidad de una serie de normas con rango de ley, es imposible soslayar que, desde un punto de vista material, se trata de un conflicto de competencias positivo, pues las distintas partes reclaman como propia la competencia para regular las materias abordadas por las ordenanzas regionales objeto de control.

No en vano existe un artículo de articulación de estas perspectivas en el CPCConst. En efecto, su artículo 110^o señala:

“Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es el proceso de inconstitucionalidad.”

De este modo se trata de encausar en la vía del proceso de inconstitucionalidad un conflicto de competencias que, no por tener su origen en la expedición de una serie de normas de rango legal, deja de ser tal.⁴⁷

⁴⁷ STC 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados)

En nuestro entendimiento, este debería ser la misma posición constitucional si la controversia de competencias se funda en la aprobación por parte de un Poder del Estado o un organismo constitucional de una norma –ya no de rango legal- sino reglamentaria. En ambos casos se trata de un conflicto de competencias positivo por interferencia o menoscabo en las facultades o ámbitos funcionales de otro organismo de la misma índole, plasmado en una norma jurídica que, siguiendo la posición del demandante, devendría en inconstitucional o ilegal por invadir sus competencias. Lamentablemente esa no ha sido la posición uniforme de la Corte Suprema de la República quien ha afirmado la improcedencia de demandas de acción popular en controversias entre el Poder Ejecutivo y Gobiernos Regionales por la emisión de normas reglamentarias alegadas como contrarias a las competencias asignadas a dichas instancias regionales del Estado.

Un primer caso, fue la demanda interpuesta por Gobierno Regional de Arequipa contra el Decreto Supremo No. 017-2007-ED que creaba la Superintendencia Nacional de Educación, afirmando que invadía competencias de los Gobiernos Regionales, conferidas por la Ley de Base de Descentralización – Ley No, 27783 y la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales -Ley No. 27867. En la parte pertinente de la decisión, la Corte manifestó que:

“Que en relación a la denuncia por infracción constitucional respecto al Decreto Supremo No. 019-2007-ED descrita en el punto b), estando a que la parte recurrente denuncia una irrupción en la competencia de fiscalizar en materia de educación, cultura, ciencia y tecnología que, según manifiesta, le compete a los Gobiernos locales mas no así al Gobierno Nacional; dicha

situación no puede ser materia de dilucidación por el presente proceso al encontrarse en entredicho un conflicto de competencias entre el Gobierno Nacional y un Gobierno Local que solo puede ser materia de dilucidación por la vía del proceso competencial”.⁴⁸

Igualmente en otro caso, la Corte Suprema denegó una demanda de acción popular contra las Resoluciones Directorales No. 139-2005-GRP y No. 048-2006-GRP emitidas por la Dirección Regional de la Producción del Gobierno Regional de Piura planteadas por el Ministerio de la Producción del Gobierno Nacional argumentando la incompetencia de la Región para regular en materia de secado del calamar gigante de manera artesanal.

“Sexto: que, estando a lo expuesto precedentemente, el proceso constitucional de acción popular no resulta ser la vía constitucional idónea para resolver esta controversia al encontrarse en entredicho un conflicto de competencias entre el Poder Ejecutivo y un Gobierno Regional que solo puede ser materia de dilucidación por la vía del proceso competencial; por consiguiente habiéndose incurrido en la causal de improcedencia a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 numeral 9 del Código procesal constitucional; (...)”⁴⁹

⁴⁸ Octavo fundamento de la Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el proceso de acción popular No. 761-2009-LIMA de 18 de junio de 2009, publicada el día 12 de febrero de 2010-

⁴⁹ Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, Exp. No. 1233-08-PIURA de 3 de setiembre de 2008 y publicado el 28 de enero de 2009.

5. La competencia judicial para conocer el proceso de acción popular.

5.1. La tradicional competencia judicial y la tendencia al cambio.-

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

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

- “1. La Sala correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el Órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y ⁵⁰
2. La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos”.

Por tanto se entiende que para determinar la competencia de las Cortes Superiores deberá estarse a la ubicación territorial del órgano emisor de la norma impugnada, y no al domicilio de la entidad ni del demandante, ni donde se concreta la aplicación de la norma reglamentaria. Si fuere emitido

⁵⁰ La Ley Procesal del Trabajo (art. 5) establece la competencia de las Salas Laborales para conocer de las demandas de acción popular contra reglamentos en materia laboral. Es importante precisar que conforme a criterio jurisprudencial esta competencia para conocer demandas de acción popular, no alcanza a los reglamentos en materia previsional que corresponde al fuero común (Demanda contra D. S. No. 119-2003-EF, Sentencia A.P. No. 704-2004-LIMA de 13 de setiembre de 2004, publicada el 18 de febrero de 2005).

el reglamento por un Gobierno Regional, por una Municipalidad y por cualquiera de sus instancias descentralizadas, la competencia corresponde a la Sala de la Corte Superior del Distrito Judicial bajo cuya circunscripción se halle el órgano emisor. Por otro lado, si el órgano emisor perteneciera al nivel nacional de gobierno, incluyendo organismos constitucionalmente autónomos, Poderes del Estado, incluyendo al Ejecutivo, a través de algún órgano de los Ministerios o por un organismo público descentralizado, corresponderá conocer a la Corte Superior de Lima. Por ello, fue declarada improcedente la demanda interpuesta por el Sindicato General del SUTE Regional Cusco contra la Dirección Regional del Cusco para que se declare la ilegalidad de la Resolución Ministerial No. 0101-2009-ED que aprobó los lineamientos para la evaluación y racionalización de plazas de educación básica y técnico productiva del sector público, disposición de alcance nacional y no producida por autoridad regional o local.⁵¹

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

⁵¹ Exp. No. 2391-2009-CUSCO de 30.MAR.2010.

“Como el proceso de acción popular procede contra cualquier autoridad, no debe pensarse que las Salas de la Corte Superior del Distrito Judicial correspondiente, solo son competentes frente a las normas que emanan del gobierno regional o local. Somos de la opinión que si se trata de un órgano emisor con ubicación territorial en un determinado gobierno regional o local sin que forme parte de su estructura orgánica ni administrativa, pero que el radio de acción de su normatividad no traspasa la circunscripción territorial correspondiente, la sala competente es la del distrito judicial que corresponde, entendiéndose en estos casos que la de Lima tiene naturaleza residual”.⁵²

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

No obstante la historia – o acaso precisamente por ella- existe la tendencia en favor de transferir la competencia al Tribunal Constitucional, de modo que concentre el conocimiento de los procesos en defensa de la legalidad constitucional.⁵³ Ese fue el temperamento del Anteproyecto de Ley de reforma de la Constitución de 2002, cuyo artículo 209 numeral 1) indicaba que el Tribunal Constitucional sería competente para tramitar y resolver en instancia única los procesos de inconstitucionalidad y los de acción popular⁵⁴

⁵² MESIA, Carlos; “Exegesis del Código procesal constitucional”, Gaceta Jurídica, 2004, p. 480

⁵³ En esta tesitura se encuentran contemporáneamente LANDA ARROYO, Cesar; op. cit., p. 150 y HUERTA GUERRERO, Luis; “Proceso de Acción Popular”. En: la Constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 1101 y 1102. También han manifestado esa posición la Comisión Andina de Juristas en su “Análisis del proyecto de Constitución”. En: Del Golpe de Estado a la Nueva Constitución. Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 9. Lima, 1993, p. 231,

⁵⁴ El mencionado Anteproyecto mantenía una disposición contradictoria en su art. 191 que indicaba que el Poder Judicial ejercía el control de la potestad reglamentaria.

Ciertamente –como lo manifiesta por ejemplo, ESPINOZA SALDAÑA– otorgar la competencia en instancia única al Tribunal Constitucional tiene la desventaja práctica de desanimar su empleo a los potenciales actores por la centralización funcional de este organismo.⁵⁵ En esa línea, si bien creemos importante permitir la unificación procesal de los mecanismos de control abstracto de las normas jurídicas en el Tribunal Constitucional ello no necesariamente deriva en aceptar una instancia única en ese organismo, ya que puede abrirse como última instancia de revisión luego de la decisión judicial de la Sala Constitucional o Civil, según corresponda

A decir del profesor **LANDA**, en opinión que compartimos, la competencia judicial respecto de estos procesos no necesariamente implica la exclusividad para conocerlo del Tribunal Constitucional pues podría reservarse para este la instancia de revisión y mantener la competencia primaria en el Poder Judicial. El mencionado profesor manifiesta que “(...) *en este sentido, la acción popular, si bien podría tramitarse en sede judicial, debería, en última instancia, ser resuelta en sede constitucional, a fin de integrar las decisiones judiciales dentro de la supremacía de interpretación de la Constitución, a cargo del Tribunal Constitucional*”⁵⁶

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

⁵⁵ ESPINOZA SALDAÑA, Eloy; “Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y debido proceso”, ARA Editores, 2003, p. 135

⁵⁶ LANDA ARROYO, Cesar; op. Cit., p. 150.

Una primera tesis en ese sentido es la que plantea ABAD YUPANQUI, para quien la propuesta sería modificar la actual competencia judicial sobre este proceso constitucional diferenciando según se cuestione las normas reglamentarias por vicios de legalidad o de constitucionalidad. En este sentido, para esta propuesta si se impugnara un reglamento por su inconstitucionalidad correspondería conocer al Poder Judicial en vía del proceso de acción popular. Si, por el contrario, lo que se cuestiona fuere la ilegalidad formal o sustancial, sería objeto de un proceso contencioso administrativo también ante el Poder Judicial dejando de ser un proceso constitucional propiamente dicho.⁵⁷

Desde esta misma tendencia, también se ha propuesto fusionar la acción popular con la acción de inconstitucionalidad, de modo que los reglamentos que son el objeto de control de la acción popular pasen a incorporarse al proceso de inconstitucionalidad para ser un único proceso de control normativo (proceso de inconstitucionalidad) ante el Tribunal Constitucional. La propuesta preparada por un grupo de juristas y publicada por la Comisión Andina de Juristas planteaba establecer como competencia del Tribunal Constitucional además de la declaración, de inconstitucionalidad de las leyes; la declaración, a petición de cualquier ciudadano de “la inconstitucionalidad parcial o total de los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general expedidos por el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público, que infringen la Constitución o la ley”⁵⁸

⁵⁷ ABAD YUPANQUI, Samuel; “Derecho Procesal Constitucional”, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 198.

⁵⁸ Artículo 299 del Proyecto de Reforma del Título V de la Constitución preparado por el Centro de Estudios Constitucionales. Lecturas sobre temas constitucionales No. 8, Comisión Andina de Juristas. Lima, 1992, p. 266.

Para ello se afirmaban como razones fundamentales: la potenciación del Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución para que conozca de todas las impugnaciones directas contra normas generales y por que “no existe diferencia sustancial entre la acción popular y la llamada acción de inconstitucionalidad pues ambas se dirigen contra normas y tienen por finalidad expulsarlas del ordenamiento jurídico. Por ello no se justifica que en un caso, una siga tramitándose ante el Poder Judicial y la otra ante el Tribunal de Garantías. Ambas deben ser conocidas por el mismo órgano, que el proyecto propone sea el Tribunal Constitucional”.⁵⁹

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

- Transferir la competencia al Tribunal Constitucional de manera concentrada manteniendo la individualidad de la acción popular
- Abrir la competencia en última instancia del Tribunal Constitucional manteniendo la competencia judicial primaria para conocer del proceso de acción popular en primera instancia.
- Desdoblar las vías para cuestionar los reglamentos en función del tipo de vicio incurrido, concentrando el proceso de acción popular para reglamentos inconstitucionales y transfiriendo al proceso contencioso administrativo, las demandas contra reglamentos por contravención de normas legales.

⁵⁹ Proyecto de Reforma del Título V de la Constitución preparado por el Centro de Estudios Constitucionales. Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 8, Comisión Andina de Juristas. Lima, 1992, p. 258

- Incorporar el objeto de control del proceso de acción popular al proceso de inconstitucionalidad y fusionar ambos instrumentos dentro de este último.

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

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

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

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

Al respecto, el Tribunal Constitucional⁶⁰ afirmó:

⁶⁰ (Exps. No. 0045-2004-PI/TC (F.74) y Acumulados 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (F. 103), STC Exp. 0009-2009-PI/TC, 00015-2009-PI/TC, 00029-2009-PI/TC (acumulados) demanda contra D. Leg. 1049, Ley del Notariado

“Sin embargo, el Tribunal Constitucional sí puede efectuar el control abstracto de constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal y, así, pronunciarse sobre su validez constitucional, cuando ella es también inconstitucional “por conexión o consecuencia” con la norma de jerarquía legal que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional. De conformidad con el artículo 78° del CPConst, “La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia. (...)”

“Una precisión adicional es que la disposición procesal citada no establece que la norma a la que se extiende la inconstitucionalidad tenga que ser de la misma jerarquía de la que es declarada inconstitucional. La advertencia de este aspecto adquiere singular relevancia si se advierte que las relaciones de conexidad y de consecuencia entre las normas no se producen únicamente entre normas de la misma jerarquía, sino también entre las que ostentan diferente jerarquía –v.gr. la relación entre Ley y Reglamento de desarrollo-. Esta circunstancia puede imponer que la constatación de la extensión de la inconstitucionalidad tenga que proyectarse a normas de jerarquía inferior.

Los supuestos en los que la declaratoria de inconstitucionalidad ha de extenderse a otras normas son, así, dos: conexidad y consecuencia. *Prima facie* y sin perjuicio de ulteriores precisiones que ha de efectuarse en la jurisprudencia de este Tribunal, estas relaciones pueden entenderse del siguiente modo. La relación de conexidad entre normas consiste en que el supuesto o la

consecuencia de una de ellas es complementada por la otra. O, si se prefiere, desde una perspectiva más general: que el régimen de una materia dispuesto en una norma es complementado, precisado o concretizado por otra. Por su parte, la alusión al concepto “consecuencia” supone una relación de causalidad, donde el contenido de una norma resulta instrumental en relación a otra. La relación de instrumentalidad que una norma tiene respecto a otra supone una relación de medio-fin, en la cual si la que desenvuelve el rol de fin es declarada inconstitucional, por lógica consecuencia, la que desempeña el rol de medio deviene también inconstitucional. La declaratoria de inconstitucionalidad de la “norma-fin” trae como consecuencia la inconstitucionalidad de la “norma-medio”.

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

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

“Existe empero un supuesto distinto consistente de relación entre normas en las que una redundante, reitera o reproduce la enunciada por otra que es la declarada inconstitucional. En tal supuesto, resulta lógico que aquella, al reproducir el contenido inconstitucional de la norma impugnada, es también

inconstitucional y, por tanto, debe declararse su inconstitucionalidad. En sentido exacto, para emplear la dicotomía disposición-norma frecuentemente empleada por este Tribunal, se trata de dos “disposiciones” que expresan la misma norma. Desde esta perspectiva, en cuanto la declaración de inconstitucionalidad es respecto de la norma, todas las disposiciones que la enuncien o reproduzcan deben ser también declaradas inconstitucionales.

En este supuesto, no cabe hablar de que entre la disposición que enuncia la norma inconstitucional y la que la reproduce exista una relación de conexidad o de consecuencia, en los términos antes expuestos. Las relaciones de conexidad o de consecuencia presuponen por definición la existencia de normas “distintas”, se dan entre normas “diferentes”. Por el contrario, en el supuesto analizado se trata sólo de una reproducción o redundancia de una norma que ya ha sido declarada inconstitucional. Aquí, entre la norma declarada inconstitucional y la otra que reproduce su contenido no existe relación de conexidad o de consecuencia, sino una relación de identidad. En este sentido, este supuesto no se encuentra comprendido por la disposición procesal antes mencionada.

Ahora bien, aunque este supuesto no está comprendido en sentido estricto por el artículo 78° del CP Const, desde su literalidad, sí es posible, por el contrario, entender que ella subyace a la *ratio* de dicha norma. En efecto, si ella habilita la expulsión de normas distintas a la declarada inconstitucional, a *fortiori*, ha de admitirse la expulsión de otras normas que tienen el mismo contenido que la declarada inconstitucional. El citado

artículo 78° constituye una excepción al principio procesal de congruencia, pero si el objeto del control abstracto puede ser extendido por el Tribunal a comprender normas distintas a la impugnada y declarada inconstitucional, con mayor razón esa consecuencia ha de proyectarse sobre otras disposiciones que reproducen el contenido de aquella”.

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

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

Por estas razones, el Tribunal Constitucional sí puede efectuar el control abstracto de constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal y, así, pronunciarse sobre su validez constitucional cuando ella reproduce el vicio de inconstitucionalidad –la infracción de la Constitución- de la norma de jerarquía de ley que es declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Esto resulta de recibo debido a que: “Si lo declarado inconstitucional es un precepto cuyo contenido se reitera en el reglamento de desarrollo, no cabe duda de que inconstitucional será también, por el mismo motivo, el o los correspondientes artículos reglamentarios”^{61[22]}. Y es que, como acertadamente se ha afirmado, “(...) si la inconstitucionalidad se predica de la norma, su declaración por el Tribunal Constitucional la expulsa del ordenamiento jurídico allí donde se encuentre; sea con forma de ley, sea con forma de reglamento”

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

iii) Cuando conoce de un amparo contra norma reglamentaria autoaplicativa.

Un último caso que ha admitido la valoración directa y capacidad de pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto de normas

reglamentarias, es con motivo de la interposición de un proceso de amparo contra alguna norma reglamentaria de tipo autoaplicativa.⁶²

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

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

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

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

⁶² EXP. N.º 4677-2004-PA/TC, EXP. N.º 03116-2009-PA/TC y EXP. N.º 00051-2011-PA/TC.

6.1. El proceso contencioso administrativo

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

Es el caso emblemático del régimen jurídico español, el que desde su Constitución⁶³ y luego la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa⁶⁴, permiten el recurso directo contra los reglamentos cualquiera sea la entidad de la cual provengan con el objetivo de verificar si la disposición infringe alguna ley o precepto constitucional, si ingresa en algún aspecto reservado a la ley o fue aprobada sin seguir el procedimiento regular.

⁶³ España

Artículo 106.

1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.
2. Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

⁶⁴ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
Artículo 25.

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

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

Artículo 71.

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

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

(..)

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

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

En América Latina también se sigue este modelo como nos lo atestiguan los ordenamientos colombiano⁶⁵ y argentino⁶⁶, en los que regula el recurso directo ante la autoridad judicial que conoce del proceso contencioso administrativo contra los decretos o actos de carácter general –que involucra a las normas reglamentarias-. Es más aparece igualmente propuesta dicha regulación en el denominado Código Procesal Administrativo modelo para Iberoamérica⁶⁷ bajo la denominación de “impugnación de disposiciones generales” por la que se permite su impugnación directa ante la justicia ordinaria fundándose en infracción a los tramites esenciales del procedimiento de elaboración o en la infracción de

⁶⁵ Constitución de la Republica de Colombia
Art. 237

Son atribuciones del Consejo de Estado:

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

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

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

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

⁶⁶ Ley Nacional de Procedimientos Administrativos

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

- a) Cuando un interesado a quien el acto afecte o pueda afectar en forma cierta e inminente en sus derechos subjetivos, haya formulado reclamo ante la autoridad que lo dicto y el resultado fuere adverso o se diere alguno de los supuestos previstos en el artículo 10)
- b) Cuando la autoridad de ejecución del acto de alcance general le haya dado aplicación mediante actos definitivos y contra tales actos se hubieren agotado sin éxito las instancias administrativas.

⁶⁷ Véase, GONZALEZ PEREZ, Jesús; y CASSAGNE, Juan Carlos; La Justicia Administrativa en Iberoamérica. Editorial Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Primera Edición, 2005.

normas de superior jerarquía (art. 16) debiéndose entender con la entidad autora de la norma (art. 11.3) y, en caso de obtenerse sentencia estimatoria corresponderá declarar su nulidad total o parcial de la disposición con vigencia desde la publicación de la sentencia, sin perjuicio de ser tenidas en cuenta por los tribunales en las sentencias que dictaren respecto de la aplicación al caso concreto de la norma ilegal; pero lo que el juez no puede hacer es –en respeto a la discrecionalidad administrativa– determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos contrarios al ordenamiento, (art. 46)

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

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

- i) ¿en qué medida se exige al actor de este proceso contar con una legitimidad basada en ser afectado o cuando menos amenazado de manera cierta e inminente en sus derechos subjetivos por la ejecución de la norma?;

- ii) ¿será exigible al actor agotar la vía administrativa previamente, esto es, plantear un reclamo previo ante la autoridad que dictó el reglamento y, luego, obtener una decisión definitiva de la autoridad?
- iii) ¿Cuál será el efecto apropiado a asignarse a la sentencia estimatoria de la ilegalidad del reglamento tratándose de un actor legitimado personalmente para activar el proceso? ¿puede ser erga omnes o solo tiene efectos inter partes?

6.2. El proceso de inconstitucionalidad.-

Fue Kelsen quien afirmó⁶⁸ que

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

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

⁶⁸ KELSEN, Hans; La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional. En: “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, núm. 10, julio-diciembre de 2008. pp. 3-46.

Para afirmar la conveniencia de considerar los cuestionamientos de inconstitucionalidad dentro de la jurisdicción ordinaria, el pensador explicaba que “Dos puntos de vista concurren, pues, en la determinación de la competencia de la jurisdicción constitucional: de una parte, la noción pura de garantía de la Constitución, que conduciría a incorporar en ella el control de todos los actos inmediatamente subordinados a la Constitución y sólo ellos. Por otro lado, la oposición entre actos generales y actos individuales, que incorporaría al control de la jurisdicción constitucional las leyes y los reglamentos. Es necesario, haciendo a un lado todo prejuicio doctrinal, combinar estos dos principios según las necesidades de la Constitución así considerada”.⁶⁹

En la línea de lo expuesto algunos ordenamientos regionales consideran a los reglamentos inconstitucionales o ilegales como objeto del proceso de inconstitucionalidad. Es el caso de las Constituciones Políticas de Guatemala⁷⁰, Costa Rica⁷¹, de El Salvador⁷², Republica Dominicana⁷³,

⁶⁹ KELSEN, Hans; La garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia constitucional. En: “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional”, núm. 10, julio-diciembre de 2008. pp. 3-46.

⁷⁰ Guatemala:

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

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

ARTICULO 272.- Funciones de la Corte de Constitucionalidad.

La Corte de Constitucionalidad tiene las siguientes funciones:

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

⁷¹ Ley de Jurisdicción Constitucional

Artículo 73.- Cabrá la acción de inconstitucionalidad:

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

⁷² El Salvador

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

Bolivia⁷⁴, Ecuador⁷⁵ y parcialmente Chile en lo que se refiere a los reglamentos que vulneren la reserva de ley.⁷⁶

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

⁷³ Artículo 185.- Atribuciones. El Tribunal Constitucional será competente para conocer en única instancia:

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

⁷⁴ Código Procesal Constitucional (2012)

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

⁷⁵ Constitución de la República del Ecuador

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

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

LEY ORGANICA DE GARANTIAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

Capítulo XII

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

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

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

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

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

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

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

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

TITULO IV

CAPITULO II

Las normas reglamentarias como objeto del proceso de acción popular

1. El objeto del proceso de acción popular en nuestra evolución constitucional.-

La determinación de las normas que pueden ser objeto de cuestionamiento a través del proceso de acción popular constituye un primer elemento fundamental para poder apreciar su extensión, alcance e interrelación con otros procesos constitucionales y/o legales.

Si apreciamos con detenimiento los textos fundamentales que han instaurado este proceso, veremos que han mantenido un sentido aparentemente unívoco para determinar el ámbito objetivo para la acción popular:

En la Constitución Política de 1933 se le consagró de la siguiente forma:

⁷⁶ Constitución Política de Chile

Art. 82

Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

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

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

Durante el debate del Proyecto de Constitución hubieron voces que pretendieron incluir dentro del objeto de este proceso también a las “resoluciones”, afirmando que

“Este artículo se refiere solamente a los decretos y a los reglamentos, omitiendo las resoluciones, siendo así que muchas resoluciones pueden infringir la Constitución y las leyes. Esta omisión es tanto más injustificable si se tienen en cuenta que entre las atribuciones del Presidente de la Republica ya se dijo en el inciso octavo del articulo respectivo, que tiene también la de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas y, con esta misma restricción, dictar decretos y resoluciones. Por siguiente, para que haya unidad en nuestra legislación necesitamos, también, agregar a este articulo la palabra resoluciones, a fin de que se trate de reglamentos, decretos y resoluciones”.⁷⁷

Frente a esa posición, la mayoría congresal afirmó que este proceso debería quedar reservado únicamente para normas de carácter general

⁷⁷ Intervención del constituyente Juan José Hidalgo en la Sesión del Congreso Constituyente de 1931. CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1931: Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1931. Lima: Publicación oficial, 1931-33.

provenientes del Poder Ejecutivo, excluyendo a las resoluciones específicas o de carácter particular. Por ejemplo, el constituyente Bustamante de la Fuente, integrante de la Comisión de Constitución, afirmó que:

“(…) la comisión consideró innecesario e inconveniente poner el término “resolución” porque las resoluciones se refieren a casos particulares. Cuando tienen carácter general entonces se llaman decretos gubernativos de carácter general. Las resoluciones solamente recaen, en los asuntos o expedientes particulares y la comisión consideró inconveniente que todas las resoluciones estuvieran sujetas a la revisión del Poder Judicial”.

En esa misma línea afirmó don Clemente Revilla, que:

“La Comisión cree, pues, conveniente sostener el artículo porque es perfectamente claro: contra las resoluciones de carácter particular hay acción judicial directa, no así contra los reglamentos y decretos, ahora damos la acción popular contra los reglamentos y decretos de carácter general”⁷⁸

Luego en la Carta de 1979, se mantuvo este objeto cuando nos señaló lo siguiente:

⁷⁸ Intervención del constituyente Clemente J. Revilla en la Sesión del Congreso Constituyente de 1931. P. 2641.

Artículo 295. (...)

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

Finalmente, la Constitución vigente ratifica como ámbito actuación en los siguientes términos:

Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional

Son garantías constitucionales:

(...)

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

Como se puede apreciar, las tres consagraciones constitucionales de este proceso de modo uniforme señalan como su objeto, sin importar la autoridad administrativa de la cual provengan, ha:

- Los reglamentos y las normas administrativas.

- Las resoluciones y decretos de carácter general

Una primera situación a aclarar es si, como creímos en alguna oportunidad⁷⁹, estamos frente a una repetida redundancia del legislador constituyente para referirse únicamente a la potestad reglamentaria de la Administración Pública o si en verdad, existen aquí varios y distintos fenómenos jurídicos involucrados en estos términos.

Como vamos a ver en las siguientes páginas, el entendimiento del Poder Judicial ha sido que estamos frente a dos fenómenos próximos pero distintos cuyos cuestionamientos pueden encaminarse en vía de acción popular: los reglamentos y normas administrativas (expresión de la potestad reglamentaria de la Administración) y, por otro lado, las resoluciones y decretos de carácter general.

2. Los Reglamentos y las normas administrativas.-

2.1. Aspectos generales de los reglamentos administrativos.-

Los reglamentos son normas jurídicas que emanan de alguno de los organismos que forman parte de la Administración Pública actuando en ejercicio de la función normativa del Estado.

⁷⁹ En otra oportunidad sostuvimos “Debemos advertir que la frase es equivocada, pero debemos decir, en su descargo, que no proviene del legislador del Código, sino que repite la fórmula del Art. 200 inciso 5 de la Constitución y Art. 1 de la antigua Ley No. 24968, Ley procesal de acción popular. No estamos frente a tres objetos de control distintos: 1) Reglamentos; 2) Normas administrativas; y, 3) Resoluciones de carácter general, sino frente a un solo fenómeno: el reglamento. No existen normas administrativas ni resoluciones de carácter general que no sean reglamentarias, ni tampoco existen normas administrativas –que por antonomasia son generales- puedan ser singulares”. MORON URBINA, Juan Carlos; “Aportes para el estudio del nuevo régimen de la acción popular en el Código Procesal Constitucional”. En EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde. Lima, Editorial Jurídica Grijley, Volumen II, p. 1091-1106.

En puridad estamos hablando de un sólo fenómeno denominado reglamento o norma administrativa. Evidentemente no cabe calificar como tales y por ende, cuestionar por medio de la acción popular, las normas aprobadas por personas jurídicas no estatales aunque califiquen de derecho público interno como son los Colegios Profesionales por ejemplo, al aprobar sus Estatutos o normas para el ejercicio de la profesión. Así lo estableció la Corte Suprema cuando declaró improcedente una demanda de acción popular contra el Estatuto de Colegio de Abogados de Lima⁸⁰. En igual manera están fuera del alcance del control constitucional y de legalidad de este proceso las normas reglamentarias de personas jurídicas privadas aunque presten servicios públicos como son las Universidades Privadas⁸¹

Ahora bien, un tema objeto de importante discusión académica ha sido la identificación de las características jurídicas útiles para diferenciar el reglamento de otros fenómenos producido por la propia administración, como son el acto administrativo y el acto de administración interna. Si bien se atribuye tradicionalmente tal capacidad a los atributos de generalidad y abstracción, contemporáneamente se realza más como propiedad esencial su carácter ordinamental, esto es, su incorporación al ordenamiento jurídico previamente existente, modificándolo, innovándolo, derogándolo o interpretándolo con vocación de permanencia por lo que está destinado a ser aplicado/repetido continuamente a las futuras situaciones jurídicas previstas en su supuesto de hecho, hasta su derogación. Por ello, el criterio principal para distinguir al reglamento del acto administrativo no debe buscarse en su generalidad, sino en entender

⁸⁰ Exp. No. 2535-2003-LIMA de 2 de julio de 2004

⁸¹ Así lo estableció el Poder Judicial al declarar improcedente la demanda contra el Estatuto de la Universidad San Pedro. (Exp. 171-2009 Corte Superior). En sentido contrario, aunque sin análisis de fondo al respecto, la Corte Suprema de Justicia admitió conocer la demanda por vicio en la publicación contra el Estatuto de la Universidad Andina del Cusco (Universidad privada), en el Exp. No. 4789-2009 de 11.NOV.2010 publicado el 27.09.11.

que mientras los actos administrativos no integran el ordenamiento, son decisiones ordenadas y no conformantes del ordenamiento producida en el seno del ordenamiento y no por éste, constituyen un típico acto de aplicación⁸²

A decir del profesor Jorge Danos⁸³, en criterio que no podemos dejar de compartir, tres han sido los criterios comúnmente esbozados en la doctrina para trazar la línea divisoria entre un reglamento y un acto administrativo: criterio de la abstracción o generalidad, criterio ordinamental, criterios de la consunción. Por el criterio de la generalidad, los reglamentos se pueden identificar porque tienen una dimensión impersonal, abstracta y general, sin embargo no sirve para distinguir de los actos administrativos generales no normativos. Por eso es que contemporáneamente la doctrina es consciente que lleva a equívocos lamentables asumir este criterio como único elemento. Por eso surgen los criterios ordinamentales y de la consunción. Según el criterio de pertenencia al ordenamiento (ordinamental) implica que un reglamento es una actuación que se incorpora al ordenamiento jurídico y no lo aplica a un caso concreto como es el acto administrativo. Finalmente, el criterio de la consunción afirma que el reglamento no se consume con su cumplimiento por sus destinatarios –como el acto- sino que es susceptible de una infinidad de cumplimiento por calificar como un precepto con vocación de permanencia en el sistema.

Pero varias otras son las razones para oscurecer aún más el análisis sobre el fenómeno reglamentario de cara a su control constitucional. A saber, la

⁸² CASSAGNE, Juan Carlos; Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Comentada y Anotada. La Ley, 2009, p. 422.

⁸³ DANOS ORDONEZ; Jorge; El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano. .Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Universidad Externado de Colombia, 2007 p. 212.

alta variedad terminológica en su génesis de modo que no es posible identificarlas bajo el nombre uniforme de reglamentos, sino que por el contrario, dependiendo de diversos criterios las normas que las producen la suelen denominar de diversas maneras y estilos, siendo los más frecuentes los de decretos, resoluciones, orden, regulación, instrucción, lineamientos o directivas, manuales. Por ello se suele afirmar con razón que existe una alta dosis de impureza en la normativa administrativa por la que aparecen bajo las más inusuales denominaciones no obstante ser –por su naturaleza- reglamentos⁸⁴

Un segundo problema radica en la multiplicidad de fuentes que generan normas en la Administración Pública, por lo que existen diversas jerarquías de reglamentos según sea la competencia jerárquica y material de su emisor. Para darse una idea aproximada debemos recordar lo que dispone el Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo cuando enumera las fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, advirtiéndonos de esa frondosidad:

“2.4. Los Decretos Supremos y demás normas reglamentarias de otros poderes del Estado.

2.5. Los demás reglamentos del Poder Ejecutivo, los estatutos y reglamentos de las Entidades, así como los de alcance institucional o provenientes de los sistemas administrativos.

2.6. Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores”

⁸⁴ GRECCO, Carlos Manuel; “Impugnación de disposiciones reglamentarias”. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 49.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse en nuestro sistema constitucional, el Presidente de la República y el Poder Ejecutivo no concentran toda la capacidad de reglamentación dentro del Estado. Si bien aparece en el artículo 118 de la Constitución el Presidente de la República como el órgano constitucional encargado de producir los reglamentos, “algunos órganos constitucionales también expiden reglamentos, y si bien, en rigor no son aquellos a los que alude el inciso 8) del artículo 118) de la Constitución, es evidente que tales reglamentos también constituyen fuente normativa porque desarrollan diversos ámbitos de sus leyes orgánicas o leyes de creación”⁸⁵

Como se puede advertir la fórmula legal hace que participen del ordenamiento jurídico administrativo, las siguientes normas conocidas genéricamente como reglamentos-:

- **Los Reglamentos nacionales aprobados por el Presidente de la República** que se exteriorizan de manera general –pero no exclusivamente por medio de Decretos Supremos.^{86 87}

⁸⁵ STC No. 0047-2004-AI/TC de 24 de abril de 2006, fj 31.

⁸⁶ Es importante diferenciar entre reglamento, como fenómeno jurídico per se, y la denominación de los tipos de disposiciones por medio de las cuales puedan aprobarse, pues corresponden a la idea de contenido y continente, recíprocamente. Por ejemplo, si bien el Decreto Supremo es la forma jurídica común por la cual se aprueban los reglamentos, también existen Decretos Supremos que contienen actos administrativos (Ej. Declaración de emergencia, aprobación de un TUPA), y, por otro lado, existen reglamentos que pueden ser aprobados por Resolución Ministerial o Directorales.

⁸⁷ Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley Nº 29158

Artículo 11.- Facultad normativa del Presidente de la República

Corresponde al Presidente de la República dictar los siguientes dispositivos:

(...)

3. Decretos Supremos.- Son normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional. Pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley. Son rubricados

- **Los Reglamentos de Poderes del Estado aprobados por los Poderes Legislativo y Judicial en ejercicio de la función normativa pero sobre asuntos no legislativos ni judiciales**, por tanto quedan excluidas normas como el Reglamento del Congreso o aquellas referidas a funciones jurisdiccionales. Por ejemplo, ha sido objeto de demandas de acción popular, las resoluciones administrativas del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial que aprueban el Valor de Aranceles Judiciales⁸⁸

- **Los Reglamentos estatales aprobados por instancias del Poder Ejecutivo distintas al Presidente de la República**, como por ejemplo, los Ministros y organismos públicos descentralizados. En estos casos, esas normas reglamentarias pueden tomar forma externa de Resoluciones Ministeriales⁸⁹, Resoluciones de Titulares de las entidades, resoluciones directorales, instrucciones, circulares, lineamientos o cualquier otra denominación⁹⁰ No obstante no

por el Presidente de la República y refrendados por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan.

Los Decretos Supremos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria del mismo, que postergue su vigencia en todo o en parte.

Artículo 13.- Potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria del Presidente de la República se sujeta a las siguientes normas:

1. El proyecto de norma reglamentaria es elaborado por la entidad competente. Se tramita acompañado de la exposición de motivos, los informes, estudios y consultas realizados.
2. Los reglamentos se ajustan a los principios de competencia, transparencia y jerarquía. No pueden transgredir ni desnaturalizar la ley. Se aprueban, dentro del plazo establecido, mediante decreto supremo, salvo disposición expresa con rango de ley.
3. Los proyectos de reglamento se publican en el portal electrónico respectivo y por no menos de cinco (5) días calendario, para recibir aportes de la ciudadanía, cuando así lo requiera la Ley.

⁸⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, Exp. No. 3739-2002-LIMA de 14 de mayo de 2004 y la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, A.P. 273-03 de 14 de mayo de 2004.

⁸⁹ Fue el caso de la demanda de acción popular contra Resolución Ministerial No. 024-2005-TR que aprueba el Plan Operativo de Ejecución de los Beneficios establecidos en la Ley N° 27803, que se anexa a la presente resolución. (Sentencia de la Corte Superior de Lima, Exp. No. 2547-2005 de 2 de noviembre de 2007 y publicada el 11 febrero de 2010).

⁹⁰ Es el caso de la demanda de acción popular contra Directiva No. 002-2003/CCO-INDECOPI sobre "Lineamientos sobre la disolución y liquidación ante el incumplimiento del Plan de

aparecer explícitamente en el artículo 118 de la Constitución Política del Estado la capacidad de otros organismos del Poder Ejecutivo para dictarlos existen diversas leyes que así lo reconocen de manera general como específica. Un ejemplo de ello, lo encontramos en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia al resolver la demanda de acción popular interpuesta contra la resolución administrativa que reglamentaba la Ley No. 28564. En este pronunciamiento se manifestó que:

“Décimo: que , en el caso de autos, la reglamentación de la Ley No. 28564 se dio con la expedición de la Resolución No. 0128-2005-CONAFU cuya ilegalidad se cuestiona vía la presente acción, no obstante se evidencia que la dación de la citada resolución reglamentaria obedeció en principio a la atribución concedida por la Ley No. 26439 y la propia Ley No. 28564 precisadas quienes concedían al CONAFU la facultad de verificar las solicitudes de autorización de universidades y en el caso de autos de reglamentar el procedimiento de ratificación de las filiales universitarias autorizadas por la Asamblea Nacional de Rectores durante la vigencia de la Ley No. 27504, por consiguiente, no se evidencia infracción a la Constitución o a la Ley, al haberse aprobado mediante una resolución administrativa el reglamento de la Ley No. 28564.”⁹¹

Reestructuración” aprobada por Resolución No. 0159-2003/CCO-INDECOPI de la Comisión de Procedimientos Concursales

⁹¹ Décimo y undécimo fundamento de la Sentencia A.P. No. 205-2009-LIMA de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de fecha 16 de junio del 2009 y publicada el día 13 de febrero de 2010

- **Los Reglamentos de Sistemas Administrativos** aprobados por los sistemas administrativos, como son los de control, de presupuesto, tesorería, compras gubernamentales, contabilidad, etc.

- **Los Reglamentos de los Organismos Constitucionalmente Autónomos** dados por estos para normar actividades dentro de su ámbito material funcional, tales como el Jurado Nacional de Elecciones, la Contraloría General de la República, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, el Banco Central de Reserva, las Universidades Estatales, el Consejo Nacional de la Magistratura, entre otras. Por ejemplo han sido objeto de demandas de acción popular normas administrativas dictadas por el Jurado Nacional de Elecciones, tales como las R. No. 860-2006-JNE, (Disposiciones aplicables para los candidatos a presidentes, Vicepresidentes, Consejeros Regionales así como candidatos a alcaldes y regidores municipales), del Consejo Nacional de la Magistratura, como por ejemplo, la R. No. 241-2002 de 13 de abril 2002, “Reglamento del Proceso de Evaluación y Ratificación de Jueces del Poder Judicial y Fiscales del Ministerio Público”, de la Superintendencia de Banco, Seguros y AFP, tales como, la R. SBS No. 1058-99 que aprueba “Reglamento del Registro del Sistema de Seguros”, o la R. SBS No. 795-2002 que aprueba “Reglamento operativo de Nulidad de afiliación al Sistema Privado de Administración de Fondos de pensiones, por tener derecho a pensión en el régimen 19990 y su R. SBS No.540-99, Reglamento de Cooperativas de Ahorro y Crédito no autorizados a operar con recursos del público. También han sido objeto de demanda de acción popular reglamentos de la Asamblea Nacional de Rectores, como su R. No. 897-2002-ANR que aprobó el Reglamento del Registro Nacional de Grados y Títulos Universitarios.

- **Los Reglamentos dados por otras Instancias Subnacionales (Gobiernos Locales y Gobiernos Regionales).** En el caso de los Gobiernos locales las normas susceptibles de ser controladas en este proceso, según la Ley Orgánica de Municipalidades aprobada por Ley No. 27972, son las normas aprobadas por Decretos de Alcaldía, que están llamados a establecer las normas reglamentarias y de aplicación de las ordenanzas, sancionan los procedimientos necesarios para la correcta y eficiente administración municipal y resuelven o regulan asuntos de orden general y de interés para el vecindario, que no sean de competencia del concejo municipal.⁹² Con anterioridad a esa ley orgánica también existían los Edictos, que fueron abrogados con esta nueva Ley Orgánica de Municipalidades.

En el caso de los Gobiernos Regionales, su Ley Orgánica No. 27867 establece como norma sublegal y de carácter general a los Decretos Regionales, son dictados por la Presidencia Regional, quien los aprueba y suscribe con el Acuerdo del Directorio de Gerencias Regionales.⁹³

Confrontando ello con la experiencia jurisprudencial nacional, confirmamos que resultan improcedentes –por no dirigirse contra reglamentos o normas administrativas- las demandas de acción popular que se presenten contra:

⁹² ARTÍCULO 52°.- ACCIONES JUDICIALES

Agotada la vía administrativa proceden las siguientes acciones:

(..)

2. Acción popular ante el Poder Judicial contra los decretos de alcaldía que aprueben normas reglamentarias y/o de aplicación de las ordenanzas o resuelvan cualquier asunto de carácter general en contravención de las normas legales vigentes.

⁹³ Al igual que en el caso de las Municipalidades, el nuevo proceso de descentralización suprime la figura de los Decretos Ejecutivos Regionales como otra norma reglamentaria susceptible de emitirse por el Gobierno Regional

- Resoluciones Legislativas y aún contra Tratados Internacionales ejecutivos aunque hayan sido aprobados por Decretos Supremos⁹⁴,
- Ordenanzas Municipales o Regionales –aunque materialmente versen sobre aspectos netamente administrativos como un Reglamento Interno de Sesiones⁹⁵, cree una organismo público de nivel municipal⁹⁶, reglamenta actividades administrativas⁹⁷ o incluso si aprueban normas de naturaleza materialmente reglamentaria⁹⁸-,
- Decretos Supremos que contengan declaraciones, como las que otorgan garantías para los inversionistas⁹⁹ así como
- Acuerdos de Concejo que se limiten a expresar una declaración o la voluntad municipal pero sin función normativa¹⁰⁰

⁹⁴ Demanda contra Resoluciones Legislativas, Tratado Internacional y Decretos Supremos que los aprueban (Exp. No. 2510-2002-LIMA de 26 de marzo de 2004 y publicada el 19 de febrero de 2005).

⁹⁵ Demanda de Acción Popular contra Ordenanza Regional No. 013-2004-CR/GRP que aprobó el Reglamento Interno del Consejo Regional de Puno. (Sentencia A.P. No. 2428-2005-PUNO de 7 de julio del 2006 publicada el 28 setiembre de 2006).

⁹⁶ Demanda de acción popular contra Ordenanza No. 003-2005-MPP que creó el SAT Pisco (AP No. 437-2006 de 13 de junio de 2006).

⁹⁷ Demanda de acción popular contra Ordenanza No. 030-2005-MDBI que aprobó el Reglamento de Canteras de la Municipalidad de Baños del Inca (AP No. 1626-2006 de 11 de mayo de 2007).

⁹⁸ Demanda contra Ordenanza regional No. 005-2007-CR-APURIMAC por el que el Gobierno Regional decreto un proceso de reorganización administrativa y funcional de la Unidad de Gestión Educativa Local de Andahuaylas. La sentencia afirma que “la presente vía no es la pertinente para cuestionar la citada Ordenanza Regional, pues tal norma tiene rango de ley, por lo que corresponde que sea impugnada en la vía de proceso de inconstitucionalidad, deviniendo en improcedente la demanda”. También sucedió lo propio en la demanda contra Ordenanza Municipal de la Municipalidad de Tacna que aprobó el “Reglamento de Programas Municipales de Vivienda – PROMUVI” (Sentencia A.P. No. 402-07-TACNA de 24 de agosto de 2007 y publicada el 17 de febrero de 2008).

⁹⁹ Demanda contra Decreto Supremo No. 124-2005-EF que otorgo garantías de estado peruano al concesionario del contrato de concesión vial del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur y contra el propio Contrato de Concesión. ⁹⁹ (Sentencia A.P. No. 1740-2007-LIMA de 26 de marzo de 2008 y publicada el 12 de agosto de 2008).

En esa misma línea, la jurisprudencia se ha encargado de precisar que tampoco prosperan demandas contra actos administrativos particulares contenidos bajo forma de Decreto Supremo como la disposición en venta directa de un predio estatal¹⁰¹, la cancelación de funcionamiento de empresas¹⁰² o la resolución que dispone la inscripción de la propiedad estatal sobre un predio¹⁰³, contra actos administrativos con destinatarios plurales¹⁰⁴, contra actos de administración interna como la delegación de

¹⁰⁰ Demanda de acción popular contra el Acuerdo de Concejo No. 039 de la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho que desconoce a una persona como Alcalde de la Municipalidad del Centro Poblado Menor del Anexo 22 de Pampa Canto Grande. La sentencia establece que “(...) el artículo 200 inciso 4 de la Constitución Política del Estado, determina las normas que pueden ser objeto del proceso de acción popular, entre las que no se encuentran los Acuerdos Municipales por ser decisiones tomadas por el Concejo de las Comunas del país, referidas a asuntos específicos de interés público, vecinal o institucional, que expresan la voluntad del órgano de gobierno para practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional, tal como lo precisa el artículo 41 de la Ley No 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades”¹⁰⁰ (Octavo fundamento de la Sentencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. Exp. No. 1117-2009-LIMA de 11 de setiembre de 2009 y publicada el 28 de julio de 2010)

¹⁰¹ Demanda contra Decreto Supremo No. 080-2006-EF por el que se dispone la transferencia a título de venta directa de un predio del distrito del Rímac a favor de Federación de Empresarios y Comerciantes de Insumos para la industria del calzado. La sentencia afirma que esta norma “regula una situación particular, consistente en la transferencia en propiedad de un terreno del estado a particulares en la modalidad de venta directa y a valor comercial; en consecuencia al poseer la norma cuestionada un carácter particular no puede ser analizado mediante la acción popular por estar destinado este proceso constitucional a evaluar la constitucionalidad o ilegalidad de normas de carácter general”.¹⁰¹ (Quinto fundamento de la Sentencia A.P. No. 246-2009-LIMA de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica de fecha 16 de junio de 2009 y publicada el 13 de febrero de 2010).

¹⁰² Demanda de acción popular contra D.S. No. 016-2003-Ed que cancela funcionamiento de Instituto Pedagógico Privado de Lingüística Ciencia Aplicadas – IPELICA-. Aquí considera la sentencia que no se trata de una norma de carácter general. Sentencia A.P. No. 175-2006-LIMA de 7 de julio de 2006, publicado el 10 de octubre de 2006

¹⁰³ Demanda de acción popular contra Resolución Municipal No. 12-2002-MPSC que dispone la inscripción en los Registros Públicos de la propiedad de una zona de canteras y además su empleo para la propia municipalidad.¹⁰³ (Sentencia A.P. No. 2319-2006-Cajamarca de 18 de mayo de 2007 y publicada el 3 de setiembre de 2007).

¹⁰⁴ Demanda de acción popular contra la R.D. No. 1336-2003-MPH/OATR que imputa el pago de deuda tributaria de impuesto predial y arbitrios a una serie de contribuyentes. (Sentencia A.P. No. 1784-04-AYACUCHO de 26 de mayo de 2005, publicada el 3 de diciembre de 2005).

funciones¹⁰⁵, el señalamiento de los ámbitos de competencia territorial de las dependencias administrativas¹⁰⁶, las decisiones de desactivar organismos y dependencias administrativas¹⁰⁷, la conformación de comisiones y órganos de las entidades¹⁰⁸, las Resoluciones Supremas que designan funcionarios en cargos públicos¹⁰⁹, entre otros.

En esta línea, la Corte Suprema ha presentado también algunos yerros al considerar como acto de alcance general a verdaderos actos administrativos como sucedió con la demanda de acción popular contra Resolución Suprema No. 122-2004-EF que dispone Ratificar el Acuerdo Directivo de Proinversión de entregar en concesión al sector privado el

¹⁰⁵ Demanda de acción popular contra Resolución de Alcaldía No. 003-2005 de 3 de enero de 2005, que regula la delegación de funciones del Alcalde de la Municipalidad de Lima al Gerente Municipal y a los directores municipales de línea. (Sentencia A.P. No. 1649-06-LIMA de 11 de mayo de 2007).

¹⁰⁶ Demanda contra Decreto Supremo No. 002-2005-AG que adecua la Dirección Regional Agraria Lima – Callao a los ámbitos territoriales de los Gobiernos Regionales de Lima y Callao, así como a la Municipalidad de Lima. La sentencia dice que “se trata de normas particulares que regulan la organización interna de la administración, como se ha expresado, se trata de normas que regulan la desactivación y extinción de un órgano desconcentrado del Ministerio de Agricultura y su transferencia a los gobiernos regionales de Lima y del Callao, y la MML, por tanto, dichas normas no pueden tener una aplicación general, sino que están restringidas solo a la organización interna de la administración” (Quinto fundamento de la Sentencia A.P. No. 2275-07 de 27 de noviembre de 2007 y publicada el 15 de agosto de 2008)

¹⁰⁷ Demanda de acción popular contra el D.S. No. 002-2005-AG que desactiva y extingue la Dirección Regional de Agricultura de Lima y Callao debido a supuesta vulneración de la Ley de Bases de Descentralización. La sentencia afirma que “Quinto: que, de la revisión de las normas en comento queda claro que se trata de normas particulares que regulan la organización interna de la administración, como se tiene expresado, se trata de normas que regulan la desactivación y extinción de un órgano desconcentrado del Ministerio de Agricultura y su transferencia a los gobiernos regionales de Lima y del Callao, y la Municipalidad de Lima; por tanto, dichas normas no pueden tener una aplicación general, sino que están restringidas solo a la organización interna de la administración, la que viene implementando un proceso de descentralización de las atribuciones y competencias de la administración pública”. Sentencia A.P. No. 2275-07-LIMA de 27 de noviembre de 2007 y publicada el 15 de agosto de 2008

¹⁰⁸ Demanda contra R. No. 1175-2003-ANR que conforma el Comité Electoral de la Universidad Nacional Hermilio Valdizan de Huánuco y dispone la preparación de un nuevo reglamento de elecciones. (Exp. No. 1060-04-LIMA de 3 de noviembre de 2004 publicada el 19 de febrero de 2005)

¹⁰⁹ A.P. No. 0049-2010 de 10.JUN.2010, Demanda contra R.S. No. 010-2009-MTC que designa a Presidente de Directorio de la Autoridad Portuaria Nacional.

proyecto denominado “Abastecimiento de agua potable para Lima Metropolitana” (obras de Marca II y obras de infraestructura de Huachipa).

¹¹⁰

Es la misma situación de la calificación dada de acto de administración interna a un reglamento de sanciones contra servidores públicos¹¹¹

2.2. Clases de reglamentos por su vinculación con la Ley.-

2.2.1. Los Reglamentos de ejecución como objeto de la acción popular.-

La primera categoría de reglamentos está constituida por los que se denominan ejecutivos, de ejecución o secundum legem, esto es, aquellos que tienen por propósito directo desarrollar o concretar de manera casuística y subordinada los preceptos normativos contenidos en una ley,

¹¹⁰ (Sentencia de la Corte Suprema No. 2890-2006.LIMA de 10 de agosto de 2007 publicada el día 22 de diciembre de 2007 que declara infundada la demanda).

¹¹¹ Demanda de acción popular se dirigió contra el Reglamento Administrativo – Ordenanza FAP No. 35-7 Personal Militar – Faltas y Sanciones de 24.JUL.2003 por contener sanciones de privación de libertad en contradicción con el artículo 230 inciso 1) de la Ley No. 27444 y no haber sido publicado en el diario oficial. En la parte pertinente de la sentencia, la Corte Suprema afirmó que:

“Sexto: Examinada la Ordenanza FAP No. 35-7 del 24 de julio de 2003, se aprecia que su objeto consiste en establecer las normas para imponer las sanciones correspondientes al personal militar FAP; su finalidad es asegurar el cumplimiento de las leyes, reglamentos y normas administrativas propias relacionadas con la disciplina militar, uniformizar la clasificación de las faltas y criterios para aplicar sanciones y medidas correctivas. De ello, se desprende que la citada Ordenanza es un acto de administración de la FAP, no alcanzando la categoría de norma legal de carácter general pasible de acción popular conforme al artículo 200 inciso 5 de la Constitución y al artículo 76 del Código procesal civil (sic). Asimismo no obstante su carácter reservado, en el numeral 7 incisos c) y d) señalaba como responsabilidades de los Comandantes, Directores, entre otros, difundir entre el personal militar de su unidad los alcances de la ordenanza; y del personal militar, tomar conocimiento y dar cumplimiento a las disposiciones de la misma” (Sexto fundamento de la Sentencia A.P. 1239-2009-LIMA de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de fecha dos de octubre de 2009 y publicada el 28 de abril de 2010)

un conjunto de sus artículos o a un conjunto de leyes referidas a una determinada materia contenidos en ley formal, en decreto legislativo, decreto de urgencia, o en una ley orgánica.

No resulta relevante para su existencia jurídica que la dación del reglamento haya sido impuesta por el legislador a la administración en algún precepto de la misma ley o que su origen, se encuentre en la voluntad unilateral de la administración de desarrollar esos preceptos legales para su mejor y uniforme aplicación por sus funcionarios. En ambos casos se tratara de un reglamento de ejecución de la ley. Nuestro propio Tribunal Constitucional los ha caracterizado como:

“Los primeros son los llamados reglamentos secundum legem, de ejecución, o reglamentos ejecutivos de las leyes, los cuales están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben. En efecto, es frecuente que la ley se circunscriba a las reglas, principios y conceptos básicos de la materia que se quiere regular, dejando a la Administración la facultad de delimitar concretamente los alcances del marco general establecido en ella”¹¹²

Con ese propósito, los reglamentos ejecutivos están llamados a precisar, desarrollar, pormenorizar, o complementar el precepto al cual reglamentan en lo estrictamente indispensable, para alcanzar su mejor ejecución, actualización y adaptación a las diversas circunstancias que se presentan. Para ello, el reglamento ejecutivo no necesita reproducir literalmente la ley que reglamenta, sino que incluso puede apartarse de su estructura gramatical, siempre que se ajuste al espíritu de la misma y sus disposiciones no sean incompatibles con los fines de aquella.

¹¹² Exps. Acum. N.os 0001/0003-2003-AI/TC – LIMA, Colegios de Notarios de los Distritos Notariales de Lima, Callao y Arequipa

Por ejemplo, la Corte Suprema ha reconocido que la función del reglamento no solo es desarrollar instrumentalmente los alcances de la ley sino precisar su contenido e incluso cubrir sus propios vacíos de cara a alcanzar su mejor aplicación. Así, la Corte Suprema ante el cuestionamiento al artículo 2) inciso a) del D.S. No. 005-2002-EF (Reglamento de la Ley del Canon) que precisa como base de cálculo para el monto del canon al impuesto la renta que obtiene el Estado de los titulares de la actividad minera por el aprovechamiento de los recursos minerales, metálicos y no metálicos, manifestó lo siguiente:

Sétimo.- Que, así, a través de la norma cuestionada el Ejecutivo simplemente preciso que el 50% del total de ingresos y rentas obtenidas por el estado en la actividad minera para efectos de determinar el canon minero respectaba al impuesto a la renta, lo cual resulta lógico pues la base de cálculo para dicha determinación necesariamente debe ser el impuesto obtenido por las utilidades provenientes de la explotación de los recursos minerales, esto es, el impuesto a la renta, que grava las utilidades de las empresas, y si la empresa, como en el caso que supone el artículo 9 de la Ley de Canon, se dedica a la explotación de recursos naturales mineros, la utilidad obtenida por dicha actividad generara un impuesto a la renta a pagar al estado, la misma que, por tanto, deberá servir como base para calcular el canon respectivo; pretender que otros ingresos y rentas sean consideradas en dicho calculo importaría introducir dentro de la base de cálculo elementos que no se derivan de la explotación de los recursos naturales, lo cual por lo demás se condice con el hecho de que en el texto primigenio del artículo 9) de la Ley de canon supuestamente vulnerado el impuesto a la renta

también figuraba como base de cálculo para deducir el canon minero, ello antes de su modificación por el Decreto de Urgencia No. 001-2002 y por la Ley No. 28007”.¹¹³

A este respecto cobra trascendental importancia su naturaleza de ser el “complemento indispensable” de la ley a la cual reglamenta por lo cual, le es permitido al reglamento incluir todo lo necesario para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley misma que desarrolla, pero a su vez, tampoco puede incluir aquello que no se considere razonablemente indispensable para garantizar estos fines y su naturaleza. Encontraran cabida como complemento indispensable crear procedimientos operativos para lograr el cometido de la ley, fincar competencias para resolver los expedientes, aprobar los requisitos razonables para el cumplimiento de ley, entre otros.

Con razón, la doctrina afirma que “el Reglamento ejecutivo debe incluir todos aquellos preceptos que sean indispensables para la correcta aplicación de la Ley; pero no podrá introducir más que lo que sea estrictamente indispensable. Esto supone que la potestad reglamentaria cuenta con el natural margen de apreciación que siempre es obligado reconocer a la Administración ejecutante. Pero no podrá, en ningún caso, limitar los derechos, las facultades ni las posibilidades de actuación contenidos en la Ley misma”¹¹⁴

En el mismo sentido se pronuncia SANTAMARIA PASTOR, para quien la naturaleza de “complemento indispensable” comprende dos aspectos:

¹¹³ Sétimo Fundamento de la Sala de derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema Exp. No. 540-2007-LIMA de fecha 7 de setiembre de 2007 y publicada el 11 de junio de 2008.

¹¹⁴ MORELL OCAÑA, Luis; Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, p. 101 y ss.

“Primero, el que el reglamento no puede limitar los derechos o situaciones jurídicas favorables que la ley establece, ni tampoco ampliar o endurecer las obligaciones o situaciones desfavorables. Y segundo, el reglamento debe incluir todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y la plena efectividad de la ley misma que desarrolla; por otro lado, no puede incluir más que lo que sea estrictamente indispensable para garantizar estos fines (solo lo indispensable)”.¹¹⁵

Este planteamiento del complemento indispensable ha sido acogido favorablemente por la Corte Suprema al analizar demandas de acción popular, como las que exponemos a continuación:

Quinto: Que, en este contexto, el referido reglamento lo que hace es precisar el ámbito de aplicación de la Ley No. 28667 y establecer el procedimiento conforme al cual se aplicara la citada Ley por lo que no se advierte trasgresión ni colisión con el citado dispositivo legal pues al precisarse que “... este procedimiento es sin perjuicio de que el adjudicatario original lo haya transferido a terceros” lo que pretende el citado reglamento es complementar la ley para que la administración no quede limitada al trámite administrativo de reversión, siendo potestad de los terceros discutir el trámite y que eventualmente sus derechos de reversión sean analizados en el proceso contencioso administrativo con cargo a las condiciones contractuales que lo sustenten.

(...)

¹¹⁵ SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso; Principios de Derecho Administrativo, Volumen I, Tercera Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., p. 349

Sétimo.- que, al respecto, la potestad constitucional otorgada al Presidente de la República de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, encuentra sustento en el principio de separación de poderes, por lo que, dicha potestad siempre tiene que ejecutarse respetando los límites y objetivos inmersos en cada Ley dictada por el parlamento, y siempre con las limitaciones de la propia Constitución, en cuanto a que no puede transgredir ni desnaturalizarse la ley, so pena de incurrirse en inconstitucionalidad, entendiéndose bajo estos conceptos, quitar la esencia de la ley, trasgredir sus fines o desnaturalizarlos hacia propósitos no queridos o pensados por el legislador.

Octavo.- Que, por lo expuesto, al establecerse en el Reglamento sub iudice la reversión de los terrenos, sin perjuicio de la transferencia a terceros, lo único que se hace hincapié es en una realidad que muy bien puede plasmarse dentro de las facultades contractuales de los adjudicatarios, realidades que si bien no contemplan la ley, la regulación reglamentaria no puede en modo alguno, transgredir sus fines y objetivos, al contrario optimizarlos.

Noveno.- Que, siendo así, el Decreto Supremo No. 018-2006-AG, cuya parte final del primer párrafo de su artículo 4 se denuncia ha sido emitido al amparo de la facultad y atribución constitucional otorgada al poder Ejecutivo, resultando la norma en cuestión imprescindible para la aplicación y cumplimiento de la Ley No. 28667; por lo que, al no haberse incurrido en contravención de los preceptos constitucionales y legales denunciados corresponde desestimar la presente demanda”.¹¹⁶

¹¹⁶ Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia. Exp. No. 1614-08 –LIMA de fecha 12 de diciembre de 2008, publicada el 20 de junio de 2009.

Similar criterio encontramos en otra Ejecutoria Suprema¹¹⁷ en la que se cuestionaba la ley reglamentada indicaba que los ganadores de un concurso cubrirían vacantes de jefaturas y direcciones a tiempo completo, pero sometidos a ratificación periódica, pero omitía indicar cuál sería ese periodo de ratificación; por lo que en vía reglamentaria se indicó que sería de tres años.

La posición de la Corte manifestó que:

“por tanto, ante tal vacío normativo, en aplicación de lo previsto en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto Legislativo No. 560 (Ley del Poder Ejecutivo) que establece que los decretos supremos son normas de carácter general que regulan la actividad sectorial o multisectorial a nivel nacional, la regulación establecida en el decreto supremo cuestionado ha sido efectuada sin vulnerar las pautas ya determinadas en el referido artículo 19 de la Ley del Trabajo Médico, constituyéndose en una disposición reglamentaria complementaria por lo que no se advierte vulneración alguna al principio de legalidad”. (Sexto considerando)

En una palabra, es función de estos reglamentos asegurar la correcta aplicación y la real ejecución de la voluntad de la ley a través de este instrumento normativo, por lo que no le está permitido modificar, suspender, desnaturalizar los fines de la norma¹¹⁸, limitar o corregir una

¹¹⁷ Sentencia A.P. No. 1130-2007-LIMA de 25 de octubre de 2007, publicada el 12 de agosto del 2008 y Sentencia de la Corte Superior de Lima, Exp. 508-06, Cuarta Sala Civil, del 18 de julio de 2006 y publicada el 2 de abril de 2007.

¹¹⁸ La Corte Suprema ha establecido como invalido el reglamento que contraviene no solo el texto de la ley que desarrolla sino cuando su alcance contraviene la finalidad de la ley

Ley, ni puede limitar los derechos o situaciones jurídicas favorables a los ciudadanos establecidos en la ley¹¹⁹, ni tampoco ampliar o endurecer las obligaciones o situaciones desfavorables. Hacerlo será incurrir en una ilegalidad material o sustancial.

establecida en sus considerandos o exposición de motivos hasta desnaturalizándola. Así se puede apreciar claramente en la siguiente sentencia:

“Sétimo: que, empero, la potestad reglamentaria del Ejecutivo debe ser ejercida de conformidad con las prescripciones contenidas en la Constitución y la Ley a desarrollar, y conforme puede verse a su texto, la norma impugnada, que incluye en su formulación a los egresados de las instituciones no universitarias, resulta contraria al Decreto Ley No. 18093 y al espíritu de su modificatoria, al Decreto Legislativo No. 712, conforme se entiende de la parte considerativa de ésta, donde se consigna como una de las motivaciones para su emisión, la existencia de un oligopolio en relación a los servicios de traducción oficial que impide que los egresados de los programas de traducción e idiomas de las universidades, institutos o centros educativos de valor oficial puedan trabajar de manera independiente y así mejorar sus ingresos y contribuir al desarrollo del país. Siendo ello así, la norma en cuestión atenta contra la disposición legal que pretende reglamentar, constituyéndose en un obstáculo para el fomento del empleo productivo, actividad cuya promoción corresponde a estado conforme lo establece el artículo 23 de la Carta Magna”. Sétimo Fundamento de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema Exp. No. 195-2007-LIMA de 24 de agosto de 2007 y publicada el 8 junio del 2009.

¹¹⁹ Esta posición ha sido acogida por la Corte Suprema de Justicia (Quinto y sexto fundamento de la Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema recaída en el Exp. No. 2410-2005-LIMA del 21 de junio de 2006 y publicada el 19 de enero del 2007) al considerar como inconstitucional un reglamento ejecutivo que agregaba requisitos para la obtención de derechos adicionales a los previstos en la ley que reglamenta Ahí estableció lo siguiente:

“Quinto: que, por D.S. No. 007-2002-VIVIENDA, publicado el cinco de octubre de 2002, se reglamentó la Ley No. 27810. Ley de Contingencias y de Reestructuración de deudas por préstamos otorgados por el banco de Materiales –BANMAT, con la finalidad de regular la cobertura de las contingencias y el desgravamen, la reestructuración de préstamos y operaciones con morosidad al treinta de junio del 2002, reducción de saldo de la deuda de préstamos otorgados para techos livianos así como el plazo de acogimiento.

Sexto: que, del análisis realizado al D. S. cuya ilegalidad se desprende se aprecia que el inciso C) del artículo 2) del D. S. No. 007-2002-VIVIENDA incorpora un requisito adicional a lo previsto en el artículo 1 de la Ley No. 27810 en el punto que dice “.. que le impida asumir apropiadamente su subsistencia”, -con lo señalado- adicionada lo que no está dicho en la Ley acotada, ya que en su artículo 1) en lo referente a que el banco de Materiales cubre las contingencias de los créditos otorgados y el desgravamen a que hubiera lugar en el inciso c) se señala: “que los prestatarios con discapacidad física y mental permanente, adquirida con posterioridad a la fecha de su otorgamiento del crédito; acreditado por la autoridad competente”.

2.2.2. Los Reglamentos autónomos o independientes como objeto de la acción popular.-

La doctrina emplea este término para referirse a diversos fenómenos reglamentarios que responden específicamente a sistemas jurídicos distintos a los nuestros. Incluso el Tribunal Constitucional ha sido influenciado de ello, cuando ha pretendido conceptualizarlo confundiendo reglamentos autónomos, con los organizativos o normativos. Ello podemos apreciar en el Exps. Acum. Nos. 0001/0003-2003-AI/TC – LIMA, Colegios de Notarios de los Distritos Notariales de Lima, Callao y Arequipa, cuando el Tribunal Constitucional manifestó lo siguiente:

“Los segundos son los denominados reglamentos extra legem, independientes, organizativos o normativos, los que se encuentran destinados a reafirmar, mediante la autodisposición, la autonomía e independencia que la ley o la propia Constitución asignan a determinados entes de la Administración, o, incluso, a normar dentro los alcances que el ordenamiento legal les concede, pero sin que ello suponga desarrollar directamente una ley”.

Si así fuera tendríamos que denominar reglamentos autónomos a los reglamentos que desarrollan los aspectos organizativos de los organismos autónomos como pueden ser el BCR, la Contraloría General de la República o la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, sin advertir que estas normas reglamentarias están desarrollando las respectivas leyes orgánicas que se dictan para regular las competencias, organización y funciones de tales organismos. No cabe duda, estos son también reglamentos de ejecución.

A nuestro entender, los reglamentos autónomos deben reservarse para aquellas normas administrativas que no ejecutan o desarrollan una ley en particular sino que abordan materias y actividades cuya concreción corresponde a la autoridad administrativa interpretando la Constitución y el ordenamiento jurídico existente pero en las que no se ha producido una regulación previa por ley, esto es, que no haya sido establecida una reserva formal ni están protegidas por la reserva material de ley.¹²⁰ Así tenemos como ejemplos de reglamentos autónomos en su momento, el RUA y el RULCOP, y actualmente lo sigue siendo el Reglamento Nacional de Edificaciones. En doctrina es controvertido si estas materias reflejan una verdadera zona de reserva de la administración (análoga a la zona de reserva de la ley) en las que el Poder Ejecutivo tiene competencia normativa exclusiva debido a la separación de poderes y a la distribución de funciones diseñadas por el Constituyente, respecto de la cual no puede intervenir el Poder Legislativo, o por el contrario, la aptitud para dictar estos reglamentos desaparece si el Congreso decide regular estas materias, dada su potestad legislativa soberana dada por el Constituyente, incluso sobre las potestades normativas del ejecutivo¹²¹

¹²⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano; Lecciones de Derecho Administrativo, Tirant lo Branch, Valencia 2008, p. 135.

¹²¹ La tesis fue planteada en Argentina por MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo I, p. 249 y ss. Es seguida además por CASSAGNE, Juan Carlos; • "La potestad reglamentaria en la Constitución de 1853 y su evolución posterior tras la reforma constitucional de 1994", En: FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, BOULLAUDE, G. (Director). Estudios de Derecho Administrativo XIII. Editorial Lexis Nexis, Argentina, 2007 y además por COVIELLO, Pedro J.J., La denominada "zona de reserva de la Administración" y el principio de la legalidad administrativa", En: Derecho administrativo : obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff,; Editorial Abeledo Perrot, 1998, págs. 193-222. Por otro lado, disienten de esta tesis los profesores FIORINI, Bartolomé; Derecho Administrativo, T. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 165 y ss.; DIEZ, Manuel M.; Derecho Administrativo, Tomo I, Biblio. Omeba, Buenos Aires, 1963, p. 104 y ss.

Si bien no tienen como parámetro de validez inmediato alguna ley en particular si deben respetar los límites propios de la generación de una norma reglamentaria (aspectos procedimentales) y respetar los límites que surjan del ordenamiento administrativo en su conjunto, como por ejemplo, los principios de la actuación administrativa, los derechos ciudadanos, entre otros.

2.2.3. Los reglamentos institucionales u organizativos.-

Una categoría importante de normas reglamentarias son aquellas que se dictan por la Administración para regular de manera subordinada a las leyes y otros reglamentos preeminentes, aspectos complementarios del funcionamiento del servicio encomendado o aspectos internos o de organización. Son como afirman GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, el ejercicio de la facultad de auto disposición o potestad organizatoria que ejercita la administración para mejor cumplir los fines públicos que la Constitución le encomienda¹²²

Dentro de esta categoría, encontraremos los reglamentos estatutarios de cada una de las entidades o institucionales para regular sus actividades internas, como los reglamentos internos laborales¹²³, de selección de personal¹²⁴, los reglamentos de organización y funciones¹²⁵. En todos

¹²² GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas R.; Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, p. 212.

¹²³ Demanda de acción popular contra Reglamento de Control de Asistencia y Permanencia de Personal de la Municipalidad Provincial de Trujillo (Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema No. 3326-2007-La Libertad de 28 de mayo de 2008 y publicada el 17 de octubre de 2008).

¹²⁴ Demanda contra TUO de un Reglamento de Concurso Público de Méritos para el acceso al cargo de registrador público (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Derecho

estos casos, a pesar de normas prevalecientemente internas de la administración, procede su cuestionamiento porque lo que la acción popular permite contestar son los conflictos normativos provocados por la capacidad normativa de la administración y no la producción de algún perjuicio concreto al exterior de las entidades.

2.3. Los Textos Únicos Ordenados.-

Como hemos manifestado en su oportunidad¹²⁶, conocemos con el nombre de texto único ordenado a aquella medida de técnica legislativa ejercida por la administración dirigida a afrontar el problema de la sucesión desordenada de normas jurídicas, mediante derogaciones o abrogaciones parciales, derogaciones tácitas, o la aprobación de normas incompatibles, con un texto base preexistente. Dicha técnica enfrenta el desordenado movimiento acumulativo de inflación legislativa, que se exterioriza en la fragmentación de la normativa, las antinomias, las ambigüedades, las redundancias, estratificaciones, abrogaciones innominadas. Todos ellos vicios atentatorios contra la previsibilidad ciudadana frente al derecho. Ante ello, la consolidación, o simplemente, la unificación y ordenación que este proceso procura, constituye una operación a cargo de la

Constitucional y Social, Exp. 2237-2005-LIMA de 24 de marzo de 2006 y publicada el 31 de mayo de 2006).

¹²⁵ Demanda contra D.S. No. 021-2007-MTC que aprueba el ROF del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la R. M. No. 352-2007-MTC que establece las equivalencias entre las funciones de las anteriores Direcciones y Oficinas del Ministerio. (Sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. No. 793-2008 de 23 de abril de 2008 y publicada el 10 de octubre de 2008.

¹²⁶ MORON URBINA, Juan Carlos; Las peculiaridades de los textos únicos ordenados en nuestro sistema de fuentes del derecho. ¿Facultad legislativa subrepticia del Poder Ejecutivo? En Revista Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de jurisprudencia Palestra Editores S.A.C. Año: 2006, 1. N° 10. Octubre / Lima - Perú

Administración de limpieza, reorganización y consolidación de la normativa preexistente, pero sin alteraciones regulatorias.

Si bien en este caso, aun la doctrina no es uniforme en reconocer un carácter normativo al Texto ordenado, el Poder Judicial ha admitido encaminar el cuestionamiento de la ilegalidad de tales textos a través de la vía del proceso de acción popular en los casos de la demanda contra artículo del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, autorizada por el D.S. No. 013-93-TCC planteada por la Asociación de Radio y televisión del Perú contra el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción.¹²⁷.

Claro está que no se trata de cuestionar las normas objeto del ordenamiento y unificación que poseen rango de ley antes del texto único ordenado, sino únicamente en lo que se refiere a cualquier exceso en la ordenación, como por ejemplo, si bajo el pretexto de la consolidación se escondiera una alteración de la norma legal considerándola indebidamente como derogada, modificándola o alterándola en su conjunto normativo.¹²⁸

2.4. La equivocada sobrevaloración jurisprudencial del criterio de Generalidad para calificar a las normas controlables.-

Como sabemos bien, en su sentido subjetivo, la generalidad de las normas está referida a la consideración del número de destinatarios y a su

¹²⁷ La Corte Suprema afirmó la idoneidad de la vía de acción popular contra TUO a través de su Ejecutoria recaída en el Exp. No. 1893-93-LIMA, de 30. Agosto. 94, al cual declaro nulo

¹²⁸ Coincide en esta posición GRECCO, Carlos Manuel; Impugnación de disposiciones reglamentarias”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

definición de modo impersonal bajo categorías abstractas (Ej. Profesores, agricultores, consumidores), mientras que en su sentido objetivo, para identificar a una norma no se da trascendencia al modo de definición de

circulo de destinatarios o a su número, sino al carácter abstracto del objeto de la norma, esto es, del supuesto de la norma al que el mandato se refiere que le permite aplicarse repetidamente en el tiempo.¹²⁹

Con razón, el sentido subjetivo de la generalidad ha sido puesto en cuestión porque suele prestarse a confusiones y a situaciones bastante discutibles. Como bien se afirma en la doctrina¹³⁰ existen normas reglamentarias con destinatarios indeterminados e indeterminables, con destinatarios indeterminados pero determinables fácilmente (por ejemplo, referidos a una localidad o institución determinada) e incluso hay normas reglamentarias con destinatarios perfectamente determinados ab inicio (por ejemplo, los reglamentos referidos a una actividad de servicio público en la que existen dos operadores privados). Todos ellos, son normas reglamentarias y el criterio de la generalidad no es suficiente para caracterizarlas.

En nuestro esquema constitucional, ha sido el Tribunal Constitucional¹³¹ quien ha caracterizado la exigencia de generalidad de las normas (aunque pensando en leyes más que en reglamentos) como un principio del Estado

¹²⁹ SANTAMARIA PASTOR, Juan A.; "Principios de Derecho Administrativo General", Tomo I, P. 332.

¹³⁰ MEILAN GIL, José Luis; La distinción entre norma y acto administrativo, Escuela nacional de Administración Pública, Mayo 1967.

¹³¹ EXP. N.º 007-2006-PI/TC, LIMA - ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES SAN RAMÓN Y FIGARI

de Derecho sustentable en el artículo 103 de la Carta, definiendo del modo siguiente:

“ 25. (...) El concepto de generalidad alude a que el supuesto comprendido por la norma es abstracto y los destinatarios de la misma son indeterminados. Así, la abstracción del supuesto y la indeterminación de sus destinatarios configuran la generalidad de una norma. Desde tal perspectiva, una norma que satisfaga estas condiciones es general.

26. Ahora bien, una norma general puede no obstante tener como destinatario un conjunto o sector de la población, con lo cual no se infringe este principio, siempre y cuando el tratamiento diferente que se haya establecido no sea contrario al derecho a la igualdad de las personas”.

Como se puede apreciar, en su alcance contempla los dos elementos descritos antes: la indeterminación de los destinatarios y la abstracción de su mandato. Aunque a continuación modera la trascendencia de la exigencia de tener destinatarios indeterminados, ya que añade “Ahora bien, una norma general puede no obstante tener como destinatario un conjunto o sector de la población, con lo cual no se infringe este principio, siempre y cuando el tratamiento diferente que se haya establecido no sea contrario al derecho a la igualdad de las personas”.

Hacemos la reflexión anterior, porque pese a que explícitamente las normas constitucionales que hacen lugar a la acción popular no hacen explícita reserva a que tenga como objeto únicamente para controlar “normas generales”, sino solo “reglamentos y normas administrativas”, la jurisprudencia judicial ha sido excesiva e injustificadamente cauta en

admitir demandas contra disposiciones que puedan satisfacer la vertiente subjetiva del principio de generalidad y, por ende, denegar demandas contra normas que –pese a serlo- no pudieran satisfacer este entendimiento de la generalidad, por considerarlas especiales, pese a ser en sentido técnico verdaderas normas administrativas.

Ello ha generado a que en no pocos casos, se hayan denegado demandas dirigidas contra verdaderas normas reglamentarias provenientes de autoridades administrativas, en base a que su generalidad fuera por lo menos discutible. Por ejemplo, en algún caso manifestó la Corte Suprema que consideraba que era general una norma porque su contenido era aplicable a un grupo importante de la población:

“Cuarto: En principio, es oportuno indicar que las normas de carácter general serán las provenientes de los actos de gobierno que afectan a la generalidad (o una parte importante) de la publicación. Tal es el caso de la suspensión de garantías. También se crea normas de carácter general para la organización de la administración pública (porque de ello dependerán sus funciones y la manera como se relacionen con ellas las personas individuales o jurídicas) para la tarea de regimentar los procedimientos y, desde luego, en cumplimiento de la función de reglamentar las leyes (Rubio Correa, Marcial; El Sistema Jurídico-Introducción al Derecho”, p. 142, Fondo Editorial de la PUCP Cuarta Edición, Lima 1988); siendo ello así, y contrariamente a lo alegado por la parte demandada, debe concluirse que las normas cuestionadas son de carácter general, por cuanto si bien no son aplicables a la generalidad de la población si lo son a una parte importante de ella”.¹³²

¹³² Cuarto fundamento de la Sentencia de la Corte Superior de Lima (quinta Sala Civil), Exp. No. 1999-2003- de siete de julio de 2005 y publicada el 2 de febrero de 2007).

En esta misma línea de pensamiento la exacerbada búsqueda de la generalidad llevo a tratar de buscar criterios validos e indiscutibles para determinar en qué consiste la deseada “generalidad”. Por ejemplo, se empleó alguna descripción dada en el artículo 3 del D .S. No. 18-97-PCM referido a las disposiciones que se publican gratuitamente en el diario

oficial. En cuya base considero que un reglamento dictado por una universidad no era objeto de una acción popular, debido a que adolecía de la generalidad necesaria.

“CUARTO: que, admitida la demanda y tramitada la controversia judicial, con fecha 17 de enero del 2008, la Segunda Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín ha pronunciado sentencia por la cual declara improcedente la demanda, esencialmente porque el artículo 3 del D .S. No. 18-97-PCM ha establecido que son normas de carácter general, aquellas a partir de cuyo texto no es posible identificar a las personas naturales o jurídicas específicas que deben obedecerlas o aquellas en cuyo beneficio han sido dictadas; en tal sentido, las normas que son materia de la demanda no tienen carácter general ya que regulan situaciones internas de la Universidad emplazada, por lo que, es posible identificar a las personas en cuyo beneficio han sido dictadas y además porque los artículos 1,29, 31 (...) de la Ley Universitaria no pueden ser objeto del proceso de acción popular sino del proceso de acción de inconstitucionalidad.

SETIMO: Que, no obstante, según se tiene explicado para que una disposición normativa infralegal pueda ser impugnada por la vía del proceso de acción popular se requiere que esta tenga el carácter de aplicación general, esto es, que se trate de regulaciones dirigidas a

un número indeterminado de personas y que por su carácter erga omnes integre el ordenamiento jurídico como un acto de contenido normativo y alcance general; En contrario, no son impugnables a través de este proceso las normas de carácter particular, porque estas últimas están destinadas a determinadas personas naturales o

jurídicas, quienes tienen el deber de obedecerlas y cumplirlas; por esta razón, resulta de capital importancia que, en atención a las consideraciones expuestas, la Sala de origen dilucide si las normas impugnadas son normas reglamentarias, administrativas o si tienen carácter general”.¹³³

Subyace en esta visión judicial dos planteamientos distintos. Un primer aspecto, es pretender que la acción popular está reservada solo para reglamentos generales y no para los que puedan ser reglamentos de alcance singular o de alcance determinado. Esta posición no es de recibo por cuanto no solo se opone al sentido de la norma constitucional que refiere solo a la categoría de reglamentos y normas administrativas, sino que deja de reconocer que también se ejerce la función normativa del Estado cuando los órganos administrativos aprueban “reglamentos especiales” dirigidos a ciudadanos de una categoría determinada que presentan una situación de relación especial o singular frente a la administración. Ej. Reglamento de una universidad pública. Nos encontramos aquí frente a lo que la doctrina reconoce como los “reglamentos singulares”¹³⁴, esto es, disposiciones que proveen de un régimen o disciplina general o abstracta a sujetos concretos y acaso únicos.

¹³³ Exp. No.000767-2008-SAN MARTIN

¹³⁴ SANTAMARIA PASTOR, Juan A.; Principio de Derecho Administrativo General, Tomo I, Iustel, p. 334

No podemos sino compartir la opinión de DE OTTO¹³⁵ cuando advierte que la noción de generalidad debe ser complementada con el de la innovación

del ordenamiento y por ende su permanezca en el tiempo que le son propios de los reglamentos.

3. Las resoluciones y decretos de carácter general.

Para la doctrina constitucional nacional ha pasado inadvertido que las normas constitucionales que consagraron el proceso de acción popular en 1933, 1979 y 1993, incluyeron como objeto del proceso también a las denominadas “resoluciones y decretos de carácter general” pareciendo referirse a unas decisiones estatales distintas a la producción de normas administrativas o reglamentarias.¹³⁶

Solitariamente en 1978, BUSTAMANTE BELAUNDE había adelantado correctamente, que la referencia que hacia la Constitución Política a los “decretos y resoluciones gubernativos de carácter general” debía

¹³⁵ DE OTTO. Ignacio; Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes. Editorial Ariel S.A., España, 1999 p. 215 y ss. El autor expresa refiriéndose al criterio de generalidad para diferenciar a los reglamentos que “Aunque este criterio es válido en la mayor parte de los casos no es, sin embargo, enteramente correcto y la doctrina no lo considera hoy suficiente. La razón no está, como en el caso de la ley, en que haya reglamentos individuales, posibilidad remota, sino en que actos administrativo cuya naturaleza de tales no se discute tienen, sin embargo, un carácter general. Así ocurre con la convocatoria de una oposiciones o con ciertas ordenes de policía, por ejemplo, la prohibición de transitar por un determinado lugar”.

¹³⁶ Por ejemplo DANOS ORDOÑEZ expresa que “No procede cuestionar por esta vía (acción popular) actos administrativos, aunque se trate de actos de carácter general, porque la vía competente es el proceso contencioso administrativo configurado en el artículo 148 de la Constitución como la vía judicial ordinaria para el control de los actos administrativos. El proceso de acción popular está reservado para el control jurisdiccional de las fuentes del derecho de categoría reglamentaria”. DANOS ORDOÑEZ, JORGE; “La Garantía Constitucional de la Acción Popular”, publicada en la Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 4, Comisión Andina de Juristas, 1990, 151 y ss.

entenderse a todas aquellos actos de la administración que, no generando efectos jurídicos estrictamente subjetivos, constituyan “leyes” en sentido material, es decir, crean normas jurídicas de aplicación hipotética ya que contemplan situaciones jurídicas cuyas características son abstracción e impersonalidad, y por el contrario, no podría entenderse comprendido

dentro del alcance de la acción popular a actos de la administración de carácter particular aunque tuvieren interés en ellas un colectivo de personas¹³⁷

Esta imprecisión se mantiene aún en la Carta vigente cuando describe que procede este proceso constitucional “contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

Una primera explicación para este agregado, lo encontramos en Álvarez Simonetti quien intenta desentrañar esta extensión del objeto del proceso argumentando que el legislador de 1931 pretendió con ello dar cobertura a los casos frecuentes en que mediante forma de Actos Resolutivos, como por ejemplo, Resoluciones Ministeriales o Directorales se aprobaban impropiamente norma reglamentarias. Por eso afirmó:

“La Constitución otorga expresamente acción popular contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general, entendiéndose como tales al Decreto y a la Resolución Supremos.

¹³⁷ BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto; Garantías Constitucionales y administración pública. Socialismo y participación. Setiembre, 1978. No. 04. Serie Cuadernos, p. 28.

Pero respecto a la Resolución Ministerial ¿Cuál es el criterio a seguir? El constituyente tenía la idea, conforme a la doctrina, que estas debían ser siempre de carácter particular y que, por ende, no debería haber la Acción Popular contra ellas, pero como en la práctica este sano criterio es inoperante y se reglamentan cuestiones de carácter general por simples Resoluciones Ministeriales, estas no pueden quedar eximidas de la impugnación por parte de cualquiera

del pueblo, ya que, lo contrario, significaría, a no dudarlo, dar carta libre a un Ministro para que dicte reglamentos ilegales, con lo que se desvirtuaría la intención de la institución que nos ocupa, cual es controlar la labor reglamentaria del Poder Ejecutivo. Además como el texto de la Constitución expresa simplemente resoluciones gubernativas (se refería al texto de la Carta de 1933), pueden bien comprenderse dentro de tal concepto las resoluciones expedidas por un Ministro. Problema semejante se presenta con las resoluciones directorales”¹³⁸

A diferencia de este parecer doctrinario, la jurisprudencia judicial en esta materia sí ha identificado en este término a un determinado modo de ejercicio de la función administrativa –y ya no normativa- por parte de los organismos administrativos, dado que los términos resolución y decretos están referidos más bien a actos administrativos concretos y no a reglamentos, pero de alcance general. Por ello se ha acogido jurisprudencialmente la posición a favor que el proceso de acción popular permita también a los ciudadanos demandar por ilegales o inconstitucionales los denominados “actos administrativos generales”¹³⁹

¹³⁸ ÁLVAREZ SIMONETTI, MANUEL; “Debate en torno a la Acción Popular”, publicada en la Revista Derecho, No. 32, PUC, 1974, p. 74.

¹³⁹ Véase: MARTIN RETORTILLO BAQUER, Lorenzo; Actos Administrativos Generales y Reglamentos, Revista de administración pública, N° 40, 1963, pags. 225-250; LEGUINA VILLA,

Cuando nos referimos a los actos administrativos generales, hablamos de ciertos actos administrativos concretos dirigidos a una pluralidad

indeterminada de sujetos sin tener carácter normativo, pero que se ejecutan en una situación específica consumándose con su cumplimiento y aplicación en uno o más casos.

Son ejemplos de estos actos administrativos las órdenes dadas por la autoridad administrativa para la disolución de una actividad, para sacrificar determinados animales o cultivos en caso de epidemia o plagas, para obligar a someterse a una vacunación compulsiva, la decisión de apertura o cese de tiempo de veda, la declaración de inhabilitar un día por ser festivo para la comunidad, las convocatorias a una subasta, una licitación o para la cobertura de alguna plaza en una entidad estatal, la aprobación de planes urbanísticos o de un estudio de impacto ambiental, la resolución que declara feriados o días inhábiles, etc.

Estos actos generales tal cual sucede con los singulares, se agota en su simple cumplimiento, se consume en éste. Para una nueva exigencia habrá que dictar eventualmente un acto del mismo tipo (una nueva convocatoria, un nuevo anuncio de licitación o una nueva orden general). En cambio, la norma reglamentaria no se consume con su cumplimiento singular, antes bien se afirma, se consolida, se mantiene y es susceptible de una

Jesús: Legitimación, actos administrativos generales y reglamentos, Revista de administración pública, Nº 49, 1966, pags. 193-224 y MEILAN GIL, José Luis; "La distinción entre norma y acto administrativo". Escuela nacional de Administración Pública. Madrid, 1967.

pluralidad indefinida de cumplimientos: sigue regulando la actividad de los administrados desde el sistema jurídico.

Nótese que la determinación del universo de sujetos al cual se aplica el acto general tampoco puede ser un factor caracterizador de su naturaleza porque entre ellos existen actos en los que los sujetos destinatarios no se determina aun siendo determinable (por ejemplo, fijación de horario o turno

de vacaciones para los funcionarios del Ministerio de Justicia), y en otros la determinación solo podrá ser realizada ex post (convocatorias de concursos, declaración de fiestas laborables, licitaciones públicas).

Es evidente que participando de cierto nivel de generalidad y su obvia imperatividad, no estamos en presencia de verdaderas normas jurídicas. La razón es que no se integran en el Ordenamiento jurídico: éste sigue siendo el mismo antes y después de que esos actos se produzcan o se cumplan. Se trata de decisiones de aplicación, concreción de normas anteriores y preexistentes que se diferencian de los reglamentos, porque estos: i) tienen carácter de disposición general conformando el Ordenamiento jurídico, innovándolo en su orden y momento, derogando reglamentos anteriores y creando normas nuevas que son título habilitante de nuevas relaciones de cotización singulares creadas en su vigencia; y, ii) El reglamento es un acto ordenador de las relaciones humanas y no un acto ordenado, de modo que la aprobación del reglamento impone la producción subsiguiente de concretos actos administrativos de orden general o particular, para su efectiva ejecución.

Como se puede apreciar se trata de una figura fronteriza entre el acto administrativo (que es controvertible por medio del proceso contencioso

administrativo) y del reglamento (que es por tradición el eje del proceso de acción popular), pero perteneciendo al género acto administrativo.

Por medio de esta previsión el Poder Judicial ha considerado procedente demandar en vía de proceso de acción popular actos administrativos generales, como los siguientes:

- Resoluciones municipales que crean una Municipalidad del Centro Poblado Menor¹⁴⁰
- Resoluciones que declaran en reorganización unidades organizaciones de entidades públicas.¹⁴¹
- Resolución que dispone incorporar al proceso de promoción de la inversión privada a una empresa de servicios públicos.¹⁴²

¹⁴⁰ Demanda de acción popular contra Resolución de Consejo Municipal No. 012-2001/CM-MPH-M de 19 abril de 2001 que crea Municipalidad del Centro Poblado Menor del anexo 22, Pampa Canto Grande, de la provincia de Huarochirí. (Sentencia de la Corte Suprema No. 234-2009-LIMA de 16 de junio de 2009 publicado el 28 de abril de 2010. Sentencia declara fundada la demanda.

¹⁴¹ Demanda de acción popular contra Acuerdo del Consejo Regional No. 056-2005-CR/GRM que declaro en reorganización a la Dirección Regional de Educación de Moquegua por no haber sido publicada en el diario oficiales de la circunscripción., La sentencia declara fundada la demanda (Sentencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la Justicia, Exp. 1068-2006-MOQUEGUA de fecha 4 de mayo de 2007 y publicada el 2 de setiembre de 2007.)

¹⁴² Demanda de acción popular contra R.S. No. 065-2004-EF que dispone ratificar el Acuerdo de PROINVERSION mediante el cual se aprueba la incorporación al proceso de promoción de la inversión privada al servicio de agua potable y alcantarillado de Huancayo a cargo de SEDAM HUANCAYO (Resolución de Sala Constitucional de Corte Suprema que revoca rechazo liminar de la demanda dispuesto por la Corte Superior de Lima en el Exp. No. 1305-2006-LIMA y luego la Sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima de 17 de junio del 2008 y publicada el 20 de febrero de 2009) La Corte Suprema fundamenta su posición en que “la resolución Suprema impugnada desarrolla un interés colectivo al tratarse de la entrega en

- Resolución que declara alguna zona reservada en el territorio de la Republica.¹⁴³
- Resoluciones que aprueban Texto Únicos de Procedimientos Administrativos (TUPAS)¹⁴⁴ y la relación de servicios prestados en exclusividad por áreas administrativas.¹⁴⁵
- Resolución que aprueban tasas por servicios registrales¹⁴⁶ y tarifas por uso de agua a los usuarios¹⁴⁷

concesión de un servicio básico de carácter general y social para la ciudad de Huancayo” (quinto considerando).

¹⁴³ Demanda de acción popular contra Decreto Supremo No. 003-2008-AG que redimensiona la Zona Reservada Aymara Lupaca incluyendo territorios de algunos distritos. (Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de 16 de junio de 2009 publicada el 12 de febrero de 2010.

¹⁴⁴ Demanda de acción popular contra la Resolución Rectoral No. 1706-2006-UN/JBG de 21 de marzo de 2006 que aprueba el TUPA de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohman. (Sentencia de la Corte Suprema recaída en el Expediente No. 2876-2008-TACNA de 20 de marzo de 2009 publicada el 12 de febrero de 2010 (también fue publicada el 26 de noviembre del 2009). También la Demanda de acción popular contra el D.S. No. 008-2002-IN que aprueba TUPA de MNINTER por considerar sobrecostos al derecho de obtener pasaporte.

¹⁴⁵ Demanda de acción popular contra Decreto Supremo No. 016-2005-DE/MGP que aprueba dentro del TUPA la relación de procedimientos que en exclusividad por la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (Procedimiento de Visita de inspección de seguridad y protección a naves durante los actos de recepción y despacho en puerto). (Sentencia de la Corte Suprema recaída en el Exp. No. 1346-2007-LIMA de 26 de octubre de 2007 y publicada el 12 de agosto de 2008.

¹⁴⁶ Demanda de acción popular contra D.S. No. 017-2003-JUS que aprueba Tasas registrales de los servicios de inscripción y de publicidad por oficina registral y el D.S. No. 008-2004-JUS que aprueba el TUPA de SUNARP. (Sentencia de la Corte Suprema, Exp. 12382007-LIMA de 25 de octubre de 2007, publicada el 11 de junio de 2007)

¹⁴⁷ Demanda de acción popular contra D.S. No. 008-2006-AG que estableció la tarifa por uso de agua superficial con fines no agrarios por categorías. (Sentencia de la Corte Superior de Lima, Exp. No. 692-2006 de seis de junio de 2007 y publicada el 8 d abril de 2008. También la demanda contra D. S. N. 055-2002-AG que estableció en vía de regularización la tarifa por uso

- Resolución que dispuso la fusión por absorción de entidades públicas.¹⁴⁸

Personalmente consideramos que este desarrollo extensivo del proceso de acción popular resulta contradictorio con su naturaleza de ser un instrumento de control normativo.

4. Las clases de vicios en las normas reglamentarias susceptibles de control en el proceso de acción popular.-

Analizando las formas en que se manifiestan los vicios de ilegalidad en las normas reglamentarias podemos apreciar los motivos que el ordenamiento considera procedentes para cuestionar una norma reglamentaria y a la vez, la extensión del control judicial sobre la potestad reglamentaria de la Administración. El artículo 75 del Código Procesal Constitucional establece conjuntamente con los vicios de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley, la tipología de vicios de infracciones en que puede incurrir una norma reglamentaria para ser objeto de demanda a través del proceso de acción popular. Dicha norma afirma que el proceso de acción popular

de agua superficial con fines no agrarios por categorías correspondiente a los años 2001, 2002 y 2003. (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Derecho Constitucional y Social, Exp. 1449-2005—LIMA de 26 de octubre de 2005, publicada el 17 de junio de 2006.

¹⁴⁸ Demanda de acción popular contra D.S. No. 061-2002-PCM que dispuso la fusión por absorción de ADUANAS a la SUNAT. (Sentencia de la Corte Suprema en el Exp. No. 1069-2007-LIMA de 25 de octubre de 2007 y publicada el 17 de febrero de 2008). El mismo caso se planteó contra el D.S. No. 009-2007-ED que aprueba la fusión por absorción del INABEC con el Ministerio de Educación (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el Exp. No. 3099-2008-LIMA de 20 de marzo de 2009 publicada el 28 de julio del 2010). Igual caso se planteó contra el D.S. No. 012-2004-PCM que declaro en reorganización al Consejo Nacional de Inteligencia y el Decreto Supremo No. 012-2004-PCM que fusiona el Consejo Nacional de Inteligencia con la Dirección nacional de Inteligencia Estratégica. (Sentencia de la Corte Superior de Lima, Cuarta Sala, Exp. 940-2004 de nueve de mayo 2005 y publicada el 30 de enero de 2006).

tiene por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa, y que

“esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo”.

De este modo nos establece que el proceso de acción popular permite al Poder Judicial conocer y decidir respecto a las alegaciones de seis categorías de infracciones en que los reglamentos pueden incurrir:

- Reglamentos directamente inconstitucionales o ilegales.
- Reglamentos indirectamente inconstitucionales.
- Reglamento totalmente antijurídicos.
- Reglamentos parcialmente antijurídicos.
- Reglamentos formalmente antijurídicos o antijurídicos por la forma.
- Reglamentos sustancialmente antijurídicos o antijurídicos por el fondo.

Esta misma tipología es explicitada por la Corte Suprema en diversas resoluciones afirmando su competencia para pronunciarse sobre:

“Dichas normas de alcance general, que son de rango legal para el caso del proceso de inconstitucionalidad y de alcance reglamentario o de tercer rango para el caso del proceso de acción popular, **pueden contravenir la Constitución tanto de manera directa como indirecta, de forma total o parcial, como**

por el fondo o la forma. En otros términos, una norma de carácter general puede infringir, de forma indiscutible o clara, un precepto constitucional establecido, y puede igualmente contravenir la Constitución cuando resulta incompatible con las normas que lo desarrollan. Asimismo la infracción constitucional puede darse en todas las disposiciones de norma de alcance general, por lo que dicha norma, en su totalidad, es

inconstitucional y/o ilegal; como también puede contener determinadas disposiciones que resultan contrarias a la Constitución. Finalmente, la inconstitucionalidad e ilegalidad pueden darse porque la norma cuestionada no ha respetado las pautas previstas para su emisión o porque, independientemente de ello, contenga previsiones cuyo contenido contraviene la norma fundamental”¹⁴⁹

El único vicio en materia reglamentaria que no es objeto de la acción popular es la omisión reglamentaria. Eso vale para la omisión absoluta, esto es, cuando el órgano de producción normativa no ha expedido la disposición reglamentaria que dispone alguna ley, como para la omisión reglamentaria relativa, que se produce cuando la autoridad administrativa ha aprobado la disposición reglamentaria pero incompleta, de manera defectuosa o insuficiente sin regular en su ámbito algún extremo previsto en la norma reglamentada.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Fundamento sexto de Sentencia Proceso de Acción Popular No. 0386-2009-LIMA de 16 de junio de 2009, publicada el 06 de junio de 2010. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la Republica

¹⁵⁰ Véase STC No. 05427-2009-PC/TC, sobre la omisión del Poder Ejecutivo en reglamentar el derecho de consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT. Ahí se estableció que estábamos frente a “ *la categoría de omisión normativa inconstitucional indirecta, que es aquella que se*

Para ello está previsto el proceso de cumplimiento conforme a lo previsto en el artículo 66 del Código Procesal Constitucional

Artículo 66.- Objeto

Es objeto del proceso de cumplimiento ordenar que el funcionario o autoridad pública renueve:

- 1) Dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; o
- 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento.

Analicemos ahora cada uno de los supuestos que nos permiten plantear la demanda de acción popular contra un reglamento¹⁵¹

4.1. Reglamentos directamente inconstitucionales.

produce como consecuencia de la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe, a su vez, ser detallado en un reglamento para dar cabal cumplimiento a lo mandado por el Texto Constitucional"

¹⁵¹ La explicación de la tipología de infracciones reglamentarias que seguimos es la adecuación mutatis mutando de la tipología de infracciones de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Constitucional en su sentencia de Pleno Jurisdiccional recaída en los procesos 0020 y 0021-2005-PI/TC (acumulada) enfocada a la inconstitucionalidad de las leyes.

La clasificación de los vicios de inconstitucionalidad en directos e indirectos tuvo su origen con motivo de la explicación de las infracciones posibles de incurrir por las leyes en sentido material. En ese contexto, la infracción directa de la Carta Fundamental por una norma, tiene lugar cuando dicha vulneración queda verificada sin necesidad de apreciar, previamente, la incompatibilidad de la norma enjuiciada con alguna(s) norma(s) legal(es), sino solo y únicamente donde el parámetro de control de constitucionalidad, se reduce a la Norma Fundamental. Es el caso de la ley que colisiona por el fondo o por la forma con alguno de los preceptos constitucionales contenidos en la Carta Política.

Mutatis mutandi podemos afirmar que un reglamento directamente inconstitucional será cuando de manera inmediata transgrede, viola o es incompatible con un precepto constitucional, como por ejemplo, un reglamento autónomo por su contenido viole algún derecho fundamental de los ciudadanos. Sin embargo, habiendo una relación jerárquica entre la Constitución, la ley y el reglamento, en la mayoría de casos el contraste directo entre la Constitución Política y el reglamento será difícil por la existencia de la ley interpuesta que impide el salto jerárquico entre ellas. Podría pensarse que este salto podría darse con mayor frecuencia en los reglamentos autónomos o independientes y en los casos de los reglamentos provenientes de autoridades subnacionales, donde no parece haber una dependencia jerárquica directa de esos reglamentos con leyes específicas a los que desarrolla. Pero, aun en estos casos, el contraste no debe realizarse con una ley específica, sino con el resto del ordenamiento normativo conformado por otras leyes, como son las que fijan las competencias de los gobiernos subnacionales o las que regulan el accionar estatal, para identificar las incompatibilidades.

4.2. Reglamentos indirectamente inconstitucionales.

Cuando se alude a las leyes indirectamente inconstitucionales nos referimos a que su constatación se logra a partir de “incorporar en el canon del juicio de constitucionalidad a determinadas normas además de la propia Carta Fundamental. Se habla en estos casos de vulneración “indirecta” de la Constitución, porque la invalidez constitucional de la norma impugnada no puede quedar acreditada con un mero juicio de compatibilidad directo frente a la Constitución, sino sólo luego de una previa verificación de su disconformidad con una norma legal perteneciente al parámetro de constitucionalidad”. Abundando en esa línea el propio colegiado constitucional ha manifestado que “en determinadas ocasiones,

ese parámetro puede comprender a otras fuentes distintas de la Constitución y, en concreto, a determinadas fuentes con rango de ley, siempre que esa condición sea reclamada directamente por una disposición constitucional (v.g. la ley autoritativa en relación con el decreto legislativo). En tales casos, estas fuentes asumen la condición de `normas sobre la producción jurídica´, en un doble sentido; por un lado, como `normas sobre la forma de la producción jurídica´, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como `normas sobre el contenido de la normación´, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido.”¹⁵²

A dicho bloque hace alusión el artículo 79º del CPConst. al referir que:

“Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se

¹⁵²(STC N.º 007-2002-AI/TC y STC N.º 0041-2004-AI/TC

hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona.”

Ahora bien, abordando la problemática de los reglamentos antijurídicos como ya habíamos adelantado, es posible advertir reglamentos directamente ilegales que de manera refleja alcanzan carácter de indirectamente inconstitucionales al incumplir lo dispuesto en los artículos 118 y 51 de la Carta Política. Dicha situación ya había sido advertida desde Kelsen¹⁵³, cuando en su trabajo sobre la materia manifestó con claridad:

“Cuando la Constitución impone expresamente el principio de la legalidad de la ejecución (Vollziehung) en general y de los reglamentos en especial, esta legalidad significa al mismo tiempo —de manera indirecta— constitucionalidad y viceversa. Señalemos aquí, en particular, puesto que se trata de normas generales, al reglamento complementario, en que el interés de asegurar su legalidad puede ser incluido, por razones que se examinarán más adelante, entre las funciones de la justicia constitucional.

Por otro lado es necesario subrayar que la inconstitucionalidad directa no siempre puede distinguirse netamente de la inconstitucionalidad indirecta, porque entre estos dos tipos pueden insertarse ciertas normas mixtas o intermedias. Así sucede, por ejemplo, cuando la Constitución autoriza inmediatamente, directamente, a todas las autoridades administrativas o a algunas de ellas, a dictar reglamentos dentro de los límites de su

¹⁵³ KELSEN, Hans; “la garantía jurisdiccional de la Constitución”, p. 14.

competencia y a asegurar la ejecución de las leyes que deben aplicar.

Estas autoridades obtienen su poder reglamentario inmediatamente de la propia Constitución. Pero aquello que deben ordenar, es decir, el contenido de sus reglamentos, está determinado por las leyes que se encuentran entre éstos y la Constitución”.

Cuando advertimos que la propia Carta Política incorpora en su seno el límite universal para el ejercicio de la potestad reglamentaria en los artículos 118 y 51, veremos cómo todo vicio ocasionado por un reglamento al transgredir una ley será desde un principio ilegal, pero inmediatamente afectará las reglas constitucionales contenida en aquellos preceptos de la

Carta Política, con lo cual también será inconstitucional. Los contornos del vicio de ilegalidad de un reglamento redundaran en un vicio también de inconstitucionalidad.

Dicho en otros términos, todo reglamento que desnaturalice o transgreda directamente a una ley será necesariamente un reglamento, a su vez, indirectamente, inconstitucional.

De este modo, cuando se plantea una demanda de acción popular por la inconstitucionalidad indirecta de un reglamento se está acumulando la afirmación que el reglamento infringe directamente una ley y simultáneamente la jerarquía normativa o distribución de competencias definida por la Constitución Política. Es importante advertir que en esta perspectiva se asume que la ley interpuesta transgredida por el reglamento

es una norma constitucional y no inconstitucional. Como afirma GARCIA MARTINEZ ¹⁵⁴ podría darse el caso que el contenido de una norma reglamentaria pueda ser inconstitucional y sin embargo, ser conforme con la regulación de la ley interpuesta, de tal forma que el defecto de inconstitucionalidad, en este caso directa, estaría en la ley arrastrándola inevitablemente a la norma inferior. En nuestra opinión, el proceso de acción popular no permitiría al juez descalificar la constitucionalidad de la ley ni del reglamento, por carecer de la competencia para realizar el control de constitucionalidad de la ley en abstracto.

En esa línea, si bien el control de los jueces sobre la administración emisora de los reglamentos implica un control constitucional en algunos casos, en la mayoría de ellos, se presenta directamente como un control de

legalidad ordinario de la legislación derivada o reglamentaria y solo indirectamente de su constitucionalidad. En ese mismo orden de ideas Quiroga León señala que “El control directo que la Acción popular establece dentro del ámbito de competencia del órgano jurisdiccional es, en primer lugar, un control legislativo; en tanto que en segundo lugar este puede llegar a ser un control constitucional y convierte al órgano jurisdiccional en juez constitucional de la legislación derivada de la Administración Pública. Ello supone que no siempre el control que ha de establecerse mediante una acción popular será de orden constitucional, puesto que puede ser de orden legal, p. ej., (reglamento vs. Ley) sin necesidad de afrontar principio constitucional alguno” ¹⁵⁵

La misma situación de inconstitucionalidad indirecta de las normas reglamentarias se presenta cuando se les contrastan con preceptos de

¹⁵⁴ GARCIA MARTINEZ, María Asunción; “El control de constitucionalidad de la leyes. Recurso y cuestión de inconstitucionalidad”. Serie: Constitución y Derechos Humanos No. 03. Jurista Editores. Agosto, 2005, Lima- Perú; p. 340.

¹⁵⁵ QUIROGA LEON. Aníbal; “Derecho procesal constitucional y el Código Procesal Constitucional. Estudios”, CEDEPRO: Ara Editores, 2005. p. 156.

origen supranacional (tratados, convenios, y similares) incorporados al ordenamiento nacional y que se incluyen como canon de validez de dichas normas de tercer orden. Nuestra Corte Suprema tiene una línea de jurisprudencia en este sentido al considerar como parámetro de validez de disposiciones reglamentarias a regulaciones internacionales asumidas por el Estado peruano, en varios casos.

“Sétimo.- esta Suprema Sala, de los fundamentos expuestos por las partes y la documentación obrante en autos, verifica que la causa de la necesidad pública que existe para sostener la legalidad y constitucionalidad del cuestionado Decreto Supremo No. 056-2005-RE, se encuentra contenido en el Memorándum de Entendimiento suscrito con fecha 27 de agosto de 2003 entre el

Gobierno del Perú y de Bolivia que le da origen, y se expresa en el hecho que el Estado Peruano busca concluir trabajos de demarcación fronteriza con el país vecino de Bolivia, lo que evidentemente resulta de interés para todos los peruanos y por ende, es un interés nacional que busca promover el bienestar general”¹⁵⁶

“Quinto: que, asimismo, respecto a la Resolución Directoral No. 010-2006-AG-SENASA y las Resoluciones Jefaturales No. 089-2006-AG-SENASA, 090-2006-AG-SENASA y 093-2006-AG-SENASA, (que reconocen como equivalente el sistema de inspección de carnes y aves de EE.UU., bajo el marco del Acuerdo para la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la

¹⁵⁶ Sétimo Fundamento de la Sentencia A.P. 2500-2006-LIMA de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de fecha 03 de agosto de 2007 y publicada el 22 de diciembre de 2007.

OMC) no se evidencia que colisionen con la Ley No. 27322, ni con su reglamento, Decreto Supremo No. 048-2001-Ag, pues, por el contrario, ha sido en uso de sus facultades como autoridad nacional en sanidad agraria que el SENASA ha expedido las citadas resoluciones, sustentadas en los documentos denominados “Letter Exchange on SPS/TBT Issues for US Perú TPA” suscrito el diez de abril del 2006, instrumentos que han sido aprobados, con rango constitucional, como tratados internacionales y que por tal razón constituyen sustento inobjetable de las disposiciones que ahora cuestiona el accionante”¹⁵⁷

4.3. Reglamentos totalmente antijurídicos.

El criterio de diferenciación entre la totalidad o parcialidad de la antijuridicidad del vicio se encuentra referido a la extensión de la infracción que afecta al contenido de la norma reglamentaria. De modo que, un reglamento puede ser totalmente antijurídico si el contenido dispositivo o normativo íntegramente es contrario a la Constitución o a la ley.

Así sucede, por ejemplo, si la regulación hubiese sido producida incumpliendo el procedimiento predispuesto por la ley para su creación o aprobada por una autoridad administrativa incompetente. La única posibilidad de resolución en este caso, es que el efecto depurativo de la sentencia recaerá sobre la integridad del reglamento.

4.4. Reglamentos parcialmente antijurídicos.

¹⁵⁷ Quinto fundamento de la Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente No. 1624-2007-LIMA de nueve de noviembre de 2007 y publicada el once de junio de 2008

Un reglamento será parcialmente antijurídico cuando sólo una fracción de su contenido dispositivo o normativo resulta inconstitucional. Obviamente el presupuesto necesario para que se pueda producir esta antijuridicidad parcial es que su contenido normativo pueda ser divisible o separable, sin que haya relación de conexión o consecuencia entre sus partes que exijan la transmisión del efecto invalidante entre ellas. De modo, que no obstante el vicio, algunas partes del reglamento reúne las condiciones formales y de fondo fijados por el sistema jurídico para ser considerado válido. De ordinario, el reglamento afectado por un vicio de procedimiento quedara afectado íntegramente. Por el contrario, pueden quedar afectados parcialmente de ilegalidad los reglamentos en aquellas partes que afectan competencia de otros organismos o la reserva de ley, aquellas partes del reglamento que no han sido publicados,

Esta extensión mínima de la antijuridicidad puede estar en una sección, en un artículo, sea transitorio, complementario o principal de la norma, en un inciso o incluso en una palabra. El resto del ordenamiento reglamentario permanecerá en el sistema normativo por hallarse conforme con la legalidad. Incluso la ilegalidad puede residir en alguna de las interpretaciones posibles de la norma reglamentaria, de ahí que lo sancionable no será la parte dispositiva de la norma, sino su contenido normativo expresado en aquella interpretación contraria al ordenamiento.

En caso de que el vicio parcial recaiga sobre su contenido dispositivo (texto lingüístico del precepto), serán dejadas sin efecto las palabras o frases en que aquel resida. Si el vicio recae en parte de su contenido normativo, es decir, en algunas de las interpretaciones que pueden ser atribuidas al texto del precepto, todo poder público quedará impedido, por virtud de la sentencia del Poder Judicial, de aplicarlo en dichos sentidos interpretativos.

4.5. Reglamentos formalmente antijurídicos o antijurídicos por la forma.

Con algo más de desarrollo que el actual Código Procesal Constitucional, la derogada Ley No. 24968, procesal de acción popular, afirmaba que un reglamento contenía un vicio formal cuando no había sido expedido o publicado conforme a lo previsto en la Constitución y las leyes. Ciertamente nos amplia mejor la comprensión del vicio formal, adjetivo o procedimental, sin embargo no llega a ser lo suficientemente explícito que quisiéramos. Por ello afirmamos que el vicio formal, adjetivo o procesal, está referido al incumplimiento a la normas procedimentales que regulan el proceso de formación del reglamento establecido, incluyendo el ámbito de actuación autorizado al reglamento, la competencia del órgano que lo aprueba, el

procedimiento de deliberación, quórum y aprobación, el de su forma de publicación completa y necesaria en el diario Oficial El Peruano, o en otros medios, en caso de reglamentaciones dictadas por instancias regionales o locales. Como se puede apreciar a diferencia del vicio material o sustantivo aquí no se trata de alguna contradicción o incompatibilidad en los contenidos de los mandatos normativos, sino de la transgresión al tránsito disciplinado para la formación de las normas reglamentarias.

Con base a la línea establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la inconstitucionalidad formal de las leyes –que resulta aplicable *mutatis mutandi*- a la antijuridicidad de las normas reglamentarias, podemos afirmar que la infracción constitucional por la forma la identificaremos fundamentalmente en tres supuestos:

4.5.1. Cuando se produce el quebrantamiento del procedimiento previsto en las normas legales para su formación y aprobación.

Cierto es que, dentro de nuestro derecho, no se ha regulado un integral y uniforme procedimiento propiamente reglamentario, sin embargo, no puede dejarse de desconocer que dependiendo del tipo de reglamento existen exigencias mínimas que deben ser acatadas por la Administración en resguardo de intereses relevantes como la garantía de la legalidad, la competencia de otros organismos o niveles de gobierno, la necesidad de deliberación previa de la norma, y los diversos mecanismos de participación ciudadana en su elaboración. Las exigencias frecuentemente empleadas son: las prepublicaciones de proyectos de regulación, las audiencias públicas, los periodos de información pública,¹⁵⁸ las opiniones previas

consultivas pero obligatorias de algunos organismos, la exigencia de quórum o deliberación previa del proyecto por instancias colegiadas (por ejemplo, Consejo de Ministros o Concejo Municipal) cuya transgresión o desnaturalización, acarrearía, la ilegalidad por la forma del reglamento así aprobado.¹⁵⁹

Lo importante al apreciar y valorar los vicios procedimentales en la generación de reglamentos es recordar que las formas relevantes susceptibles de ocasionar este vicio son aquellas que tienen carácter instrumental, por lo que tienen valor como instrumentos para obtener algunas finalidades importantes. Por ejemplo, los informes previos

¹⁵⁸ Véase nuestro ensayo “La participación de concesionarios y usuarios en el ejercicio de la función normativa de los organismos reguladores”. En: IUS ET VERITAS. Año XXI. No.42. Lima: Asociación Civil IUS ET VERITAS, 2011.

¹⁵⁹ Respecto a algunos de estos vicios formales pueden leerse REBOLLO PUIG, Manuel; La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales”, RAP, 115 (1988) y TRAYTER, Juan Manuel; ¿son nulos los reglamentos elaborados sin respetar el trámite de audiencia? Tecnos, 1992.

obligatorios, persiguen contar con un criterio especializado y relevante para el mejor acierto de la decisión, la pre publicación, información pública o audiencia previa busca la mayor participación de interesados, sobre todo de los afectados con la medida, quórum y deliberación en los organismos colegiados busca proteger la participación de las minorías en el procedimiento, etc. Por ello, el cumplimiento de estas reglas debe apreciarse a la luz de criterios teleológicos y de proporcionalidad, por lo que no siempre el cumplimiento riguroso de la secuencia procedimental significa que hayan cumplido su cometido cabalmente (por ejemplo, una pre publicación parcial, con ínfimo plazo para participar o realizada en días feriados), del mismo modo, como no siempre su omisión puede conducir a que se anule la disposición (por ejemplo, si se ha cumplido con la finalidad de la norma mediante otros mecanismos).

4.5.2. Cuando el reglamento se ha ocupado de una materia que la Constitución o la ley han reservado esa materia para una ley formal o material, esto es, invadiendo la reserva de ley. Así acontece cuando un reglamento pretende regular aspectos tributarios esenciales o sanciones administrativas.

4.5.3. Cuando es expedida por un organismo incompetente para hacerlo. La incompetencia puede ser total, si se refiere a una invasión a la competencia de otro nivel de gobierno o a otro organismo del mismo nivel de gobierno. Por ejemplo, el reglamento aprobado por Decreto Supremo de un Sector que no corresponde, o sin el refrendo presidencial o el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, cuando ello sea exigido por la norma. Pero también puede ser incompetencia parcial, como cuando la instancia emisora es competente para aprobarla, pero necesita además de la participación

en la aprobación de otro estamento administrativo. Es el caso, de la falta de refrendo ministerial de un reglamento que debería ser aprobado por dos sectores conjuntamente. Este último fue abordado por la Corte Suprema con el siguiente pronunciamiento¹⁶⁰:

“Cuarto: En el presente caso, el D.S. No. 002-2003-SA no se ciñe a lo prescrito en el artículo 4 del Decreto Ley 25629, que establece que las disposiciones por medio de las cuales se establezcan que las disposiciones por medio de las cuales se establezcan tramites o requisitos o que afecten de alguna manera la libre comercialización interna o la exportación o

importación de bienes o servicios se aprueban por Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas y por el Sector Involucrado.

Quinto: que el Decreto Supremo en cuestión (D.S. No. 002-2003-SA) adolece de la formalidad requerida, pues no ha sido refrendado por el Ministerio de Economía y Finanzas lo que conlleva a su ilegalidad, configurándose el supuesto de acción popular por la forma”.

4.5.4. El caso especial de los vicios en la publicación de los Reglamentos.-

¹⁶⁰ Cuarto y quinto fundamento de la Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema recaída en el Expediente No. 1195-2006-LIMA de 26 de octubre de 2007 y publicada el 11 de junio de 2008

La Corte Suprema de Justicia al analizar los vicios en que puede incurrirse en la facultad de reglamentación ha identificado que cuando se trata de una deficiencia en la forma de darle publicidad no estamos frente a un vicio de invalidez de la norma, son de eficacia. Así, ha manifestado en base a lo dispuesto por el artículo 51 de la Constitución Política que la publicidad constituye requisito esencial para la eficacia del precepto y no para su validez, que:

“Decimosegundo: Los cuestionamientos relativos a la publicación de una norma no están referidos a la validez de la norma sino al de su eficacia, en tanto la validez de la norma está asociada a que la norma haya sido aprobada y promulgada siguiendo el procedimiento previsto y por el órgano competente y siempre que respete los principios y valores de orden superior como el constitucional. Por lo tanto, los cuestionamientos que puedan surgir en torno a la publicación de una norma no deben resolverse en clave de validez o invalidez, sino de

eficacia o ineficacia, por lo que conviene ahora analizar si la norma materia análisis (sic) se encontraba sujeta para su eficacia a su publicación o establecía algún mecanismo distinto para ello”.¹⁶¹

Pero antes de adentrarnos en las formas en que este vicio podría presentarse tenemos que advertir que la forma de dar a publicidad una norma reglamentaria no es idéntica en todos los casos.

Nuestro sistema ha diferenciado los medios para alcanzar la publicidad de los reglamentos en razón de la competencia territorial de la autoridad que lo emite. Así, los reglamentos provenientes de autoridades nacionales

¹⁶¹ Sentencia de la Corte Suprema recaída en el Exp. No. 4789-2009 de 11.NOV.2010 publicada el 27-09-11)

corresponden ser publicados en el diario oficial El Peruano como condición básica para adquirir vigencia. Esto se desprende, en el caso de los reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo y que se exteriorizan bajo forma de Decreto Supremo o incluso Resoluciones Supremas de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo¹⁶².

En el caso de los reglamentos dictados por los Gobiernos Regionales exteriorizados –por lo general, pero no exclusivamente- bajo la forma de Decretos Regionales son publicados de acuerdo con lo que se decida en cada Gobierno Regional y además en su portal electrónico.¹⁶³ En similar situación, se encuentran los reglamentos dictados por los Gobiernos Locales, dado que los ubicados en el departamento de Lima y del Callao

¹⁶² Artículo 11.- Facultad normativa del Presidente de la República

Corresponde al Presidente de la República dictar los siguientes dispositivos:

3. Decretos Supremos.- Son normas de carácter general que reglamentan normas con rango de ley o regulan la actividad sectorial funcional o multisectorial funcional a nivel nacional.

Pueden requerir o no el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, según lo disponga la ley.

Son rubricados por el Presidente de la República y refrendados por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan.

Los Decretos Supremos entran en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria del mismo, que postergue su vigencia en todo o en parte.

4. Resoluciones Supremas.- Son decisiones de carácter específico rubricadas por el Presidente de la República y refrendadas por uno o más Ministros a cuyo ámbito de competencia correspondan. Son notificadas de conformidad con la Ley del Procedimiento Administrativo General y/o se publican en los casos que lo disponga la ley.

Cuando corresponda su publicación, por ser de naturaleza normativa, son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria que postergue su vigencia en todo o en parte.

¹⁶³ Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867

Artículo 42.- Publicidad de las normas regionales

La norma regional de alcance general es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, salvo plazo distinto expresamente señalado en la misma, debiendo publicarse además en el diario encargado de las publicaciones judiciales en la capital de la Región.

Deben incluirse además en el portal electrónico del Gobierno Regional.

Los Acuerdos del Consejo Regional y los Decretos Regionales son publicados de acuerdo al reglamento que dicte el Gobierno Regional y se difunden en su portal electrónico.

deben publicarse en el diario oficial El Peruano, mientras que las demás municipalidades distritales y provinciales lo harán en el diario encargado de las publicaciones judiciales de la jurisdicción o en otro medio que asegure su publicidad. Pero además, tenemos el caso de las Municipalidades de zonas rurales, cuyas normas reglamentarias se publicarán a través de carteles, emisoras radiales y similares.¹⁶⁴

Como se puede apreciar existe un abanico de medios de publicidad de las normas reglamentarias provenientes de los gobiernos subnacionales que complica realizar un control sobre la publicación, o mejor dicho, la publicidad de estos reglamentos.¹⁶⁵

Por lo general, las infracciones al deber de publicación de los reglamentos pueden aparecer bajo forma de tres supuestos distintos:

¹⁶⁴ Ley N° 27972.- Ley Orgánica de Municipalidades.

ARTICULO 44º.-PUBLICIDAD DE LAS NORMAS MUNICIPALES

Las ordenanzas, los decretos de alcaldía y los acuerdos sobre remuneración del alcalde y dietas de los regidores deben ser publicados:

1. En el Diario Oficial El Peruano en el caso de las municipalidades distritales y provinciales del departamento de Lima y la Provincia Constitucional del Callao.
2. En el diario encargado de las publicaciones judiciales de cada jurisdicción en el caso de las municipalidades distritales y provinciales de las ciudades que cuenten con tales publicaciones, o en otro medio que asegure de manera indubitable su publicidad.
3. En los carteles municipales impresos fijados en lugares visibles y en locales municipales, de los que dará fe la autoridad judicial respectiva, en los demás casos.
4. En los portales electrónicos, en los lugares en que existan.

Las normas municipales rigen a partir del día siguiente de su publicación, salvo que la propia norma postergue su vigencia.

No surten efecto las normas de gobierno municipal que no hayan cumplido con el requisito de la publicación o difusión

los recursos del Fondo de Compensación Municipal.

ARTICULO 147º.- PUBLICACION DE NORMAS MUNICIPALES

Para efecto de la exigencia de publicidad de las normas emitidas por las municipalidades ubicadas en zonas rurales se podrá cumplir con tal requisito a través de carteles, emisoras radiales u otros medios similares, siempre que se pueda probar que se cumplió con la publicidad y la fecha o fechas en que se produjo.

¹⁶⁵ Además de ello, la Corte Suprema ha admitido que reglamentos institucionales, como los provenientes de las Universidades, no corresponden ser publicados en el diario oficial El Peruano sino que basta para su eficacia que sean puestos en conocimiento de la respectiva comunidad universitaria específica mediante las notificaciones internas y publicidad en la entidad. (Exp. No. 4789-2009 de 11.NOV.2010).

a) La falta de publicación de la norma reglamentaria.

Dichas situaciones estaban cubiertas por el artículo 5 de la Ley Procesal de la Acción Popular, que establecía la especial procedencia de la demanda contra normas reglamentarias formalmente aprobadas pero no publicadas oficialmente, en los siguientes términos:

“Artículo 5.- Es admisible la demanda de acción popular, contra las normas formalmente aprobadas que no han sido aún publicadas oficialmente, siempre que del conocimiento extraoficial de las mismas se prevea que lesionan o amenazan con lesionar el orden constitucional y/o legal o contravenir el principio de jerarquía normativa. La subsanación del contenido de la norma, efectuada antes de su publicación, deja sin efecto la demanda.

Esta figura fue denominada por la doctrina como “control previo de constitucionalidad”¹⁶⁶ aunque no fuera propiamente un control a proyectos de reglamentos sino a reglamentos clandestinos o secretos aprobados por la autoridad pero no publicados en la forma debida para que los ciudadanos puedan conocerlo oficialmente.

Durante su vigencia esta norma fue cuestionada desde diversas perspectivas. Por ejemplo, se dijo en su contra que *“puede originar consecuencias contraproducentes, en razón que de esta manera se estaría indirectamente reconociendo el valor a normas no publicadas y que sin embargo deberían carecer de toda eficacia jurídica, conforme al mandato contenido en el*

¹⁶⁶ LANDA, Cesar; Tribunal Constitucional y Estado Democrático”, PUCP, Fondo Editorial, 1999, p. 177.

precepto constitucional del artículo 87, según el cual, la publicidad es esencial para la existencia de toda norma del estado.¹⁶⁷ En una línea cercana también se le calificó de una norma equivocada “*porque la norma no tiene validez antes de su publicación y, por consiguiente, no es norma jurídica (ver la parte final del artículo 51 de la Constitución). (...) Además, existe una razón práctica: si la norma no se ha publicado ¿Cómo puede conocerse su texto? Esta pregunta no tiene respuesta que no sea oficiosa y en base a ello es difícil pensar que pueda interponerse una acción seriamente. Sin embargo, estando la norma vigente, la impugnación antes de la publicación está legitimada*”.¹⁶⁸ En nuestra opinión, esta regla tenía una utilidad importante para poder contestar a los reglamentos clandestinos que sabemos existen y que más aun, las autoridades administrativas suelen aplicar a los ciudadanos.

Sin embargo, a partir de la vigencia del Código Procesal Constitucional la aplicación de la acción popular en este tipo de vicios resulta compleja¹⁶⁹ derivada de dos situaciones:

- i) La no acogida en el Código Procesal Constitucional de alguna norma como la contemplada en el artículo 5 de la derogada Ley No. 24968, que permitía la interposición de la demanda de acción popular contra normas formalmente aprobadas que no han sido publicadas oficialmente,

¹⁶⁷ DANOS ORDOÑEZ, Jorge; “La Garantía Constitucional de la Acción Popular”, publicada en la Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 4, Comisión Andina de Juristas, 1990, 151 y ss. p. 164.

¹⁶⁸ RUBIO CORREA, Marcial; Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo VI, Tesis que para Optar el grado de Doctor en Derecho presenta a la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Marzo de 1997, p. 91.

¹⁶⁹ Crítica de esta posición del Código Procesal Constitucional es la profesora CASTAÑEDA OTSU, Susana Ynes, “El proceso de acción popular: un análisis preliminar”, En CASTAÑEDA OTSU, Susana (Coordinadora). Introducción a los procesos constitucionales. Lima: Jurista Editores, 2005, pp. 153-188. La mencionada profesora afirma que esta norma “no debió suprimirse ya que representa una defensa anticipada de la constitucionalidad y de la legalidad, orientada a impedir la consumación de una violación constitucional o legal, pues la norma pese a esos vicios que la invalidan puede ser aplicada afectando derechos fundamentales”.

siempre que se tenga conocimiento extraoficial de las mismas y que lesionan o amenacen con lesionar el orden jurídico¹⁷⁰; y, por el otro,

- ii) La exigencia formal que la demanda de acción popular deba estar aparejada con la copia de la norma impugnada y el señalamiento de su forma de publicación¹⁷¹, sin contemplar la excepción que tenía la Ley derogada –art. 11 inciso 4- por la que si se trataba de una norma no publicada, bastaba que se indicara la forma en que el demandante ha tomado conocimiento de la misma.

De este modo, nos parece aconsejable concluir que el proceso de acción popular no resulta ser la vía procedente contra reglamentos no publicados¹⁷², sino que en este caso deberá ser objeto de otros procesos constitucionales (ej., amparo o habeas corpus, según sea el bien jurídicamente tutelado que se afecte o amenace) o del proceso contencioso administrativo cuando sea aplicada a un ciudadano en particular. En ambos casos será necesaria, la

¹⁷⁰ DANOS ORDOÑEZ, Jorge; La garantía constitucional de la Acción Popular” Lecturas sobre temas constitucionales 4, Comisión Andina de Juristas, 1990, 164.

¹⁷¹ Artículo 86.- Demanda

La demanda escrita contendrá cuando menos, los siguientes datos y anexos:

5) Copia simple de la norma objeto del proceso precisándose el día, mes y año de su publicación.

¹⁷² Similar posición ha asumido el Tribunal Constitucional (STC 00021-2010-AI) en relación con el proceso de inconstitucionalidad contra leyes no publicadas. Por ejemplo, “11. El Tribunal advierte que si el TLC Perú-China no hubiese sido publicado, la demanda tendría que haberse declarado improcedente pues, como se sabe, ésta sólo cabe interponerse contra normas con rango de ley que se encuentren vigentes, y dicha vigencia solo se adquiere mediante la publicación. Y es que como en anterior ocasión hemos señalado, “Una ley que no haya sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia. Y sobre aquello que no ha cobrado vigencia, no es posible ejercer un juicio de validez en un proceso de inconstitucionalidad...” [STC 0021-2003-AI/TC, fundamento 4; cfr. también STC 0041-2004-AI/TC, fundamento 18]”

aplicación o inminencia de su aplicación por la administración y el demandante deberá acreditar legitimidad para obrar específica¹⁷³.

b) La publicación parcial de la norma reglamentaria (por ejemplo, si se publica la resolución pero no el texto del reglamento que se califica como anexo).

El proceso de acción popular queda aplicable frente a vicios de publicación de manera indebida, como sucedió cuando se declaró nulo por inconstitucional el Decreto Supremo No. 003-2009-JUS que fue publicado en el diario oficial pero sin el texto del reglamento que se consideró como anexo, disponiéndose únicamente su inclusión en el portal web institucional.¹⁷⁴. En este caso, la

Corte Suprema estableció claramente la necesidad de publicar las normas reglamentarias apoyadas en los artículos 51 y 109 de la Constitución Política del Estado y en el numeral 3 del artículo 11 de la Ley No. 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Explícitamente indico lo siguiente:

“Que por tanto, existe una prescripción legal específicamente referida a los Decretos Supremos que ordena que estos necesariamente deben publicarse en el Diario Oficial El Peruano para poder adquirir vigencia, y esta publicación implica que el texto normativo del Reglamento que el Decreto Supremo aprueba, necesariamente debe estar impresa en el Diario Oficial pues el primero (el texto del

¹⁷³ El Tribunal Constitucional ha conocido de reclamos vía amparo de ciudadanos afectados por actos administrativos de gravamen (sanciones y evaluaciones de personal) dictados aplicando reglamentos no publicados en los Exp. No. 2050-2002-AA/TC de 16.AB.2002, 02098-2010-PA/TC y 1393-2001-AA/TC de 30.NOV.2002.

¹⁷⁴ A.P. No. 2450-2010-LIMA de 28.AB.2011, publicado el 8.SET.2012.

Reglamento) es la razón misma de la existencia del segundo (el Decreto Supremo) resultando inadmisibile pretender, como lo hace la demandada, publicar en el Diario Oficial un Decreto Supremo que apruebe un reglamento para que derive a su vez la publicación del texto de este (reglamento) a una página web, ya que con ello se dejaría de publicar en el Diario Oficial el sustrato mismo de la norma (Decreto Supremo) cuya publicación en dicho medio ordena el numeral 3) del artículo 11 de la Ley No. 29158”.

- c) La difusión de la norma en un medio indebido (por ejemplo, si se publica en un medio de difusión que no es el diario oficial cuando así corresponda).**

De igual manera procederá cuando la administración emplee un medio de publicidad indebido, esto es, si procede a la difusión de la norma aprobada pero en una forma (duración o medio empleado) contrario al previsto en el ordenamiento al efecto. Sobre este último caso existe el precedente del proceso de acción popular iniciado contra la Resolución

Rectoral No. 1706-2006-UNI/JBG de 21. MAR.2006 por la que aprobó un nuevo TUPA institucional pero no fue publicado en el diario oficial sino únicamente en la web institucional y en paneles de la universidad¹⁷⁵

- d) La publicación de un texto del reglamento distinto al aprobado por la autoridad.**

Muy próximos a los casos anteriores, tenemos el caso de los reglamentos que no obstante ser publicados en el medio de difusión correspondiente están

¹⁷⁵ Exp. No. 2876-2008-TACNA de 20.MAR.2009.

afectados a algún tipo de vicio. Nos referimos en primer lugar, al caso de la publicación de un texto que no es exactamente el aprobado por el organismo administrativo.

Obviamente no se trata de una discordancia involuntaria entre lo aprobado y la transcripción en el medio de publicación, conocido como fe de erratas¹⁷⁶, sino de una alteración deliberada entre el texto aprobado por la autoridad y el que finalmente se difunde al público. En este caso coincidimos con DOMENACH PASCUAL, en el sentido que aquí ambas normas son invalidas: “la primera, en

cuanto que norma no publicada (...). La segunda, por haber sido publicada prescindiendo totalmente del procedimiento de elaboración establecido por la ley y no se fruto de la voluntad del órgano competente para emitirla”.¹⁷⁷

e) La publicación del reglamento vencido el plazo dispuesto por la Ley (publicación extemporánea).-

Este supuesto, más frecuente de lo pensado, se configura cuando la autoridad administrativa responsable efectúa la publicación del reglamento de manera extemporánea, según el plazo dispuesto por la ley a la cual pretende

¹⁷⁶ Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, Ley N° 26889
Artículo 6o.- FE DE ERRATAS.

Las Leyes y normas de menor jerarquía publicadas en el diario oficial que contengan errores materiales deben ser objeto de rectificación mediante fe de erratas. Las erratas en que incurra el diario oficial son corregidas por éste, bajo responsabilidad, dentro de los diez días útiles siguientes. La rectificación debe ser solicitada, bajo responsabilidad, por el funcionario autorizado del órgano que expidió la norma, mediante un escrito en que exprese con claridad el error cometido y el texto rectificatorio. La solicitud debe ser entregada al diario oficial dentro de los ocho días útiles siguientes a la publicación original, a fin de que se publique en un plazo perentorio no mayor de los dos días útiles siguientes, bajo responsabilidad del Director del diario oficial. De no publicarse la fe de erratas en el plazo señalado, la rectificación sólo procede mediante la expedición de otra norma de rango equivalente o superior.

¹⁷⁷ DOMENACH PASCUAL, Gabriel; “La invalidez de los reglamentos” Tirant Monografías No. 206, p. 264.

reglamentar. No es una omisión reglamentaria, sino un ejercicio extemporáneo de dicha atribución incumpliendo el plazo explícitamente dado por el legislador ordinario.

En efecto, cuando el Parlamento dicta una norma que requiere reglamentación, suele entre las disposiciones complementarias y finales establecer un plazo dentro del cual, la autoridad administrativa llamada a ejecutarlo debe preparar, procesar, tramitar y aprobar el reglamento. Pero ¿qué sucede si lo hace fuera de dicho plazo? En este caso, postulamos una interpretación finalista de dicho plazo, puesto que no consideramos que la actuación reglamentaria una vez vencido el plazo dado por el legislador implique la pérdida de eficacia del producto normativo. Si operarán mecanismos de responsabilidad política y administrativa respecto de los obligados e incumplidores del plazo, pero no poseerá efectos sobre la norma producida y publicada después del plazo. En este momento coincidimos con DOMENACH PASCUAL, para quien “la invalidez de ese reglamento extemporáneo pero ajustado en todo lo demás a derecho sería todavía más perjudicial para dichos intereses que su validez. La anulación del reglamento y la elaboración de uno nuevo retrasaría más aun la satisfacción de aquellos fines públicos”¹⁷⁸

4.6. Reglamentos sustancialmente antijurídicos o antijurídicos por el fondo.

Una norma reglamentaria es antijurídica de modo sustancial o de fondo cuando su contenido es el que resulta contrario o incompatible con algunas de las reglas, derechos, principios y/o valores constitucionales o legales previamente vigentes. Es decir, cuando esos preceptos reglamentarios

¹⁷⁸ DOMENACH PASCUAL, Gabriel; “La invalidez de los reglamentos” Tirant Monografías No. 206, p. 270.

resultan lesionando no normas procedimentales de formación, sino las normas sustanciales contenidas en la Constitución o en normas con rango de ley que configuran sus límites materiales de actuación.

Es con motivo de los denominados “*reglamentos de ejecución*”, donde tienen ocasión los casos más frecuentes de este vicio. Ello es así, porque siendo la finalidad de los reglamentos de ejecución precisar, desarrollar, pormenorizar y asegurar la operatividad correcta de la ley previa, adquiere carácter viciado cuando la Administración pretende condicionar su vigencia, desnaturalizar, reducir o modificar alcances, corregir o perfeccionar a la ley que debería buscar ejecutar.

Ahora bien, el control de la regularidad de los reglamentos no solo se plasma en el contraste entre sus preceptos con las regulaciones contenidas en normas superiores. La Autoridad Administrativa poseyendo márgenes de discrecionalidad para organizar las formas y medios para alcanzar el mejor cumplimiento de las leyes, también puede incurrir en el vicio de desviación o exceso de poder en el ejercicio de esta potestad cuando le dota de contenido desproporcionado o arbitrario¹⁷⁹, desnaturaliza sus fines, le vacía de contenido. En suma todo lo que GARCIA DE ENTERRIA denominó la “*arbitrariedad en el ejercicio de la potestad reglamentaria*”¹⁸⁰ y que trasciende de los vicios formales del procedimiento de creación y publicación.

El mencionado autor ejemplifica estos casos con los normas reglamentarias que implican una apreciación falsa de los hechos que le sirven de factor de determinación, quebrantar el principio de igualdad, transgredir la naturaleza de las instituciones jurídicas, restringir de modo desproporcionado los derechos o incrementar las cargas ciudadanas configuradas en la ley que se reglamenta, perseguir finalidades particulares y no públicas, pretender alcanzar un efecto retroactivo, consagrar situaciones irrazonables o carentes de buena fe, etc.

¹⁷⁹ BLANQUER, David; “El control de los reglamentos arbitrarios”, Editorial Civitas, 1988. En particular su Capítulo II: Arbitrariedad y potestad reglamentaria y III Arbitrariedad y contenido de los reglamentos.

¹⁸⁰ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; “Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial”. Editorial Tecnos, 1981. Madrid, España.

En esta línea, nuestra Corte Suprema ha podido determinar que una norma reglamentaria está viciada por el fondo no solo si su contenido transgrede algún precepto normativo de la ley que reglamenta, sino incluso es incompatible con la finalidad no explícita de la ley. Así manifestó que:

“Sétimo: que, empero, la potestad reglamentaria del Ejecutivo debe ser ejercida de conformidad con las prescripciones contenidas en la Constitución y la Ley a desarrollar, y conforme puede verse a su texto, la norma impugnada, que incluye en su formulación a los egresados de las instituciones no universitarias, resulta contraria al Decreto Ley No. 18093 y al espíritu de su modificatoria, al Decreto Legislativo No. 712, conforme se entiende de la parte considerativa de ésta, donde se consigna como una de las motivaciones para su emisión, la existencia de un oligopolio en relación a los servicios de traducción oficial que impide que los egresados de los programas de traducción e idiomas de las universidades, institutos o centros educativos de valor oficial puedan trabajar de manera independiente y así mejorar sus ingresos y contribuir al desarrollo del país. Siendo ello así, la norma en cuestión atenta contra la disposición legal que pretende reglamentar, constituyéndose en un obstáculo para el fomento del empleo productivo, actividad cuya promoción corresponde a estado conforme lo establece el artículo 23 de la Carta Magna”.¹⁸¹

De este modo, se puede apreciar que el vicio que hace ilegal sustancialmente a un reglamento dista de ser únicamente el contraste entre la ley y la norma reglamentaria que la pretende desarrollar o complementar, sino que tiene

¹⁸¹ Sétimo Fundamento de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema Exp. No. 195-2007-LIMA de 24 de agosto de 2007 y publicada el 8 junio del 2009.

ocasión cuando la administración incurre en algún vicio de proporcionalidad o arbitrariedad en esta acción.



CAPITULO III

Aspectos procesales de la acción popular en la jurisprudencia

1. La Legitimación para obrar activa en el proceso de acción popular.

El proceso de control de la constitucionalidad de las normas reglamentarias precisamente debe su nombre a la legitimidad extraordinaria que le caracteriza para permitir su promoción a cualquier persona con capacidad jurídica.

La legalidad constitucional de los reglamentos es considerada un valor público de tal importancia que se permite a cualquier persona poder instar la acción popular en el caso concreto.

Como es propio de esta forma de legitimación el accionante de modo popular no afirma derecho e interés alguno como suyo, ni tampoco la potencialidad o acaecimiento o efectiva aplicación de la norma reglamentaria, sino se limita a afirmar que el ordenamiento le reconoce el derecho a la actividad jurisdiccional con base únicamente en la defensa de la juridicidad.

En este sentido, la legitimidad de la acción popular le corresponde a todos y cada uno de los sujetos de derecho que componen la colectividad nacional y que cuenten con capacidad procesal, con prescindencia que posea o no, un interés legítimo o derecho afectado por la vigencia de la norma reglamentaria, o incluso que se encuentre en el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, es decir, con alguna potencialidad de aplicación. De este modo, la acción popular

tiene como objetivo la defensa objetiva de la constitucionalidad y legalidad afectada por el ejercicio de la potestad reglamentaria y no de proteger derechos o intereses legítimos individuales afectados.

Por su propia naturaleza, la acción popular tiene como característica esencial “ser una acción pública, por lo que cualquier persona o ciudadano, sin que tenga legítimo interés, puede ejercitarla sin necesidad de acreditar la “legitimatío ad processum” propia de las acciones de índole privada”¹⁸² Nos

¹⁸² DANOS ORDOÑEZ, Jorge y SOUSA CALLE, Martha; El Control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general” en el libro dirigido por Francisco Eguiguren, “La Constitución de 1979 y sus problemas de aplicación”, Lima: Cultural Cuzco, 1987, p. 323

encontramos frente al rasgo más tipificante del instrumento procesal que incluso le ha servido para darle nombre al proceso mismo.

Conforme a esta peculiaridad en defensa de la legalidad, cualquier persona y, en merito a su sola condición de tal, ejerce la acción sin necesidad de tener que alegar ni demostrar la existencia o provecho subjetivo alguno, siendo suficiente el interés que representa restablecer la constitucionalidad o legalidad del ordenamiento jurídico que se afirma vulnerado por un ejercicio indebido de la potestad reglamentaria de la Administración. Pese a ello, se constata que en la práctica, un número importante de casos presentados el actor posee – pese a que como vemos no le es exigible ni menos acreditable- una relación directa entre la norma y sus derechos e intereses subjetivos.¹⁸³

El artículo 84 del Código Procesal Constitucional ha optado por simplificar al extremo, la calificación de los sujetos legitimados para interponer la demanda.

Sucintamente dice “La demanda de acción popular puede ser interpuesta por cualquier persona”, sin diferenciar entre las diferentes formas de personas que existen o si estas requieren de la ciudadanía para ejercer esta acción.

Por el contrario, su antecedente el artículo 4 de la derogada Ley Procesal de la Acción Popular establecía como legitimados para interponerla a:

- “1.- Los ciudadanos peruanos en el ejercicio pleno de sus derechos.
- 2.- Los ciudadanos extranjeros residentes en el Perú.

¹⁸³ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto; “Proceso de acción popular y visita familiar entre internos de establecimientos penitenciarios”, Gaceta Constitucional No. 51, p .71.

- 3.- Las personas jurídicas constituidas o establecidas en el Perú, a través de sus representantes legales.
- 4.- El Ministerio Público de conformidad con la facultad que le confiere el inciso 1) del artículo 250 de la Constitución”

Con esta redacción se debe entender que califican como “persona” todos los supuestos que estaban en el artículo 4 de la Ley No. 24968, esto es, personas nacionales o extranjeras, naturales o jurídicas, etc. Aunque la jurisprudencia de la Corte Suprema permanezca asociando la legitimidad para ejercer esta acción con la ciudadanía, en sus pronunciamientos:

“El Proceso constitucional de acción popular es aquel que puede ser emprendido por cualquier ciudadano, independientemente de que la norma que se impugne lo afecte o no, pues procede ante un supuesto que perjudique a la colectividad. Es decir, a través de este proceso se reconoce la posibilidad que cualquier ciudadano defienda un interés que no le concierne como simple particular, sino como miembro de una determinada colectividad. En otros términos el proceso constitucional de acción popular está pensado en una suerte de control ciudadano sobre el poder reglamentario de la administración

pública y, sobre todo, para el caso del Gobierno, en tanto que ella, mediante la actividad que le es propia puede vulnerar las leyes y la Constitución”.¹⁸⁴

En el análisis jurisprudencial efectuado hemos apreciado que en un universo de 229 casos han planteado demandas de acción popular, sin que el Poder

¹⁸⁴ Fundamento Séptimo, Sentencia Proceso de Acción Popular No. 0386-2009-LIMA de 16 de junio de 2009, publicada el 06 de junio de 2010. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la Republica.

Judicial haya cuestionado algún aspecto de su legitimación, las siguientes personas:

- Personas Naturales: 127 (55%)¹⁸⁵
- Personas Jurídicas: 69 (30 %)
- Entidades Estatales 27 (11%)
- Colegios profesionales: 04 (1.7%)
- Defensoría del Pueblo: 01 (0.43)

Adentrarse en este tema, solo cobra sentido con el objetivo de desentrañar si por, determinadas condiciones subjetivas, determinadas personas pueden ostentar la condición de actor público. Nos referiremos concretamente a los casos de los: extranjeros, las autoridades públicas, las personas jurídicas de derecho privado, y las entidades estatales.

1.1. La legitimidad de los extranjeros.-

La posición tradicional de la doctrina nacional fue hacia la limitación a los extranjeros para que puedan ser actores públicos en materia de control constitucional abstracto de normas reglamentarias. En esa línea se ha afirmado que:

¹⁸⁵ Es de destacar que se encuentra compartidas las experiencia como demandante en acción popular entre personas naturales y otras entidades, colegios profesionales, asociaciones, sindicatos, y similares. Ello es as contrariamente a lo que se podría pensar porque, en la actualidad, difícilmente una persona física carente de estudios en Derecho dispone del interés, recursos técnicos, económicos y jurídicos suficientes para sostener un proceso judicial contra la administración, salvo que cuente con algún interés o derecho subjetivo afectado por su aplicación, en cuyo caso, acudirá a la vía del contencioso o amparo y no al proceso de acción popular. La relevancia de esta perspectiva es que la demanda de acción popular más que un proceso ejercido masivamente por ciudadanos comprometidos con la legalidad, es un proceso promovido, en igual medida, por personas jurídicas y organismos administrativos.

“En razón de la nacionalidad sería conveniente permitir la acción solo a los nacionales. En lo que respecta a los extranjeros no parece saludable que se permita su interposición a los que se hallan de paso por el país, esto es a los turistas, desde que no se les considera como miembros permanentes de la comunidad y, por lo mismo, la anulación de la norma no los va a beneficiar ni directa ni indirectamente, Respecto al extranjero residente y del domiciliado, sean personas naturales o jurídicas, por el hecho de considerárseles miembros más o menos permanentes de la comunidad, debe permitírseles plantear la acción que faculta el artículo 133 de la Constitución, siempre que el petitorio no afecte a la ciudadanía”^{186 187}

La Comisión presidida por Mario Pasco, propuso que para interponer demanda de acción popular el extranjero cuente con una residencia de cinco años y legítimo interés económico o moral para accionar. Dicha posición se fundaba en que era necesario acreditar que el extranjero afirmara la voluntad

de no ser un transeúnte, y en el entendido que las normas reglamentarias también se dictan para los residentes.¹⁸⁸ En esa línea se afirmó que

“(…) nos pareció inconveniente, desde todo punto de vista, que pudiéramos reconocerle a un extranjero los mismos y plenos derechos constitucionales que al peruano por el simple hecho de estar, por

¹⁸⁶ ALVAREZ SIMONETTI, Manual; op. Cit. 80.

¹⁸⁷ En idéntico sentido favorable a la legitimidad de los ciudadanos extranjeros residentes en el país se manifiestan también LANDA ARROYO, Cesar; “Tribunal Constitucional y Estado democrático”. PUC, Fondo Editorial 1999, 177; y ORTECHO, Víctor Julio; “Jurisdicción Constitucional y procesos constitucionales: Habeas corpus y amparo- Habeas data- Acción popular- Acción de cumplimiento- Inconstitucionalidad”. p. 226.

¹⁸⁸ PASCO, Mario; Exposición sobre la Ley Reguladora del ejercicio de la acción popular. Revista del Foro, p. 122.

ejemplo, de tránsito en nuestro país; y nos pareció de otro lado, que si bien el ciudadano peruano puede accionar en defensa de un principio como es la constitucionalidad y la legalidad, al extranjero deberíamos exigirle, para el ejercicio de esta misma acción, que demostrara legítimo interés económico o moral y una permanencia mínima en el Perú, una residencia de cinco años y legítimo interés económico o moral para accionar”.

En esta línea, la Ley Procesal de Acción Popular solo habilitó la posibilidad de demandar a los “ciudadanos extranjeros residentes en el Perú”. La actual norma no establece ninguna regulación al respecto, quedando en ese sentido, sujeto a las reglas procesales comunes y las normas del régimen de extranjería vigentes.

El tema ha sido objeto de preocupación actual en juristas como QUIROGA, para quien el Código abre de modo desmedido e innecesario la legitimación activa de este proceso, “pudiendo hasta una persona (natural o jurídica) extranjera poseer dicha calidad, sin tener un sustento teórico concreto en la exposición de motivos respectiva. Es decir, personas que luego van a carecer de responsabilidad absoluta respecto de lo que hagan o pidan” ¹⁸⁹

1.2. La legitimidad de los funcionarios públicos.-

Una tendencia superada en la actualidad fue la de excluir de la posibilidad de interponer esta acción a quienes eran autoridades gubernamentales en función de determinados cargos públicos. Así se expresó que:

¹⁸⁹ QUIROGA LEON, Aníbal; El derecho procesal en el Perú y el Código Procesal Constitucional”. Op. 156.

“En razón del cargo o función, es necesario limitar el ejercicio de la acción no concediéndola al Presidente de la Republica que dictó el Decreto gubernativo o resolución o a los Ministros de Estado que lo firmaron o expidieron, ni a los que se encuentren en actual ejercicio de la Magistratura. Tampoco deberían interponerla los Procuradores Generales de la Republica, puesto que la función de los mismos es defender al Estado y a la norma que se impugne y la etapa en la que les está permitido intervenir en un proceso por acción popular, no es al comenzar el mismo, -o sea como entablando la demanda- sino al contestarla”. (Ejecutoria del 23 de noviembre de 1962)¹⁹⁰

Hoy en día no resulta atendible esta limitación a los funcionarios públicos, por ser discriminatorio. Incluso el Tribunal Constitucional ha admitido la presentación de demanda de acción popular a los alcaldes, en los términos siguientes:

“20. Al respecto, es importante aclarar que este Tribunal Constitucional no niega que las municipalidades provinciales tengan la facultad de invocar la inconstitucionalidad de una determinada Ley o Decreto Supremo que, a su criterio, pueda afectar sus competencias.

De hecho, no debe olvidarse que, según el artículo 203^o inciso 6 de la Constitución, los alcaldes provinciales cuentan con legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 200 inciso 4 de la Constitución. Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 84^o del Código Procesal Constitucional, cualquier persona puede interponer una acción popular contra los reglamentos, por infracción de la ley o de la Constitución.

¹⁹⁰ Citada por Álvarez Simonetti, op. Cit., p. 79

21. Sin embargo, lo que en modo alguno puede aceptarse es que dichas municipalidades provinciales se atribuyan a sí mismas la competencia para declarar la inaplicabilidad de una norma de alcance general en sus respectivas circunscripciones, so pretexto de que éstas infringen la Constitución o la ley. En este punto, el Tribunal Constitucional debe recordar su reiterada línea jurisprudencial en el sentido de que este Colegiado ostenta el monopolio de rechazo de las normas con rango de ley en nuestro ordenamiento jurídico, no pudiendo interpretarse en ningún caso que los gobiernos locales ostentan una competencia similar a la mencionada”.¹⁹¹

1.3. La Legitimidad de las personas jurídicas de derecho privado.-

Durante la vigencia de la Ley Procesal de Acción Popular que explícitamente habilitaba a las personas jurídicas para interponer esta acción, cierta doctrina se manifestó en contra señalando que la legitimidad para obrar debería entenderse limitada únicamente a las personas naturales afirmando que

“siendo una acción popular, pública o ciudadana consideramos discutible que el artículo 4 de la Ley No. 24968 concediera legitimidad para obra activa a las personas jurídicas, que no pueden ser ciudadanos”¹⁹²

Sin embargo, en la revisión jurisprudencial realizada evidentemente un número importante de procesos constitucionales han sido promovidos por personas

¹⁹¹ EXP. N. ° 00006-2010-PI/TC (Sentencia del 28 DE SEPTIEMBRE DE 2010), Proceso de Inconstitucionalidad iniciado por el Presidente de la República contra las Municipalidades Provinciales de Cajatambo, Yauyos y Canta.

¹⁹² ABANTO TORRES, Jaime David; op. Cit.,

jurídicas de derecho privado (69 casos), siendo particularmente empleada por asociaciones profesionales, sindicatos, empresas, comunidades campesinas, frentes regionales, organizaciones no gubernamentales, gremios empresariales, entre otros. Es mas incluso cuando en estos casos, la judicatura ha optado por no exigir alguna representación formal a los actores, pudiendo entender en defecto de ella, que la demanda se interpone por las personas naturales que suscriben la demanda¹⁹³

1.4. La legitimidad de las personas jurídicas estatales.-

Un supuesto controvertido ha sido la admisión, como legitimados para interponer estas demandas a las entidades públicas conformante del Estado por medio de sus representantes legales. No obstante, su presencia ha sido recurrente como una expresión de la juridificación de las controversias entre diversos niveles de gobierno y entre organismos sujetos a potestades de intervención de otras autoridades superiores.

Han sido casos emblemáticos de procesos de acción popular promovidos por personas jurídicas estatales los siguientes:

- Demanda interpuesta por Gobierno regional de Puno contra el D.S. No. 056-2005-RE dado por el Poder Ejecutivo.¹⁹⁴

¹⁹³ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto; "Proceso de acción popular y tercerización laboral", Gaceta Constitucional, No. 52, p. 116.

¹⁹⁴ Sentencia A.P. No. 2500-2006 de 03 de agosto de 2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Republica

- Demanda interpuesta por Gobierno Regional de Lambayeque contra el D.S. No. 043-2004-PCM que aprueba Lineamientos para la elaboración y aprobación del cuadro para la asignación de personal dada por el Poder Ejecutivo.¹⁹⁵
- Demanda interpuesta por Gobierno Regional de Arequipa contra el D.S. No. 017-2007-ED que aprueba Reglamento de la Ley No. 28988 sobre la educación como servicio público dado por el Poder Ejecutivo.¹⁹⁶
- Demanda interpuesta por Municipalidad Metropolitana de Lima contra Resolución de Consejo Municipal No, 012-2001/CM-MPH-M de 19 abril de 2001 que crea Municipalidad del Centro Poblado Menor del anexo 22, Pampa Canto Grande, de la provincia de Huarochirí.¹⁹⁷
- Demanda interpuesta por Municipalidad Provincial del Collao contra el Decreto Supremo No. 003-2008-AG que incluye localidades en la Zona Reservada Aymara Lupaca.¹⁹⁸
- Demanda interpuesta por Gobierno Regional de Arequipa contra D.S. No. 023-2004-PCM que establece la Jerarquización de los Bienes del

¹⁹⁵ Sentencia A.P. No. 2666-2006 de 03 de agosto de 2007 de la Corte Suprema de Justicia de la República.

¹⁹⁶ Sentencia Exp. No. 761-2009-LIMA de 18 de junio de 2009 de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

¹⁹⁷ Sentencia de la Corte Suprema No. 234-2009-LIMA de 16 de junio de 2009 publicado el 28 de abril de 2010.

¹⁹⁸ sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de 16 de junio de 2009 publicada el 12 de febrero de 2010.

estado por su alcance nacional, regional, y local, en el marco del Proceso de Descentralización¹⁹⁹

- Demanda interpuesta por ESSALUD contra el D.S. No. 043-2003-EF sobre cálculo actuarial de pensionistas y trabajadores bajo el régimen pensionario del D. Ley. No. 20530.²⁰⁰
- Demanda interpuesta por Gobierno Regional de Ica contra artículo 2 inciso a) del D.S. No. 005-2002-EF (Reglamento de la Ley del Canon)
- Demanda interpuesta por Gobierno Regional de Junín contra R. Presidencial No. 066-CND-P-2003 del Presidente del Consejo Nacional de Descentralización que constituye a su Secretaria Técnica como órgano de segunda instancia en el procedimiento de apelación contra actos de las comisiones regionales de concurso para la selección de Directores Regionales Sectoriales. (Sentencia de la Corte Suprema No. 1466-2007-LIMA de 26 de octubre del 2007, publicadas el 1 de junio de 2008). Resultado Fundada.
- Demanda interpuesta por la Municipalidad Provincial del Callao contra artículos del D.S. No. 157-2002-EF sobre inclusión de las municipalidades en el SNIP²⁰¹

¹⁹⁹ Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica de 28 de mayo de 2008 y publicada el 17 de octubre de 2008.

²⁰⁰ Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica de 12 de diciembre de 2008 y publicada el 20 de junio de 2009.

²⁰¹ Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica de 24 de marzo de 2006 y publicada el 31 de mayo de 2006.

- Demanda interpuesta por los Municipios Distritales de Santa Rosa, Conducir y Capaso contra el D.S. No. 038-2004-PCM que aprueba el Plan Anual de Transferencia de Competencias Sectoriales incluyendo al Proyecto Especial Lago Titicaca. Aquí se planteó una excepción de falta de legitimidad para obrar de las demandantes y la Corte lo denegó indicando que el artículo 84 del Código otorga legitimidad a cualquier persona para interponer la presente acción de garantía²⁰²
- Demanda interpuesta por Gobierno Regional de Arequipa contra D. S. No. 074-2007-PCM (prorroga plazo para transferencia a gobiernos regionales de función de administración del proceso de saneamiento físico legal de la propiedad agraria. Resultado infundada.²⁰³

Esta relación constata el frecuente empleo de este proceso de control normativo de acción popular, en particular, para dar forma jurídica a las controversias suscitadas en el proceso de descentralización del Estado. De tal modo las demandas por esta materia entre las instancias descentralizadas con los niveles nacionales e incluso entre organismos subnacionales por alegaciones de competencia han sido frecuentes con motivo de la emisión de normas reglamentarias por alguna de ellas. Incluso el Poder Ejecutivo creó mediante un procedimiento interno²⁰⁴ para el ejercicio de esta demanda contra

instancias descentralizadas. Según este procedimiento el Sector que identifique la norma reglamentaria ilegal o inconstitucional proveniente de una instancia regional o local debe premunirse de un informe legal sustentando esa situación, proponerlo al Ministro del Sector, quien de compartir la posición planteada lo remite al Procurador Público Especializado en materia

²⁰² Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, Exp. No. 1907-2005 de 24 de marzo de 2006, publicada el 17 de junio de 2006.

²⁰³ Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de 20 de marzo de 2009 (Exp. No. 2975-2008-LIMA, publicada el 3 de junio de 2010.

²⁰⁴ D.S. No. 043-2005-PCM de 15.JUN.2005 y sus modificatorias por D.S. No. 058-2010-PCM.

constitucional para que inicie la demanda correspondiente Cabe agregar que dicha Procuraduría también tiene la competencia para la defensa del Poder Ejecutivo cuando a su vez, sea demandada por instancias descentralizadas del Estado en acción popular.

1.5. La Defensoría del Pueblo.-

La Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, No. 26520 otorga atribuciones a este organismo autónomo para poder iniciar por sí mismo procesos de acción popular en resguardo de la legalidad constitucional y de modo reflejo la protección de derechos fundamentales de los ciudadanos.²⁰⁵

No obstante la atribución explícita que posee, en el periodo examinado, solo hemos podido identificar un solo caso en que se ha ejercido esta atribución contra el Reglamento Nacional de Registro de Grados y Títulos aprobado por la Asamblea Nacional de Rectores mediante R. No. 897-2002-ANR, habiendo obtenido una sentencia favorable.²⁰⁶

1.6. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).-

²⁰⁵ Artículo 9.- 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.

²⁰⁶ Antes de ese periodo ubicamos una demanda anterior interpuesta contra el art. 5 del D.S. Nº 017-96-PCM, sobre la prohibición de reingreso al sector público de funcionarios y servidores públicos. Demanda presentada el 12 de junio de 1997, admitida a trámite el mismo mes y año, pero mediante D.S. Nº 034-97-PCM publicado el 26 de julio, se derogó el art. 5 materias de la acción.

Con impropiedad, el artículo 48 de la Ley No. 27444, “tratándose de procedimientos iniciados de oficio por la Comisión de Acceso al Mercado²⁰⁷, el INDECOPI podrá interponer la demanda de acción popular contra barreras burocráticas contenidas en decretos supremos, a fin de lograr su modificación o derogación” asigna una particular competencia para incoar la demanda de acción popular contra barrera burocráticas.

Según esta disposición cuando el Indecopi haya iniciado un procedimiento de oficio contra una barrera burocrática y a través de sus dos instancias haya confirmado tal naturaleza, su decisión carecerá de eficacia directa sino que trasladara a la sede judicial el debate prolongando la incertidumbre sobre la legalidad de dicha regulación.

Dado que aquí no hay un peticionario al cual inaplicar la barrera (que es el efecto propio de dicha decisión) la legislación en vez da la alternativa al organismo técnico (INDECOPI) plantear su conclusión al Poder Judicial para que defina si dicha regulación es correcta o no.²⁰⁸

La impropiedad de esa regulación no solo radica en lo ineficiente que se vuelve el mecanismo de judicializar y prolongar fuera de la Administración un debate ya definido técnicamente al interior de las

²⁰⁷ La nueva denominación de este órgano colegiado es Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.

²⁰⁸ A la fecha conocemos que esta vía ha sido empleada una vez por INDECOPI cuando demando el proceso de acción popular contra el artículo 38.1.5.1 del Decreto Supremo N° 017-2009-MTC, que exige a las empresas de transporte regular de pasajeros a nivel nacional contar con un patrimonio mínimo de 1000 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) como requisito poder acceder y permanecer prestando el servicio, sustentado en la Resolución N° 0749-2011/SC1-INDECOPI a través de la cual determinó que constituía una barrera burocrática ilegal por vulnerar el artículo 5 de la Ley N° 27181 - Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre (LGTTT).

entidades por el órgano especializado, sino en varios aspectos complementarios:

- La calidad de barrera burocrática de una regulación implica que ella sea “una disposición de alguna de las entidades de la Administración Pública que establece exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado”²⁰⁹, pero no es un tema de protección constitucional directamente.
- Aludir únicamente a barreras burocráticas contenidas en decretos supremos, cuando como bien sabemos los reglamentos pueden estar contenidos en ese tipo de disposiciones provenientes del Poder Ejecutivo (Resoluciones Ministeriales, directorales, circulares, etc.)
- Referir como objeto del proceso de acción popular la búsqueda de la modificación o derogación de la regulación, cuando es fácil advertir que en este proceso el juez no puede “modificar” la regulación, ni tampoco “derogarlo” sino únicamente anularlo.
- En la práctica puede producirse una bifurcación riesgosa del debate en sede judicial acerca de la legalidad de la reglamentación del Poder Ejecutivo por cuando por una lado estará el debate a través del proceso de acción popular iniciado por el INDECOPÍ, mientras que por el otro lado, el o los Ministerios autores de la norma seguramente habrán iniciado un proceso contencioso administrativo contra la última resolución administrativa del INDECOPÍ que declara la barrera burocrática

²⁰⁹ Art. 2, de la Ley N° 28996, “Ley de Eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a la Inversión Privada”.

2. La competencia del Poder Judicial para conocer de la demanda de acción popular.-

El control abstracto de las normas reglamentarias está confiado a la acción popular que, como afirma GARCIA MARTINEZ²¹⁰ “puede considerarse concentrado en la medida en que la legitimación de dicho control no recaer en la totalidad de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial, aunque por otra parte, tampoco se concentra en un solo órgano de aquel Poder (...); en definitiva, la legitimación de la acción popular recae en exclusiva en unos órganos concretos del Poder Judicial”.

No es un modelo concentrado puro porque distribuye competencias en dos instancias del Poder Judicial, aunque con una clara tendencia a la centralización en la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, que revisa en apelación las decisiones de primera instancia y también en consulta, a falta de recurso de la parte afectada, como factor de referencia para uniformizar la interpretación constitucional y el control jurídico sobre las normas reglamentarias.

Desde el régimen legal anterior la competencia judicial ha sido diseñada desdoblada en una primera instancia en la Corte Superior y en segunda instancia a cargo de la Corte Suprema (Sala de Derecho Constitucional y

Social). Este esquema ha sido confirmado por el Código Procesal Constitucional manteniendo la opción legislativa planteada por la antigua Ley Procesal de Acción Popular. La norma en comento indica lo siguiente:

²¹⁰ GARCIA MARTINEZ, María Asunción; “El control de constitucionalidad de las leyes. Recurso y cuestión de inconstitucionalidad”. Serie: Constitución y Derechos Humanos No. 03. Jurista Editores. Agosto, 2005, Lima- Perú, p. 318.

Artículo 85.- Competencia

La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Son competentes:

- 1) La Sala correspondiente, por razón de la materia²¹¹ de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y
- 2) La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos.

Este particular diseño se debió al interés que tuvo la comisión elaboradora del anteproyecto de la derogada Ley Procesal por conciliar la necesidad de un procedimiento breve pero a su vez, que satisfaga la garantía de la instancia plural.

En esa línea dicha Comisión afirmaba que:

“Puestos en la disyuntiva, la Comisión fue unánime y categórica: había que preservar el valor de la celeridad, había que darle la máxima importancia a la intervención de la Corte Suprema, había que conjugar pues estos dos valores dentro de un procedimiento nuevo, pero al mismo tiempo compatible con el procedimiento general que regula las acciones dentro de nuestros procesos civiles, penales o de cualquier índole; y por lo tanto, con algo de innovación pero respetuosos de los precedentes y la

²¹¹ La mención a la razón de la materia se refiere a que la Sala competente puede ser alguna especializada tales como la laboral o agrario si el contenido del reglamento fuera ese, y en su defecto, por la Sala Civil ordinaria.

tradición jurídica de este país, se ha previsto un proceso que se inicia ante las Cortes Superiores”.²¹²

Desde la óptica judicialista ha sido cuestionada esta opción²¹³ por considerar que las Salas Superiores son órganos colegiados más bien habituados al trabajo de revisión de actuaciones de los jueces especializados al resolver apelaciones, proponiendo que sea vista en instancia única por la Corte Suprema. Ello, se afirma, redundaría en economía y celeridad procesal.

Es conveniente advertir que la deficiente redacción del artículo 85 parece precisar que sólo en el caso de las Cortes Superiores de distritos judiciales distintos a Lima la competencia funcional corresponde en razón de la materia que trate la norma reglamentaria cuestionada (ej. Sea laboral, agraria, constitucional, etc.).

Ello parece desprenderse del inciso primero que indica “*La Sala correspondiente, **por razón de la materia** de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local*” y no hacer similar precisión en el inciso segundo que aborda en caso de la Competencia de la Corte Superior de Lima.²¹⁴

²¹² PASCO COSMOPOLIS, Mario; La Ley Reguladora del Ejercicio de la acción popular. P. 125.

²¹³ ABANTO TORRES, Jaime David; La Acción Popular en el Código Procesal Constitucional. Luces y sombras de la cenicienta de la Justicia Constitucional Peruana. Julio de 2004. <http://blog.pucp.edu.pe/item/16136/la-accion-popular-en-el-codigo-procesal-constitucional>

²¹⁴ Este defecto fue advertido por HUERTA GUERRERO, Luis Alberto; “La acción popular en las demandas contra disposiciones de alcance general”. Jurídica, Suplemento de El Peruano. Martes 7 de agosto de 2012, p. 7.

En verdad, la definición de la competencia de la Sala Superior debe concordarse con el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que nos informa que cualquiera que sea el distrito judicial, la competencia de la Salas Superiores deben atender a la materia que trate el reglamento, de tal suerte, que si se trata de normas reglamentarias de contenido laboral corresponderá conocerlas a la Sala Laboral de la Corte Superior²¹⁵ y así mismo, si fueran normas reglamentarias de contenido agrario²¹⁶; siendo que las demás materias corresponderán a las Salas Civiles²¹⁷.

Personalmente discrepamos de la disgregación de la competencia en función de la materia que aborde el reglamento, puesto que lo esencial es ejercer de manera previsible y científica la función de control normativo en protección de la Constitución y de la legalidad, sin para ello ser determinante la materia que aborde el reglamento, además de suponer equivocadamente que la norma reglamentaria aborda exclusivamente una sola materia, cuando en verdad son en un número importante de los casos, normas multisectoriales. Si así fuera el caso, cómo se pronunciaría la Sala Especializada²¹⁸.

²¹⁵ "Artículo 42.- Competencia de las salas laborales

Las salas laborales de las cortes superiores tienen competencia, en primera instancia, en las materias siguientes:

a. Proceso de acción popular en materia laboral.

²¹⁶ Competencia de las Salas Agrarias.

Artículo 43.- Las Agrarias conocen:

(...)

2.- En primera instancia, las acciones contencioso-administrativas y popular, en materia agraria;

²¹⁷ Para el profesor Danos esta mención a la especialidad debería conducir a que si se trata de reglamentos comerciales, tributarios o sancionadores correspondería su conocimiento a las Salas Comerciales, Tributarias y Penales. Personalmente discrepamos de esa posición, en particular de la última, por cuanto es marcada la diferencia entre lo administrativo sancionador y lo penal.

²¹⁸ A este aspecto se refería el profesor Jorge Danos cuando analizando la competencia privativa de fuero laboral para conocer de los reglamentos laborales se preguntaba "¿Cuál es la instancia competente para conocer de la demanda contra un decreto o un reglamento que además de normas laborales regula materias de índole comercial, tributaria, etc.? Creemos que en esa situación deberá estarse al examen en cada caso de la materia preponderantemente del reglamento cuestionado. Si la demanda fuera interpuesta ante el Tribunal de Trabajo

Finalmente, esta opción legislativa parece presumir que todo cuestionamiento sería basado por ilegalidades o inconstitucionalidad por aspectos de fondo –en los que tendría asidero la visión material del tema- pero descuida las otras variantes del vicio que puede atacar a un reglamento, como son los vicios formales.

3. Legitimación para obrar pasiva en el proceso de acción popular. (art. 89)

Es obvio que la defensa de la constitucionalidad o legalidad de la norma acusada corresponde a aquel organismo que le dio vida jurídica. Dicho organismo es quien mejor posibilidad, información y convicción tiene para poder argumentar en favor de la validez constitucional de su producción jurídica. Con lo cual además, defiende de la eventual responsabilidad política por la infracción constitucional en el ejercicio de la facultad normativa.

Pero no estamos propiamente frente a demandados ya que como el Tribunal Constitucional lo ha manifestado respecto al proceso de inconstitucionalidad, pero aplicable también al proceso de acción popular, en “el proceso de inconstitucionalidad no se decide sobre los derechos o intereses de ninguna persona o entidad. En él no existen “partes” en el sentido ortodoxo procesal del término —por cuanto, prima facie, no hay derechos subjetivos en debate—, sino tan solo legitimados para activar la jurisdicción constitucional abstracta concentrada en este Tribunal para controlar la validez constitucional de las

impugnándose el decreto o el reglamento en su integridad, entonces solo debería pronunciarse sobre las normas que regulan aspectos estrictamente laborales, absteniéndose de pronunciarse sobre las otras”. DANOS ORDÓÑEZ, JORGE; “La Garantía Constitucional de la Acción Popular”, publicada en la Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 4, Comisión Andina de Juristas, 1990, p. 167.

normas con rango de ley, y legitimados pasivos para la defensa de su constitucionalidad con sustento en el valor democrático que subyace en la elección popular directa de los órganos que las han emitido”²¹⁹

3.1. Legitimidad del órgano emisor de la norma reglamentaria (art. 89)

El Código Procesal Constitucional aborda el tema de los sujetos a los cuales corresponde sustentar la legalidad o constitucionalidad de la norma reglamentaria en la disposición siguiente:

Artículo 89.- Emplazamiento y publicación de la demanda

Admitida la demanda, la Sala confiere traslado al órgano emisor de la norma objeto del proceso y ordena la publicación del auto admisorio, el cual incluirá una relación sucinta del contenido de la demanda, por una sola vez, en el Diario Oficial El Peruano si la demanda se promueve en Lima, o en el medio oficial de publicidad que corresponda si aquella se promueve en otro Distrito Judicial.

Si la norma objeto del proceso ha sido expedida con participación de más de un órgano emisor, se emplazará al de mayor jerarquía. Si se trata de órganos de igual nivel jerárquico, la notificación se dirige al primero que suscribe el texto normativo. En el caso de normas dictadas por el Poder Ejecutivo, el emplazamiento se hará al Ministro que la refrenda; si fuesen varios, al que haya firmado en primer término.

²¹⁹ EXP. N.º 0017-2008-PI/TC, LIMA, Aclaración.

Si el órgano emisor ha dejado de operar, corresponde notificar al órgano que asumió sus funciones.

Como se puede apreciar, el Código asigna –no con una redacción confusa²²⁰– el rol de defensa de la legalidad y constitucionalidad del Reglamento a la autoridad que la ha aprobado o refrendado (en caso de Ministros). Así se diferencian, cuatro hipótesis distintas:

- En el caso de reglamentos aprobados por el Consejo de Ministros o si se trata de un reglamento multisectorial (con intervención de más de un Ministro), el emplazamiento de la demanda debe hacerse al Ministro que lo refrendó en primer término.
- En el caso de reglamentos aprobados por un Ministro, el emplazamiento se realizara a dicha autoridad.
- En el caso de reglamentos aprobados por autoridades pertenecientes al Poder Ejecutivo pero distintas al Ministro (Ej. Director General de un Ministerio, titular de un organismos técnico especializado), se le emplazara a esta autoridad y si hubieran participado varios órganos, al que tenga mayor jerarquía, o, en caso de similar jerarquía, a quien lo suscribió primero.
- En caso el órgano emisor hubiera dejado de operar (ej., por una desactivación, fusión, etc.) corresponderá emplazar al órgano quien le sucedió en sus funciones.

²²⁰ Por ejemplo, esta confusión ha llevado a entender al Poder Judicial que corresponde notificar al Presidente de la Republica como demandado (al haber firmado el Decreto Supremo reglamentario) por cuando el artículo 89 indica que “si la norma objeto del proceso ha sido expedida con participación de más de un órgano emisor se emplazara al de mayor jerarquía”. HUERTA GUERRERO, Luis Alberto; “Proceso de acción popular y acceso a cargos públicos de dirección de hospitales del sector salud”. Gaceta Constitucional No. 50, p. 47.

3.2. ¿Es posible la participación de terceros con interés en defender la norma reglamentaria?

Podría suscitarse alguna duda sobre si algún nivel de legitimidad puede reconocérsele en los procesos de control normativo a otras entidades públicas, que sin ser el órgano de mayor jerarquía o el que suscribió primero el reglamento, pueden participar en el proceso para defender la juridicidad de la norma. Por ejemplo, los órganos que deben hacerlas cumplir o se vean beneficiadas por su contenido y por ende, tendrían interés en defender el mantenimiento de la vigencia y, en ese entendido, pedir que se le corra traslado de la demanda. Pensemos en el organismo público descentralizado, que cuenta con un reglamento aprobado por el Ministerio del Sector en la cual se haya contenida parte o todas sus atribuciones ¿Podría intervenir en el proceso de acción popular como parte demandada?

Al respecto, el Tribunal Constitucional²²¹ respecto al proceso de inconstitucionalidad ha respondido negativamente a esa pregunta dado que ante similar planteamiento de una entidad estatal afirmó que no es posible:

“(…) sostener que so pretexto de la perspectiva subjetiva que también alcanza al proceso, todos los involucrados directa o indirectamente con la materia regulada por la norma controlada tengan “derecho” a participar en el proceso de inconstitucionalidad. Ello conllevaría desconocer y desvirtuar la naturaleza de un proceso eminentemente abstracto, en el que la ausencia de un caso concreto determina, a su vez, la inexistencia de derechos o intereses subjetivos en juego, y por consiguiente, la inexistencia de un “derecho a la defensa” susceptible de vulnerarse.

²²¹ EXP. N.º 0017-2008-PI/TC, LIMA. En igual sentido, tenemos el Exp. N.º 00004-2008-PI/TC.

Verdad es que el Tribunal Constitucional, en circunstancias excepcionales, ha consentido la presencia de partícipes en el proceso de inconstitucionalidad, pero dicho instituto procesal no debe ser confundido ni con la condición de parte, ni con la pretendida existencia de un “derecho de participación” en el proceso, pues dicha figura no emana del reconocimiento de algún interés subjetivo en la decisión del proceso. Tal como tiene expuesto este Colegiado, los partícipes son “sujetos que, debido a las funciones que la Constitución les ha conferido, detentan una especial cualificación en la materia objeto de interpretación constitucional. No se trata, así, de terceros con interés, sino, por así decirlo, de sujetos ‘partícipes’ en el proceso de inconstitucionalidad. La justificación de su intervención en este proceso no es la defensa de derecho o interés alguno, cuando más bien, aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional que contribuya al procedimiento interpretativo”.

Ahora bien, en el desarrollo de los procesos de acción popular, la Corte Suprema ha optado una posición distinta, admitiendo la participación de otros organismos adicionales a quienes han emitido la norma, aduciendo que pueden apersonarse como terceros coadyuvantes al tener interés subjetivo en el mantenimiento de la norma objeto del proceso. Así ha sucedido con la participación del Ministerio de Economía y Finanzas cuando la demanda contra una norma de contenido tributario que se entendió con la Presidencia del Consejo de Ministros por haber suscrito dicho reglamento ²²²

²²² Auto de 13 de setiembre de 2004, Exp. No. 907-2004-LIMA de 13 de setiembre de 2004, permitió la participación del MEF como codemandado por tener interés directo en la materia controvertida (sobretasa para la tramitación del pasaporte). no obstante que no era la instancia emisora de la norma reglamentaria (DS No. 008-2002-IN) en la demanda interpuesta por ASPEC.

En igual sentido, la Corte Suprema ha admitido la participación como tercero coadyuvante, al Consejo Nacional de Descentralización en adición a la Presidencia del Consejo de Ministro, cuando se discute la legalidad de una norma expedida por ese Ministerio.

“Décimo tercero: que de otro lado, respecto a los vicios de nulidad insubsanables que alega el Presidente del Consejo Nacional de Descentralización en su escrito de apelación de fojas 223, se tiene que el Consejo Nacional de Descentralización, que preside el impugnante, es un organismo independiente y descentralizado adscrito a la PCM y que en dicho contexto y dada la naturaleza y origen de las normas cuestionadas, el Procurador Público a cargo de la defensa judicial de la PCM es el llamado a comparecer en juicio en defensa de sus intereses, el mismo que se ha apersonado, compareciendo en el proceso en defensa del Estado, e interponiendo los recursos impugnatorios que la ley le confiere; siendo así, la Sala Superior al haberle concedido el recurso de apelación al Presidente del Consejo Nacional de Descentralización, quien no ha sido parte demandada en el proceso, lo ha hecho entendiéndolo como tercero coadyuvante de la parte demandada en el presente proceso, habiendo el recurrente ejercido su derecho de defensa a través de los informes orales llevados a cabo por ante este Supremo tribunal”,²²³

3.3. Otros partícipes en el proceso de acción popular.-

Como ha quedado evidenciado, el Tribunal Constitucional niega la capacidad a las demás entidades estatales para ser calificadas como sujeto procesal en el

²²³ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala Constitucional y Social, A.P. No. 1907-2005 de 24 de marzo de 2006, publicada el 17 de junio de 2006.

proceso de inconstitucionalidad. Pero ello, no le ha impedido habilitar el estatuto especial de partícipe²²⁴ para referirse al sujeto procesal que aporta una tesis interpretativa en base a su ámbito funcional dando elementos de juicio y criterios al proceso interpretativo que realiza el Tribunal Constitucional y no es un tercero con interés o derecho a defender. De este modo, el partícipe es notificado con la demanda y su contestación, puede presentar informe escrito así como intervenir en la vista de la causa para sustentar el informe oral, mas su intervención no debe ocasionar el entorpecimiento del proceso y de las actuaciones ordenadas por el Tribunal, por ende, carece de legitimidad para solicitar abstenciones, plantear excepciones o nulidades.

El estatuto especial del partícipe en el proceso de inconstitucionalidad fue concebido del siguiente modo por el Tribunal Constitucional ²²⁵ en los siguientes términos:

“EL “PARTÍCIPE” EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD EN CUANTO SUJETO PROCESAL COMO CONSECUENCIA DE LA PLURALIDAD DE INTÉRPRETES DE LA CONSTITUCIÓN

22. Que en aplicación del principio de autonomía procesal, este Tribunal incorpora en la presente resolución la figura del “partícipe” en el proceso de inconstitucionalidad, en cuanto sujeto procesal del mismo, en los siguientes términos.

23. Que la concretización u optimización de la finalidad del proceso de inconstitucionalidad relativa a la primacía de la Constitución supone

²²⁴ Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, Colegio de Abogados de Arequipa y otro, Exp. N.º 00007-2007-PI/TC, Colegio De Abogados Del Callao y Exp. No. 0033-2005-PI/TC)

²²⁵ EXP. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC

siempre un acto de interpretación de la Constitución. La singularidad de esta tarea debe proyectarse a la comprensión y configuración del proceso de inconstitucionalidad.

La Constitución debe ser interpretada desde una concepción pluralista, la cual debe proyectar sus consecuencias en el derecho procesal constitucional. Una consecuencia de ello es la apertura del proceso constitucional a la pluralidad de “partícipes” en la interpretación del texto supra.

La apertura del proceso constitucional a una pluralidad de intérpretes de la Constitución optimiza un enriquecimiento de los puntos de vista que el Tribunal Constitucional, en cuanto supremo intérprete de la Constitución, ha de considerar para examinar un proceso de inconstitucionalidad

El enriquecimiento del procedimiento de interpretación constitucional que ha de efectuar el Tribunal Constitucional, en cuanto intérprete supremo de la Constitución, se realiza en especial cuando se incorporan al proceso de inconstitucionalidad sujetos que, debido a las funciones que la Constitución les ha conferido, detentan una especial cualificación en la materia objeto de interpretación constitucional. No se trata, así, de terceros con interés, sino, por así decirlo, de sujetos “partícipes” en el proceso de inconstitucionalidad. La justificación de su intervención en este proceso no es la defensa de derecho o interés alguno, cuando más bien, aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional que contribuya al procedimiento interpretativo.

Tal es el caso, en el proceso de autos, del Consejo Nacional de la Magistratura. Se trata de un órgano constitucional cuya función es el nombramiento de magistrados (Art. 150, Constitución). La disposición impugnada en cuanto a su constitucionalidad constituye justamente

una norma de la Ley Orgánica de dicho órgano constitucional y, concretamente, la que concierne a los requisitos que ha de considerar para examinar la postulación al cargo de magistrado y ulterior nombramiento.

En la misma condición se tiene a la Academia de la Magistratura que, de conformidad con la Constitución, tiene como función la “formación y capacitación de jueces y fiscales” (Art. 151, Constitución). Es el órgano encargado de la extensión del curso que, de conformidad con la disposición cuestionada, constituye requisito para la postulación a la magistratura.

En consecuencia, tanto el Consejo Nacional de la Magistratura como la Academia de la Magistratura han de incorporarse al presente proceso de inconstitucionalidad en cuanto sujeto procesal con la calidad de “partícipes”.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha determinado la imposibilidad que otras entidades públicas puedan alegar legitimidad para ser parte del proceso de constitucionalidad, pero ello no es óbice para poder reconocer la posibilidad que los propios sujetos legitimados para participar en el proceso según el artículo 203 de la Constitución Política puedan comparecer en procesos no iniciados por ellos. Así por ejemplo ha admitido la incorporación en condición de tales de 25% del número legal de miembros del Congreso de la República Exp. N.º 0020-2005-PI/TC, LIMA (demanda de inconstitucionalidad presentada por la Presidencia del Consejo de Ministros contra los artículos 1º, 2º y 3º de la Ordenanza Regional N.º 031-2005-GRC/CRC, expedida por el Gobierno Regional de Cusco) en procesos iniciados y en los que comparecen otros organismos constitucionales

Para afirmar esta posición, el Tribunal ha manifestado que:

“Sobre la base de esta comprensión del proceso de inconstitucionalidad, este Tribunal Constitucional declara con efectos generales que, si bien el Código Procesal Constitucional no ha regulado expresamente la institución del litisconsorte facultativo en el proceso abstracto de inconstitucionalidad de la leyes, en el marco de su autonomía procesal (...) es competente para cubrir las lagunas de la legislación procesal en lo concerniente a la admisibilidad de demandas subsidiarias.

Que, dado el carácter *numerus clausus* con el que se ha efectuado el tratamiento de la legitimación activa en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional considera que solo pueden actuar en la calidad de litisconsortes facultativos los órganos y sujetos a los que se refiere el artículo 203° de la Constitución Política del Estado, y dentro de las características y limitaciones propias de un proceso objetivo como éste”.

Es más, el propio Tribunal Constitucional ha indicado que aún pueden haber casos en los cuales terceros privados puedan incorporarse al proceso como litisconsortes en función a la dimensión subjetiva del proceso de inconstitucional. Por ello, manifestó también: “Que lo anterior no excluye que la figura del tercero contemplada en el Código Procesal Civil pueda aplicarse analógicamente y, de tal forma, incorporarse en la condición de terceros a personas cuyos derechos subjetivos pudieran resultar de relevancia en la controversia constitucional. Para tal efecto, es de relevancia considerar la dimensión subjetiva del proceso de inconstitucionalidad. Según ello, en este proceso no es sólo la primacía de la Constitución lo que ha de garantizarse sino también los derechos constitucionales de los concretos colectivos de

personas que tienen relación estrecha en la resolución de la controversia –la constitucionalidad o no de una determinada disposición impugnada”.

Finalmente, el artículo 13 A) del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, aprobado mediante Resolución Administrativa N.º 095-2004-P-TC²²⁶ ha consagrado la figura del *amicus curiae* (amigo de la corte) como un sujeto que participa en el proceso – a pedido del Tribunal brinda información u opinión científica o técnica para resolver la controversia aportando una opinión autorizada, objetiva y neutral a las partes en una materia compleja o de trascendencia social. La participación de *amicus curiae* en estos procesos de inconstitucionalidad los podemos encontrar en las 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados), Exp. 0017-2003-AI/TC, y en el Exp. N.º 00002-2008-PI/TC). En el Exp. N.º 0009-2008-PI/TC, el Tribunal denegó la solicitud de participación de Colegio de Ingenieros del Perú y el Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú, y por el Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú, por cuanto consideró que no expresan una interpretación objetiva y neutral frente a las partes)

En nuestra opinión, dada la naturaleza de la acción popular no debería haber limitación para participar voluntariamente como *amicus curie* durante el desarrollo del proceso.²²⁷

²²⁶ Facultad Especial

Artículo 13º-A.- El Pleno o las Salas pueden solicitar los informes que estimen necesarios a los órganos de Gobierno y de la Administración y requerir respuesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 119 del Código Procesal Constitucional; así como solicitar información del (los) *amicus curiae* (*amici curiarum*), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados.

²²⁷ Tenemos conocimiento que los señores Juan Carlos Ruiz Molleda, Luis Andrés Roel Alva y Sandy El Berr se presentaron en calidad de *amicus curiae* (amigos de la Corte), en el proceso de acción popular (Exp. N.º 1234-2007) respecto a la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N.º 023-2007-AG. Véase Instituto de Defensa Legal – Justicia Viva, Documento de Trabajo N.º 59 “AMICUS CURIAE EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE ACCIÓN POPULAR INTERPUESTO POR AIDSESEP RECAÍDO EN EL EXPEDIENTE N.º 1234-2007 ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CASO CORDILLERA DEL CONDOR” del 09 de abril del 2012.

4. La publicación del admisorio de la demanda. (art. 89)

Una de las particularidades del admisorio de la demanda de acción popular es su publicidad y no sólo su notificación al demandante y demandado. El actual texto del artículo 89 del Código Procesal Constitucional, que recoge similar articulado de la Ley procesal derogada (art. 13) indica lo siguiente:

Artículo 89.- Emplazamiento y publicación de la demanda

Admitida la demanda, la Sala confiere traslado al órgano emisor de la norma objeto del proceso y ordena la publicación del auto admisorio, el cual incluirá una relación sucinta del contenido de la demanda, por una sola vez, en el Diario Oficial El Peruano si la demanda se promueve en Lima, o en el medio oficial de publicidad que corresponda si aquella se promueve en otro Distrito Judicial.

Su objetivo no resulta del todo claro, aunque es manifiesto el propósito de informar a la colectividad sobre el cuestionamiento promovido sobre su legalidad o constitucionalidad y mermar su aplicación en los casos concretos. La existencia de esta regla en la primera ley procesal de la acción popular se explicaba de la siguiente manera:

“¿con que objeto la publicidad de la simple demanda? Con el objeto de que toda la ciudadanía resulte prevenida, resulte advertida de que la norma está siendo materia de impugnación, de lo contrario, con la lamentable morosidad con que a veces funcionan los estrados judiciales, pudiera suceder que una autoridad inadvertida o que las personas, los ciudadanos, los ciudadanos, los terceros que no tienen

conocimiento o que no se hayan percatado de que esta norma puede tener defectos sustanciales, puedan seguirla aplicando con total y absoluta inadvertencia. Es pues, a nuestro juicio, una precaución fundamental la de la publicidad de la demanda, claro naturalmente solo en el caso de que esta haya sido admitida”²²⁸

Pero ¿quién puede ser el destinatario buscado por esta publicación? Evidentemente no se trata de la autoridad emisora de la misma, porque ella es notificada como demandante en el proceso. Podría tratarse –y así parece reflejarlo la exposición de motivos transcrita- de las demás autoridades administrativas –que sin ser demandantes- están llamadas a aplicarla en casos concretos mediante sus actos administrativos específicos en la búsqueda de advertir del cuestionamiento existente y, eventualmente, promover que no sea aplicada, y a los demás ciudadanos –que sin ser demandantes- sean regulados por el cuestionado dispositivo. Así, se permitiría a los particulares poder tener un argumento adicional para cuestionar en vía del contencioso el acto de aplicación de esa norma cuya constitucionalidad es revisada en el proceso de acción popular. Pero tratándose de las otras autoridades de aplicación, esa difusión de la información parecería presuponer que la autoridad administrativa podría –enterada y compartiendo las razones del cuestionamiento- decidir la inaplicación de la norma reglamentaria al caso concreto.

En general la práctica ha revelado que tiene un tratamiento deficiente y una escasa utilidad, siendo más bien fuente de dilación en el proceso. Como se pueda advertir un aspecto silenciado por la regulación es sobre el coste de dicha publicación, pues no se advierte, si debe ser financiado por el presupuesto del Poder Judicial, o corre a cargo de la parte demandante.

²²⁸ PASCO, Mario; op. Cit. P. 125.

Como nos testimonia HUERTA GUERRERO²²⁹, “En la práctica, existen procesos que se quedan paralizados a la espera que la parte demandante vaya a la sala respectiva a recabar copia del auto de admisión para su respectiva publicación. Incluso se presentan casos en donde las vistas de causa (audiencia) no se puede llevar a cabo por esta omisión, así como situaciones en donde, habiéndose llevado a cabo la vista de la causa, pero constatándose –posteriormente- que no se había publicado el edicto respectivo esta es declarada nula”.

Siguiendo con las imperfecciones en su regulación, la normativa tampoco manifiesta el contenido de la “relación sucinta del contenido de la demanda” que debe tener el edicto, lo cual también conduce a declaraciones de nulidad del proceso por carencia de información suficiente a criterio de los jueces hasta que el edicto sea realizado a satisfacción – no siempre homogéneo- del entendimiento de la judicatura.

5. La acumulación de procesos de acción popular.-

Uno de los aspectos olvidados de precisar por el Procesal Constitucional es si es posible para el Poder Judicial disponer –de oficio o a instancia de parte- la acumulación de procesos de acción popular iniciados simultáneamente pero por separado por diversos demandantes contra la misma norma reglamentaria. Únicamente fue prevista una regla específica en el artículo 117 del mencionado cuerpo normativo, pero referido a los procesos que se tramitan ante el Tribunal Constitucional (que no es el caso)

²²⁹ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto; “Proceso de acción popular y embarcaciones pesqueras”. En Gaceta Constitucional No. 57, p. 20.

En nuestra opinión, el vacío señalado solo puede ser resuelto en sentido favorable no solo porque ello asegura evitar pronunciamientos contradictorios sino porque en aplicación del principio de economía procesal se apoya la descarga de procesos en sede judicial. Los únicos presupuestos para ello deberían ser que los procesos se acumulen versen sobre la misma norma reglamentaria demandada (guarden conexión) y que los procesos se encuentren en la misma instancia judicial (sea Corte Superior o Suprema, según el caso), lo cual debe ser objeto de análisis en la decisión que apruebe la acumulación para evitar caer en el vicio de acumulación inmotivada

6. El beneficio cautelar de suspensión de la norma acusada. (art, 94)

La posibilidad que la autoridad judicial dicte una medida cautelar innovativa de suspensión –en todo o en parte- de la norma cuestionada en su validez jurídica ha sido recibida con escepticismo por el derecho constitucional tradicional. Aunque en verdad, deberíamos ser precisos indicando que ese escepticismo es más propio de los ordenamientos que han seguido el modelo de control concentrado de constitucionalidad que en aquellos que siguen el modelo difuso o americano, en el cual la potestad cautelar está implícita en las competencias del juez que conoce del proceso²³⁰. Eso se manifiesta aun en el artículo 105 del Código Procesal Constitucional que declara expresamente la improcedencia de tales medidas en los procesos de inconstitucionalidad. Pero esta resistencia, también la encontramos en la jurisprudencia judicial anterior al Código Procesal Constitucional que no reconocía la posibilidad de admitir, aplicando supletoriamente reglas procesales comunes, estos pedidos en el proceso de acción popular, en pronunciamiento como el siguiente:

²³⁰ VECINA CIFUENTES, Javier; Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional. Editorial Colex, 1993, p. 92

“SETIMO: que, a ello cabe agregar que conforme lo establece el artículo 22 de la citada Ley Procesal de Acción Popular, la sentencia que la ampara, determina la inaplicación total o parcial, según corresponda, a partir de la fecha que quedo consentida o ejecutoriada y con efectos generales, de donde se extrae las siguientes conclusiones:

- a) que la decisión final no opera con retroactividad a su pronunciamiento.
- b) Que, sus efectos no son particulares sino generales, esto es, que su ámbito de vigencia es para un colectivo y no para una determinada persona;

OCTAVO: que, las referidas conclusiones abonan a favor de la tesis que establece la improcedencia de la medida cautelar que se peticiona, toda vez que pretender que se disponga la inaplicación a la actora de las normas cuestionadas en la presente demanda importaría hacer que los efectos de la sentencia a dictarse operen antes de que quede firme y solo para su parte; “. ²³¹

En general, las medidas cautelares contra las normas legales ha sido un fenómeno históricamente resistido, acudiendo a innumerables argumentos, que han ido cediendo paulatinamente a favor de su admisión moderada. Desde la presunción de constitucionalidad de las normas hasta el interés público detentado por la Administración, han sido planteado como pretextos para negar la posibilidad que el juez a cargo del control constitucional pueda suspender la vigencia de una norma jurídica. Ahora bien, el Código Procesal

²³¹ Exp. No. 1897-04-LIM.

Constitucional dio un paso a favor de la constitucionalidad de la suspensión cautelar de los reglamentos antijurídicos al habilitar –aunque moderadamente– la procedencia de las medidas cautelares en estos casos. Precisamente rompiendo con esta tradición nacional, el artículo 94 del Código Procesal Constitucional admitió normativamente la procedencia de estas medidas innovativas con el siguiente texto:

“Procede solicitar medida cautelar una vez expedida sentencia estimatoria de primer grado. El contenido cautelar está limitado a la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento”.

Por primera vez, se admite que el Poder Judicial al apreciar en control abstracto de una norma reglamentaria pueda dictar como medida cautelar, la suspensión provisional de su vigencia en tanto el proceso judicial continúa.

En la exposición de Motivos del Anteproyecto de Código se dijo al respecto que esta medida guardaba correspondencia con los efectos retroactivos de la sentencia estimatoria de la acción popular:

“En consonancia con la regla que asigna efectos retroactivos a las sentencias recaídas en procesos de acción popular que declaran la nulidad de las disposiciones administrativas, el artículo 93 permite la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares que impliquen la suspensión de la eficacia de las citadas normas, siempre que en primer grado se hubiera expedido sentencia estimatoria de la demanda”.

Esta innovación, por lo parco de su regulación, ha conducido a algunas interrogantes para su comprensión cabal y ha incidido en su escasa aplicación real²³². Algunas de ellos son:

- i) Los requisitos necesarios para que la Corte las conceda.
- ii) El efecto general o individual que la suspensión conlleva.
- iii) La posibilidad de impugnación de la medida cautelar.
- iv) La forma de hacer conocida para la colectividad y, por ende eficaz, la suspensión cautelar para su cumplimiento

Como se sabe para la procedencia de la medida cautelar se requiere como elemento importante, la verosimilitud de la fundabilidad de la pretensión o del derecho, esto es, la credibilidad que el juez debe adquirir sobre el derecho que invoca el demandante. En este caso, mutatis mutandi, deberá adquirirse credibilidad no de algún derecho en particular, sino de la situación de ilegalidad o inconstitucionalidad de la medida reglamentaria objeto del proceso de control. La regulación dada, permite inferir que el legislador ha considerado como condición esencial para la procedencia de la medida cautelar, que exista sentencia estimatoria de la demanda en primera instancia, ya que con ello entiende que se hace patente la existencia de la verosimilitud de la situación de ilegalidad existente.

A decir de PRIORI, esta requisito hace que el legislador exija un grado mayor a la verosimilitud usual en las medidas cautelares, dado que estamos frente a un estado ya de certeza a que ha arribado la Corte Superior sobre a ilegalidad de

²³² Únicamente tenemos noticia de su concesión en el caso del proceso de acción popular iniciado contra el D.S. No.004-2007-PRODUCE. Véase HUERTA GUERRERO, Luis Alberto; Proceso de acción popular y embarcaciones pesqueras". En Gaceta Constitucional No. 57, p. 17 y ss.

la norma²³³. Una alternativa a esta forma de ver la verosimilitud del derecho fue la que propuso la Comisión de Estudio y Análisis del Código Procesal Constitucional creada mediante R.M. No. 0201-2009-JUS, cuya propuesta de reforma al artículo 94 consistía en permitir a la Corte Superior otorgarla si apreciaba que había una “inconstitucionalidad o ilegalidad notoria y directa” en el reglamento acusado. Esta propuesta tenía la ventaja de permitir a la primera instancia del proceso otorgar la medida cautelar en casos graves sin necesidad de esperar concluir la instancia.

Coincidimos también con HUERTA GUERRERO²³⁴ en señalar que si bien el Código considera como condición sine qua non la existencia de una sentencia favorable al demandante y que ésta tiene como función reforzar la verosimilitud de la situación de inconstitucionalidad o ilegalidad, “no implica que deban ser concedidas de forma automática si se declara fundada la demanda en primera instancia” ya que si esa hubiese sido la intención del legislador “se habría optado por establecer en el Código Procesal Constitucional que las sentencias estimatorias de primer grado tienen efectos inmediatos sin perjuicio de ser apeladas, lo cual calificaría como una actuación inmediata de la sentencia impugnada en un proceso constitucional orgánico. Pero ello no ha sido así, y la opción del legislador a favor de permitir la concesión de una medida cautelar implica identificar sus diferencias con una sentencia de eficacia inmediata”.

En esta línea, el concesorio de la medida cautelar debe además motivar las razones que conducen a pensar que la suspensión es necesaria por “el peligro en la demora”, pero no en el sentido que tiene este requisito en los procesos ordinarios en los que existe una apreciación de las circunstancias y afectación

²³³ PRIORI POSADA, Giovanni F.; La Tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental”. Ara Editores, Lima, 2006, p. 86.

²³⁴ HUERTA GUERRERO, Luis Alberto; Acción Popular y medida cautelar en la práctica procesal. Jurídica, Suplemento de Análisis Legal, Martes 29 de mayo de 2012, p. 8

al demandante, porque no debemos olvidar que estamos en un proceso de control abstracto y sin exigencia de legitimación particular del actor. Este segundo requisito debe ser entendido como afirma la doctrina nacional como “el daño que el mantenimiento de los efectos de una norma jurídica que se reputa inconstitucional o ilegal, puede generar en los intereses generales, o aquellos del Estado o de un grupo de personas, o el riesgo de daño que el proceso generaría al funcionamiento del Estado constitucional, o el perjuicio al sistema democrático, o a los valores constitucionales que rigen en el Estado”²³⁵

En suma consideramos que el concesorio de la medida cautelar en el proceso de acción popular debe motivarse en la verosimilitud de la pretensión de inconstitucionalidad o ilegalidad de la norma reglamentaria y en el peligro en la demora que representa para el interés colectivo la eficacia de la medida reglamentaria en el sistema jurídico durante la secuela del proceso. Respecto a la “adecuación de la medida” consideramos que deviene en innecesario exigirla porque el contenido innovativo de la cautelar está tasado legalmente ya que ha sido el propio Legislador quien ha regulado expresamente como el único contenido posible de la medida cautelar a la suspensión de la norma reglamentaria objeto del proceso.²³⁶ Esta situación refleja la relación de instrumentalidad que existe entre esta posible medida cautelar y la invalidación como pretensión proponible y contenido posible de la sentencia al cabo del proceso de acción popular, ya que la sentencia no podría tener otro contenido posible, tampoco es razonable esperar otro tipo mandato cautelar (por ejemplo, medidas cautelares positivas sobre cómo debe aplicarse el reglamento en tanto se resuelva el proceso)²³⁷

²³⁵ PRIORI POSADA, Giovanni F.; La Tutela cautelar, su configuración como derecho fundamental”. Ara Editores, Lima, 2006, p. 70.

²³⁶ Conforme con este criterio también, PRIORI POSADA, Giovanni F., op. Cit., o. 94.

²³⁷ En el derecho español, la profesora Carmen Chinchilla postula la posible aplicación de estas medidas cautelares positivas. Véase CHINCHILLA MARIN, Carmen; “Artículo 129”, en Revista de Derecho Administrativo, Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de

Ahora bien, siempre existirá el riesgo que la Corte Suprema realice su propia apreciación sobre la fundabilidad de la demanda, en contra de lo ya pronunciado en la sentencia de grado, y –eventualmente- considerar que no habría verosimilitud de la ilegalidad del reglamento. Este riesgo, con perjuicio para la seguridad jurídica permite que algunos se manifiesten en contra de la incorporación de la medida cautelar en este proceso²³⁸, por los problemas prácticos que su aplicación puede provocar al sistema jurídico si la norma es suspendida en vía cautelar pero luego desestimada la demanda finalmente por la Corte Suprema.

Dos de los aspectos no regulados explícitamente por el Código, son la extensión individual o general de la suspensión de la norma reglamentaria objeto del proceso y la forma en que esta decisión cautelar es conocida por la generalidad de la ciudadanía.

En nuestra opinión, no cabe sino un efecto suspensivo general de la norma calificada ya como antijurídica por la sentencia de primera instancia. Ciertamente es que la suspensión de la medida puede interesar al solicitante y no al resto de la colectividad que puede verse perjudicada con la suspensión transitoria, pero se entiende que el demandante actúa en interés general y la autoridad judicial ya está convencida de la ilegalidad de la medida. En cuanto a la publicidad de la medida cautelar, estimamos que debería darse el mismo tratamiento que a

1998. Edición Especial del Numero 100 de la Revista Española de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, p. 867.

²³⁸ ABANTO TORRES, Jaime David; op. Cit., Dicho autor se pregunta: ¿sería admisible que una norma haya sido aplicada hasta la expedición de la sentencia estimatoria de primera instancia, luego deje de aplicarse y cuando la Corte Suprema la revoque o desapruere, vuelva a tener vigencia?".

la notificación pública de la demanda, para que pueda ser acatada por todos esta medida cautelar suspensiva.²³⁹

7. Las vicisitudes de la norma acusada durante la tramitación del proceso de acción popular.-

Luego de admitida la demanda y durante su tramitación pueden acontecer algunos eventos que afectan la continuidad del proceso mismo y hasta impedir la decisión final sobre la pretensión planteada. En base a la jurisprudencia analizada podemos identificar hasta cuatro situaciones distintas:

- La abrogación de la norma reglamentaria objeto del proceso.
- La derogación de la ley que servía de parámetro de legalidad a la norma objeto del proceso.
- El traslado del precepto objeto del proceso a otra norma reglamentaria que no ha sido demandada.
- La convalidación legislativa o validación sobreviniente de la norma reglamentaria objeto del proceso.

Básicamente estamos hablando de algunas acciones sobrevinientes al proceso por parte de la propia Administración o del Poder Legislativo que inciden, de una u otra manera, sobre la norma objeto del proceso y determinan algunas consecuencias distintas pero importantes el proceso de acción popular.

²³⁹ Esta propuesta fue asumida en las Propuestas de Reforma al Código Procesal Constitucional preparada por la Comisión de Estudio y Análisis del Código Procesal Constitucional constituida por la R.M. No. 0201-2009-JUS.

7.1. La abrogación de la norma reglamentaria.-

Un primer evento es el que se produce por la propia acción de la autoridad demandada que conociendo del proceso de acción popular iniciado procede a la abrogación de la norma reglamentaria objeto del proceso. A decir de la doctrina nacional, en realidad la derogación de la norma objeto del procedimiento de acción popular por el órgano que la expidió, importa generalmente una suerte de allanamiento a la demanda, medida presuntamente adoptada con el fin de evitar un previsible pronunciamiento jurisdiccional adverso²⁴⁰. En este caso, la norma acusada pierde vigencia, desaparece del ordenamiento jurídico sin ser sustituida por alguna norma.

Ante ello, la reacción automática sería afirmar la necesidad de dar por concluido el proceso constitucional por carecer de objeto dado que se trata de un proceso de control normativo abstracto. Esa fue la posición sostenida, por ejemplo, por ALVAREZ SIMONETTI quien establecía como una de las condiciones del proceso de acción popular era la vigencia de las normas materias de conflicto, por lo que si la norma acusada ha dejado de tener vigencia en algún momento del proceso antes de la sentencia, correspondería la sustracción de la materia. Proseguir con el proceso, no obstante que ya no existe ahora violación del ordenamiento, significaría alcanzar una declaración de nulidad declarativa, teórica, sin efectos prácticos, que lo único que haría sería perjudicar al actor con gastos y tiempo que el juicio demanda y recargar las labores de jueces y tribunales.²⁴¹ Además manifiesta contundentemente que “El Poder puede en cualquier momento modificar o derogar las normas

²⁴⁰ DANOS ORDÓÑEZ, JORGE; “La Garantía Constitucional de la Acción Popular”, publicada en la Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 4, Comisión Andina de Juristas, 1990, p. 171.

²⁴¹ ALVAREZ SIMONETTI, Manuel; op. Cit., p. 74.

que él ha promulgado como suyas. Es una facultad irrestricta que se le concede. (...) En estos casos los jueces deben abstenerse de pronunciar un fallo de fondo, por sustracción de materia (...).²⁴²

Ese mismo temperamento asumió la derogada Ley Procesal de Acción Popular expresamente en su art. 21, afirmando que:

“si al momento de sentenciar la norma impugnada ya no se encuentra en vigor, la resolución deberá ser inhibitoria por sustracción de la materia, debiendo publicarse en el medio de comunicación correspondiente”

No obstante esta posición que llamaremos tradicional, cabe destacar que la doctrina constitucional ha desarrollado la tesis de la posibilidad de realizar control abstracto, general y concentrado de la constitucionalidad de disposiciones no vigentes.²⁴³ Conforme a esta tesis pese a que la norma impugnada ha dejado de pertenecer al ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional puede aún examinar la constitucionalidad de una norma que ha dejado de pertenecer al ordenamiento jurídico (norma no vigente) y no necesariamente emitir una decisión inhibitoria o de sustracción de la materia.

Han sido calificados tres supuestos como habilitadores para que la autoridad de control constitucional emita un pronunciamiento de fondo aunque la norma haya perdido su vigencia. En primer lugar, ese control constitucional aun será posible si pese a que la disposición no se encuentre vigente es susceptible de

²⁴² ALVAREZ SIMONETTI, Manuel; op. Cit., p. 75

²⁴³ La mencionada tesis ha sido acogida por nuestro Tribunal Constitucional para el caso del proceso de inconstitucionalidad. Véase las STC No. 0045-2004-PI, fj 10 a 3 y STC No. 0016-2005-PI/TC, VÍCTOR RAÚL AGUILAR CALLO Y MÁS DE 5000 CIUDADANOS

ser aplicada a hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridas durante el tiempo en que estuvo vigente. La justificación de mantener este examen de validez constitucional resulta clara, porque una vez derogadas, los hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridas durante la vigencia de tales normas, siguen regidas por dichas disposiciones, cuya inconstitucionalidad ha sido acusada. Para evitar la aplicación de dichas normas, en el supuesto de que fueran eventualmente inconstitucionales, se requiere de todas maneras realizar el examen de constitucionalidad.

De este modo, si constata la inconstitucionalidad de la norma derogada, se le retira del sistema jurídico el resto de vigor que conservaba para los casos anteriores.

El segundo supuesto surge de la posibilidad de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma de contenido penal o tributario habilite la reapertura de procesos en que aquella fue aplicada, conforme establece el artículo 83 CPConst. De conformidad con el señalado artículo, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma no habilita la reapertura de procesos concluidos donde ella haya sido aplicada, con excepción de los supuestos de materia penal y tributaria. A contrario sensu, los procesos concluidos relativos a materias distintas de las anteriores pueden ser reabiertos. Precisamente, la posibilidad de reapertura de procesos donde se haya aplicado una norma penal o tributaria ya derogada, pero cuya inconstitucionalidad sea advertida posteriormente, impone que se examine su constitucionalidad y no se sustraiga la materia.

Finalmente, el tercer supuesto se da cuando una norma no vigente resulta ser aplicada ultraactivamente. Es decir, cuando es aplicada a hechos, situaciones

y relaciones jurídicas posteriores a la cesación de su vigencia. En consecuencia, si una norma que carece de vigencia es aplicada ultraactivamente, es necesario mantener el examen a su constitucionalidad.

El tratamiento de los casos de abrogación de la norma reglamentaria objeto de proceso no ha sido abordada de manera uniforme por la jurisprudencia de la Corte Suprema. En una tendencia mayoritaria se mantiene la tesis de la sustracción de la materia con la consecuente conclusión del proceso sin decisión sobre el fondo por el solo hecho de haberse abrogado la norma objeto del proceso, sin mayor análisis sobre si podría ejercerse control de constitucionalidad respecto de sus efectos supérstites.

Esta tendencia la podemos apreciar en algunas decisiones como las siguientes:

“Primero: que desde el punto de vista procesal, la sustracción de la materia constituye una forma especial de conclusión del proceso, sin declaración sobre el fondo, encontrándose ella comprendida dentro de los alcances del inciso octavo del artículo trescientos veintiuno del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al caso de autos en virtud de lo preceptuado en la Tercera Disposición Complementaria de la Ley Procesal de la Acción Popular; (...) Cuarto: que en consecuencia no cabe duda que se ha producido la sustracción de la materia respecto a lo que es objeto de la presente demanda, configurándose lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley procesal de la acción popular No. 24968, que establece que si al momento de la sentencia la norma impugnada ya no se encontrara en vigor, la resolución deberá de ser inhibitoria por

sustracción de la materia, razones por las que declararon CONCLUIDO EL PROCESO SIN DECLARACION SOBRE EL FONDO; por haber sobrevenido la sustracción de la materia (...)" ²⁴⁴

Con similares criterios aparece este criterio para concluir ir proceso de acción popular interpuesta contra la Directiva No. 002-2003/CCO-INDECOPI sobre "Lineamientos sobre la disolución y liquidación ante el incumplimiento del Plan de Reestructuración" aprobada por Resolución No. 0159-2003/CCO-INDECOPI de la Comisión de Procedimientos Concursales, debido a que antes de sentenciar el Tribunal de INDECOPI derogo extremo ese objeto de la controversia. ²⁴⁵

También lo volveremos a encontrar en caso de la demanda contra INTA CR.14-2001 que fue derogada durante el proceso por SUNAT (Exp. 2515-2002-LIMA de 26 de marzo de 2004, publicada el 18.FEB.2005) derivándolo de la aplicación supletoria del artículo 321 inciso 8) del CPC por la tercera disposición complementaria de la Ley Procesal de Acción Popular. Es lo mismo que aconteció en el proceso iniciado por la demanda contra la INTA-CR.030-2001 que fue dejada sin efecto durante el proceso. (Exp. No. 2658-2002-LIMA de 14 de abril de 2004, publicada el 18 de febrero de 2005),

En sentido opuesto a los casos antes mencionados, existen algunos otros casos que fueron resueltos sin acoger la tesis de la sustracción de la materia automática por derogación de la norma cuestionada y planteaban más bien la necesidad de mantener la competencia y capacidad para emitir una decisión de fondo.

²⁴⁴ Primer y quinto fundamento de Sentencia Proceso Acción Popular. Exp. No. 2450-2003 de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de 11 de junio de 2004.

²⁴⁵ Sentencia No. 319-2007-LIMA de 24 de agosto de 2007, publicada el 22 de diciembre de 2007.

Así sucedió en el caso siguiente:

“Cuarta.- Si bien mediante el escrito de 31 de julio de 2007 y cuatro de noviembre de 2008 obrantes a fojas ochenta y cuatro del principal y sesenta y dos de cuaderno de apelación, el Procurador Público de la PCM y Procurador Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Consejo Nacional de la Magistratura respectivamente han señalado que con fecha 24 de julio del 2007 se ha publicado en el diario oficial El Peruano el “reglamento de Concurso para la selección y nombramiento de Jueces y Fiscales – resolución No. 253-2007-CNM, que deroga el Reglamento aprobado por Resolución No. 322-2006-CNM el cual es materia de demanda, por tanto ha operado la sustracción de la materia en aplicación del artículo 32.1. del Código Procesal Civil, este Supremo Tribunal considera que la derogación de la ley no es impedimento para que pueda evaluarse su constitucionalidad, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en su STC No. 0019-2005-PI/TC del 21 de julio del 2005, por lo que corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo de la litis”.²⁴⁶

En igual sentido, la misma posición en favor del control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias no vigentes se manifestó afirmando que:

“Quinto: En tal sentido, si bien el artículo 3 de la Resolución del Consejo Directivo N. 029-2005-SUNASS-CD ha sido derogado y se habría producido la sustracción de la materia, empero, debe emitirse pronunciamiento absolviendo el grado, teniendo en cuenta el hecho

²⁴⁶ Cuarto fundamento de la Sentencia Proceso de Acción Popular No. 1878-208-LIMA de 12 de diciembre de 2008 y publicada el día 20 de junio del 2009.

que al interponerse la demanda dicha norma se hallaba vigente y a que el tercer párrafo del artículo 81 del Código Procesal Constitucional, establece que las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto de retroacción de las normas impugnadas, y en tal supuesto, la sentencia determinara sus alcances en el tiempo”²⁴⁷

Este parecer fue retomado en otro caso, afirmando que si el artículo 81 del Código Procesal Constitucional establece la posibilidad de fijar efectos retroactivos a las sentencias fundadas expedidas en los procesos sobre acción popular, ello significa que la sola vigencia de la norma reglamentaria durante un lapso de tiempo, aun cuando haya sido derogada con posterioridad, hace necesario el pronunciamiento del Tribunal, sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad que se le imputa. Dicha sentencia manifestó:

Décimo Tercero.- Que si bien, mediante el artículo 2 del D.S. No. 061-2004-PCM publicado en el Diario Oficial El Peruano el día 21 de agosto de dos mil cuatro, se dio por concluido, a partir de esa fecha, lo dispuesto en el D.S. No. 026-2004-PCM con excepción del artículo 1) no es menos cierto que ello no implica la sustracción de la materia puesto que el artículo 81 del Código Procesal Constitucional, en su parte final, establece la posibilidad de fijar efectos retroactivos a las sentencias fundadas expedidas en los procesos sobre acción popular, lo que significa que la sola vigencia de la norma reglamentaria durante

²⁴⁷ Quinto fundamento de la Sentencia de la Sala de derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia en el Exp. No. 68-2007-LIMA de cinco de octubre de 2007, publicada el 11 de junio de 2008.

un lapso de tiempo, aun cuando haya sido derogada con posterioridad, hace necesario el pronunciamiento del Tribunal, sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad que se le imputa”.²⁴⁸

Una variante de este caso, lo planteo la Corte Suprema cuando se trató de una norma subrogatoria y no simplemente abrogatoria. Allí se realizó el análisis acerca de si pese a la supresión de vigencia de la norma, la regulación subrogatoria (sucesora) contiene precepto análogo al que es objeto del proceso. Porque si lo contuviera se mantiene interés en la resolución y por ende, no se puede concluir el proceso por sustracción. La tesis fue expuesta de la siguiente manera:

“Décimo primero.- al respecto debe precisarse que, el artículo 51 del Decreto Supremo No. 057-2000-AG, fue modificado por el D.S. No. 067-2006-AG publicado el 29 de noviembre del 2006, que traslado esta norma al artículo 50 del primer decreto supremo mencionado. Posteriormente, el D.S. No. 070-2006-AG ubicado el 16 de diciembre del dos mil seis, modifico el artículo 50 antes referido, y en cuyo texto establece como requisito, en el numeral 50.7) “no haber sido condenado penalmente por delito doloso”. Por consiguiente, este nuevo texto ya no contempla el requisito transcrito en el considerando anterior (“el no tener procesos judiciales en los cuales se haya autorizado al procurador del Ministerio de Agricultura a intervenir, o procesos administrativos pendientes durante los últimos diez años anteriores al día previo a las elecciones”). De este modo se concluye que se ha producido la sustracción de la materia en este extremo, y

²⁴⁸ Decimotercer Fundamento de la Sentencia de la Corte Superior de Lima – Cuarta Sala Civil- Exp. No. 940-204 de 9 de mayo del 2005 y publicada el 30 de enero de 2006.

debe declararse la conclusión del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo, conforme a lo previsto en el artículo 321 inciso 1) del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente”.²⁴⁹

7.2. La derogación de la ley que servía de parámetro de legalidad al reglamento acusado.

Una segunda posibilidad que puede acontecer antes que el proceso concluya, es que por acción de la función legislativa aquella ley que servía de parámetro de contraste para sustentar la demanda, sea derogada. Precisamente la norma que se consideraba vulnerada a través del ejercicio de la potestad reglamentaria de la administración desaparece del ordenamiento, cesando la contradicción o incompatibilidad que se acusa.

Esta situación fue prevista por ALVAREZ SIMONETTI, para quien la forma de resolver esta situación era por intermedio de la sustracción de la materia dado que “las normas vulneradas se hayan modificado o derogado”²⁵⁰

En nuestra opinión, siendo la ilegalidad del reglamento un vicio que se consume al momento de su entrada en vigencia, en nada resulta alterado el defecto congénito, únicamente por la posterior derogación de la ley que vulneraba por la forma o por el fondo. La situación de ilegalidad e inconstitucionalidad del reglamento así aprobado no puede considerado saneado por la desaparición posterior de la ley transgredida, como si la derogación pudiera tener efectos retroactivos a la fecha de vigencia de la norma subalterna transgresora.

²⁴⁹ Decimoprimer fundamento de la Sentencia Acción Popular Exp. No. 731-2007-LIMA de 7 de setiembre de 2007 y publicado el 17 de febrero de 2008.

²⁵⁰ ALVAREZ SIMONETTI, Manuel T., op. Cit., p. 75.

7.3. El traslado de la norma acusada a otra disposición reglamentaria sustitutoria.-

Otra situación particular es aquella que se configura si durante la secuela del proceso, la autoridad administrativa subroga la disposición que contenía el precepto reglamentario acusado, pero similar precepto aparece recogido en la norma subrogante. Aquí sucede que el precepto normativo acusado de ilegal o inconstitucional ha sido trasladado de la norma reglamentaria ahora subrogada por otra disposición, a ésta última norma. Una posición formal y adversa a la razonabilidad podría establecer una sustracción de la materia porque la fuente del reglamento demandado ya no está vigente en el sistema jurídico.

En este caso, la Corte Suprema ha entendido que no puede producir sustracción de materia sino que más bien prosigue el proceso pero entendiendo que el precepto acusado se mantiene en el ordenamiento jurídico, ahora bajo la cobertura de otra regulación. El criterio fue desarrollado de la siguiente manera:

“Cuarto: que si bien la Tercera Disposición Transitoria y el citado Reglamento en su conjunto fueron dejados sin efecto por R. No. 897-2002-ANR que aprobó el nuevo Reglamento Nacional del Registro de Grados y Títulos Profesionales, sin embargo este nuevo Reglamento mantuvo en su artículo 21 el mismo precepto que el anterior reglamento en cuanto a la prohibición de que las universidades puedan expedir duplicados de diplomas de grados académicos o títulos profesionales, estableciendo solamente la posibilidad de que las universidades puedan emitir fotocopias de diplomas de grados y títulos profesionales: Quinto: que, al haberse mantenido el mismo precepto en el Nuevo Reglamento

Nacional del Registro de Grados y Títulos Profesionales en cuanto a la prohibición de que las universidades puedan expedir duplicados de diplomas de grados académicos y títulos profesionales, corresponde pronunciarse sobre la acción popular interpuesta, toda vez, que se trata del mismo presupuesto del Reglamento anterior; resultando de aplicación el principio recogido en el artículo 23 de la Ley No. 24968 en cuanto faculta a declarar la inconstitucionalidad o ilegalidad puede fundarse en la infracción de cualquier norma constitucional o legal aunque no haya sido invocada en la demanda (...).²⁵¹

En otra oportunidad esta misma tesis fue mantenida por la Corte Suprema cuando conoció de la demanda contra el Manual de procedimientos para la concesión de la visita familiar entre los internos de los establecimientos penitenciarios aprobado por R. D. No. 003-2008-INPE/P, y que fue sustituido durante la secuela del proceso por otro Manual aprobado por la R.D. No. 022-2008-INPE/12, pero manteniendo el precepto objeto de cuestionamiento constitucional. Ahí, la Corte Suprema manifestó que:

“Resulta coherente que, aun cuando la norma materia de la denuncia haya sido derogada pero continúe surtiendo sus efectos, o cuando otra norma entre en vigencia en sustitución de la primera, pero contemple el mismo supuesto que es materia de examen de la disposición derogada, entonces resultaría válido que se pueda extender los efectos del fallo incluso al texto de la norma vigente”²⁵²

²⁵¹ Fundamentos cuarto y quinto de la Sentencia, Proceso de Acción Popular Exp. No. 2299-2003 de 7 de abril de 2004, Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia.

²⁵² HUERTA GUERRERO, Luis Alberto; Proceso de acción popular y visita familiar entre internos de establecimientos penitenciarios”, Gaceta Constitucional No. 51, p. 76.

7.4. La convalidación legislativa o validación sobreviniente de la norma reglamentaria objeto del proceso.-

Con la denominación de validación, convalidación o saneamiento legislativo es conocido el fenómeno jurídico por el cual mediante una intervención legal sobreviniente se repara o remedia una disposición reglamentaria cuestionada en su conformidad legal, acomodándola al ordenamiento jurídico e impidiendo la declaración de ilegalidad que pudiera producirse. De manera sintética se refiere a ella, DOMENECH PASCUAL, como la “adquisición de validez del reglamento como consecuencia de la emisión de una norma con fuerza de ley”,²⁵³

La validación de los reglamentos de cuestionable legalidad se produce mediante la dación de una norma con rango legal que teniendo un amplio margen para configurar y actualizar el ordenamiento jurídico, modificando, en todo o parte, la regulación de las distintas materias pretenda sanear sus aspectos controvertibles para dar seguridad jurídica a las disposiciones aprobadas por el Poder Ejecutivo dado que se evita una remota, próxima o inminente declaración de ilegalidad por parte del Poder Judicial.²⁵⁴ Conforme a la doctrina que ha analizado este fenómeno creciente en los sistemas contemporáneo, toda convalidación requiere tres elementos esenciales:

²⁵³ DOMENECH PASCUAL, Gabriel; op. Cit., p. 433.

²⁵⁴ Para una revisión de la doctrina más importante sobre las convalidaciones legislativas puede consultarse: ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel; “Legislador y tutela judicial efectiva: el caso Itoiz y la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2000, de 14 de marzo”, en Revista Aranzadi Tribunal Constitucional, diciembre de 2000, nº 17, pp. 13-30; BOIX PALOP, Andrés; “Las leyes de convalidación en el ordenamiento constitucional”. Revista Española de Derecho Constitucional (Nueva Época), No. 73, enero-abril (2005), p. 157-186; BOIX PALOP, Andrés; “Las leyes de convalidación como ejemplo de la posibilidad de que algunas manifestaciones de la potestad legislativa engendren responsabilidad”, en Revista de Administración Pública, nº 167, 2005; BOIX PALOP, Andrés; “Las convalidaciones legislativas”, Editorial Iustel, Madrid, 2004., DOMENECH, Gabriel; “Convalidaciones legislativas, derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la arbitrariedad”, en La Ley, , Nº 4, 2000, pp. pags. 1529-1539 y sobre todo MUÑOZ MACHADO, Santiago; Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I, Thomson, Civitas, 2004

- i) existencia de un cuestionamiento de ilegalidad o inconstitucionalidad en la norma reglamentaria peso a lo cual se le intenta dar subsistencia,
- ii) intervención positiva del legislador en el sistema mediante una ley formal, y
- iii) La búsqueda como efecto de dejar sin efecto práctico una declaración judicial de ilegalidad ya producida o, al menos, posible o inminente.²⁵⁵

El fundamento de la posibilidad convalidatoria del legislador se encuentra en su libre opción para configurar sus contenidos, actualizar y modificar el ordenamiento por su carácter evolutivo y dinámico propio de los sistemas normativos modernos²⁵⁶ Como bien afirma DOMENECH PASCUAL, “la convalidación de un reglamento puede servir a diversos principios jurídicos. Se evitan: los perjuicios que a la seguridad jurídica ocasionaría su invalidez, la incertidumbre existente acerca de la validez de actos y situaciones nacidos de su aplicación; y el desamparo en el que quedarían intereses dignos de protección jurídica a los que el reglamento invalido daba cobertura”²⁵⁷ Sin embargo, para ser aceptable por el sistema jurídico debe poder justificarse en razones de interés general, como pueden ser poner en riesgo el sistema presupuestal, preservar la continuidad de un servicio público, garantizar la seguridad pública y aspectos similares de objetividad acreditable. Y a su turno, no se puede mediante esta figura intentar afectar las sentencias judiciales con carácter de cosa juzgada, dar retroactividad a los efectos de la decisión legislativa ni prohibir todo control jurisdiccional sobre el reglamento.

²⁵⁵ BOIX PALOP, Andrés; “Las convalidaciones legislativas”, Editorial lustel, Madrid, 2004, p. 608-9.

²⁵⁶ STC 73/2000 del 14 de marzo del Tribunal Constitucional Español.

²⁵⁷ DOMENECH PASCUAL, Gabriel; op, cit., p. 440.

7.4.1. Clases de convalidaciones.-

La doctrina ha identificado diversas modalidades de validaciones sobrevinientes de normas reglamentarias (que también son aplicables a las decisiones individuales de la administración), tales como las

- Convalidaciones directas e indirectas, según si la ley convalidante se refiere inmediatamente al reglamento cuestionado para establecer su validez, o si por el contrario, solo explicita la convalidación de sus efectos o a los actos administrativos nacidos a su amparo.
- Convalidaciones parciales o totales, según si, el legislador opta por validar una parte del contenido de la disposición reglamentaria, dejando sin validar otras de sus disposiciones, que pueden seguir siendo cuestionadas.
- Convalidaciones implícitas y expresas, cuando el legislador redacta la ley convalidante en el sentido explícito que claramente está validando un determinado reglamento o, es implícito, cuando la validación se deduce razonablemente de los términos empleador (ej. Si confirma las consecuencias de la norma cuestionada, pero no se refiere a la norma en sí).
- Convalidaciones categóricas o condicionadas, cuando el legislador convalida un reglamento cuestionada de manera absoluta, cualquiera que sea el vicio que le pudiera afectar, o si por el contrario, solo validara la norma reglamentaria salvando de determinadas ilegalidades, de modo que no resultara validado si padeciera de otros vicios.

7.4.2. Formas de manifestación de la convalidación de reglamentos ilegales.-

Comúnmente las podemos encontrar bajo las siguientes manifestaciones.

- Por medio de la aprobación de leyes que asumen como su propio precepto normativo idéntico contenido de las disposiciones reglamentarias cuestionables, actuando como una legalización o ratificación legislativa sobreviniente del precepto dispuesto por la norma reglamentaria. Es su efecto, elevar a rango de ley el contenido dispositivo del reglamento cuestionado, perdiendo su naturaleza reglamentaria.
- Por medio de la aprobación de leyes que directamente dan fuerza de tales a la disposición reglamentaria controvertida, produciendo explícitamente su ratificación o transformación al elevarla de rango jurídico. Un ejemplo de este caso se produjo cuando se demandó ante el Poder Judicial la ilegalidad del Decreto Supremo No. 011-2002-SA (Reglamento de concurso para acceder a los cargos de directores de los institutos especializados y hospitales del Sector Salud) y dicha disposición –durante la secuela del proceso fue derogada primero por el D. S. No. 003-2006-SA, y luego restituida en su vigencia pero con fuerza de Ley mediante la Ley No. 28792 (Art. 2)²⁵⁸. En ese caso, la Corte Supremo declaró que la demanda era improcedente porque la norma ya había sido elevada de rango y no podía ser atacada por medio de la acción popular.²⁵⁹

²⁵⁸ Sentencia A.P. No. 1130-2007-LIMA de 25 de octubre de 2007 y publicada el 12 de agosto de 2008

²⁵⁹ ALVAREZ SIMONETTI cita como antecedentes de este caso la Ejecutoria de 25 de octubre de 1971 (Exp. 11-71). Op. Cit., p. 76.

- Finalmente, la validación se puede producir a través de la modificación del parámetro, canon o criterio jurídico cuyo contenido aparecía como transgredido por la norma reglamentaria, de modo que se obtiene como resultado la compatibilidad de ambos preceptos de conducta. En este caso, la norma reglamentaria permanece inalterada solo que la eventual contradicción con una norma de jerarquía superior es solucionada transformando las condicionantes superiores de validez del reglamento.

Este fue el caso del proceso de acción popular contra el reglamento de la Ley del Colegio de Profesores por incluir como sujetos de la colegiación a los egresados de las Escuelas Normales e Institutos Superiores Tecnológicos cuando la ley que reglamentaba no los consideraba, pero durante el proceso la ley de creación del colegio de profesores fue modificada por la Ley No. 28198 precisamente para incluir como sujetos de la colegiación a los egresados de Escuelas Normales y IST.²⁶⁰

También lo encontramos en el caso de la demanda interpuesta contra el TUPA de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohman por no haber sido publicado conforme exigía el artículo 38 numeral 38.3 de la ley No. 27444, pero que posteriormente y durante el proceso fue modificado por la Ley No. 29091 del 26 de setiembre de 2007 justamente para permitir la sola publicación en la web institucional y en el portal del Estado. Ahí, la Corte Suprema afirmó expresamente:

“Sexto: que como ya se dijo, la resolución apelada ha ordenado la publicación de la resolución rectoral No. 1706-2006-UN/JBG en la forma de Ley por los argumentos ya reseñados, sin embargo, este Supremo

²⁶⁰ Sentencia A.P. de la Corte Superior de Justicia (Cuarta Sala), Exp. No. 576-04 de 28 de abril de 2005 y publicada el 10 de noviembre de 2005.

Tribunal no concuerda con el criterio del superior toda vez que el control que se efectúa en procesos como el presente está orientado, por su carácter abstracto, a que la publicidad respete el marco constitucional y legal que nos rige, empero, estableciendo nuestra Carta Magna tan solo el carácter esencial de la publicidad para la vigencia de toda norma (artículo 51), sin precisar la forma en que deba realizarse para normas de inferior jerarquía, resulta ineludible recurrir a la Ley, mas, habiéndose modificado el artículo 38 numeral 38.3 de la ley No. 27444 por la Ley No. 29091 ubicada el 26 de setiembre de 2007 y vigente desde el 19 de enero del 2008, no resulta razonable sancionar un defecto de forma cuando dicha norma ya no se estimó idónea en nuestra legislación, bastando que se verifique el cumplimiento de las nuevas exigencias formales según las cuales el TUPA debe ser publicado tanto en el Portal de Servicios al Ciudadano y Empresas – PSCE (www.serviciosalciudadano.gob.pe) como en el portal institucional de la respectiva entidad ([www.unjbg.edu.pe/transparencia\(infgeneral/pdf/](http://www.unjbg.edu.pe/transparencia(infgeneral/pdf/)) de modo que al parecer así publicado el TUPA de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohman – UNJBG o existe transgresión legal que sancionar de acuerdo a los numerales 38.2. y 38.2. del artículo 38 de la Ley No. 27444, menos si se cumple con la finalidad de publicidad que es hacer de conocimiento general el contenido de la norma, sin que perjudique ello el hecho de que constituya un deber de la entidad su difusión material en lugar visible de la misma (numeral 38.4) porque tal exigencia no es una relacionada con la vigencia de la normativa cuestionada”²⁶¹

Igualmente, encontraremos esta validación de la disposición reglamentaria acusada de ilegalidad en el caso de la demanda contra el D. S. N. 037-2001-

²⁶¹ Sentencia de la Corte Suprema recaída en el Expediente No. 2876-2008-TACNA de 20 de marzo de 2009 publicada el 12 de febrero de 2010).

EF que autorizaba la entrega en efectivo por concepto de combustible a personal militar y policial en situación de actividad afirmando que contravenía el artículo 33 del Decreto Legislativo No. 371 (Ley de Bases de las Fuerzas policiales) y los artículos 7 y 10 del Decreto Legislativo 745 (Ley de situación del personal de la PNP), siendo que posteriormente estas normas fueron derogadas por el Congreso de la República.

“Sétimo: Que, en cuanto al extremo referido a que el Decreto Supremo Mo. 037-2001-EF contraviene el artículo 33 del Decreto Legislativo No. 371 (Ley de Bases de las Fuerzas policiales) y los artículos 7 y 10 del Decreto Legislativo 745 (Ley de situación del personal de la PNP) (...), se tiene en primer que la Ley No. 28857 (publicado el 27 de julio de 2006) derogo el Decreto Legislativo No. 745 y en segundo lugar que la Ley 27238 (publicado el 21 de diciembre de 1999) en su cuarta disposición derogatoria, derogo el Decreto Legislativo No. 371; por lo tanto, a pesar de que la primera Ley derogatoria mencionada fue emitida con posterioridad a la interposición de la demanda, ello no enerva en nada el hecho que al no encontrarse vigentes dichas normas, ya no se puede constatar vulneración alguna a las mismas. (...)”²⁶²

Como se puede apreciar, existe una práctica común del Poder Ejecutivo que frente a las demandas presentadas busca obtener normas de convalidación de su actuación, con la aceptación de las mayorías parlamentarias. Por su parte, en todos estos casos la posición del Poder Judicial ha sido uniforme en señalar que la validación de la norma reglamentaria con posterioridad a la interposición

²⁶² Sentencia de la Corte Suprema recaída en el Exp. No. A.P. Mp. 2274-2008-LIMA de 12 de diciembre de 2008 y publicadas el 20 de junio de 2009.

de la demanda conlleva la consecuencia de impedirle una sentencia de fondo sobre el proceso ya iniciado y, considerar automáticamente la improcedencia de la demanda.^{263 264}

Su posición ha sido fundamentalmente formal, sin permitirse apreciar dentro del proceso la legitimidad o arbitrariedad de la actuación convalidante, analizando si –por ejemplo- la intervención del legislativo en este caso resulta una interferencia en un asunto ya sometido a la justicia afectando la separación de poderes al dirimir la controversia y evitar una muy probable condena, si la ley convalidante ha producido efectos únicamente a futuro o si pretende tener efectos retroactivos, si resulta admisible una ley de objeto único, singular o especial –esto es, alejada del principio de generalidad que es exigido constitucionalmente a toda ley-, o si la convalidación persigue únicamente el propósito de imponer la fuerza legal para decidir el proceso en curso o si existen razones constitucionalmente razonables de interés público para admitir la modificación,

A contrario de la posición de nuestro Poder Judicial, estos temas si han sido analizados por otras jurisdicciones con un criterio más riguroso como han sido el Tribunal Constitucional Español (STC 73/2000 y STC 273/2000) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como por ejemplo, es su sentencia de *Refinerías Griegas Stran y Stratis Andreatis c/ Grecia* y *Gorraiz Lizárraga c/ España*). En estos pronunciamientos se han venido perfilando algunas exigencias mínimas para que la judicatura admita la constitucionalidad de estas convalidaciones legislativas. Algunos de las requisitos empleables para la convalidación legislativa sea legítima han sido que la acción de convalidación tenga una justificación racional y proporcional, una finalidad

²⁶³ ALVAREZ SIMONETTI, Manuel T.; op. Cit., p. 74.

²⁶⁴ Conforme con este criterio, ALVAREZ SIMONETTI, Manuel T, o. cit. P. 75 y PASCO, Mario; op. Cit., p. 128

constitucionalmente legítima de interés público, no tener efectos retroactivos y además –siendo por lo general una ley especial-, que atienda a la naturaleza de las cosas y no en función de las personas.

Evidentemente, con estas prevenciones, se intenta evitar mediante la identificación de estos requisitos que el legislador –en apoyo de la administración- mediante su ley de convalidación busque únicamente afectar la separación de poderes y específicamente, la independencia judicial intentando sin justificación sustraer de su decisión el control de los reglamentos ²⁶⁵

Al respecto, ALVAREZ SIMONETTI afirmaba “teniendo en cuenta que la acción materia de este artículo tiene como metas la protección de la Carta Fundamental y la legalidad, no se cumpliría ningún objetivo al buscar la intangibilidad o amparo de una disposición constitucional o legal ya derogada, o la nulidad de una norma legal secundaria que ha dejado de tener fuerza coercitiva y que, por lo mismo, no viola el ordenamiento legal ni ningún derecho de la ciudadanía. Más aun, la sentencia invalidatoria sería meramente reiterativa. La declaración de nulidad debe tener siempre en el fondo un objetivo, el que no se cumpliría si las normas en conflicto han perdido todo vigor; si se aceptase el criterio opuesto, la cuestión en debate sería sumamente teórica, sin alcances prácticos y, por lo mismo, el interés público que sobre toda acción popular existe desaparecería y, en su lugar, se colocaría un mero capricho, un interés individual”.

²⁶⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago; Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I, Thomson, Civitas, 2004, p. 375 y ss.

8. El principio de iura novit curia para declarar la inconstitucionalidad o ilegalidad de norma no demandada.-

La Corte Suprema ha establecido que en aplicación del principio iura novit curia contenido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional²⁶⁶ resulta posible que el juez comprenda en su declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad a artículos no demandados expresamente por el actor si tiene análogo contenido del precepto demandado expresamente

Este fue el caso, de la demandó contra diversos artículos de un reglamento por considerar aplicable la sanción de remoción automática a las autoridades de las Juntas de Usuarios cuando incurran en determinados actos, por transgredir el derecho a la defensa. Pero en la demanda, el actor olvidó considerar expresamente el artículo 29 del propio Decreto Supremo que también contemplaba esta sanción. El razonamiento judicial para permitir el pronunciamiento sobre la norma no demandada expresamente fue el siguiente:

“Este Supremo Colegiado precisa que, si bien en el peticorio de la demanda no se invocó la norma del artículo 29 del D. S. No. 057-2000-AG, el Juzgador en virtud de los principios de iura novit curia y de razonabilidad y congruencia, contenidos en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, puede emitir pronunciamiento sobre él, porque se refiere a la sanción de remoción automática, que se encuentra contenida también en el artículo 18 del mismo Decreto Supremo. No hacerlo resultaría ilógico e incongruente, porque dicha

²⁶⁶ Artículo VIII.- Juez y Derecho

El órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

sanción estaría contenida en un artículo y no en otro del mismo cuerpo legal. Por consiguiente, lo resuelto por el Colegiado a quo, se encuentra arreglado a la Constitución y a la Ley”²⁶⁷

9. La sentencia desestimatoria de la demanda: la cosa juzgada.

Los alcances de los efectos de la cosa juzgada de la sentencia recaída en un proceso de acción popular varían según sea declarativa de la antijuridicidad de la norma reglamentaria o más bien la confirme en su compatibilidad con el ordenamiento.

Cuando la sentencia desestima la demanda de ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma, el efecto de cosa juzgada queda definido por el artículo VI del Código Procesal Constitucional:

Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

(...)

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Conforme a este postulado, si la regularidad constitucional y legal de la norma reglamentaria ha sido confirmada por el Poder Judicial mediante sentencia definitiva, cualquiera sea la instancia que la haya emitido, resulta que los

²⁶⁷ Decimotercer fundamento de la Sentencia Acción Popular Exp. No. 731-2007-LIMA de 7 de setiembre de 2007 y publicado el 17 de febrero de 2008

demás jueces no pueden dejar de aplicarla en los demás procesos judiciales en que sea pertinente. De este modo, la norma queda cubierta con la ratificación de su constitucionalidad que les impide a otras autoridades del Poder Judicial aplicar el control difuso en algún otro caso alegando su ilegalidad o atender una nueva demanda de acción popular. Aquí surge una restricción al control de inaplicabilidad o difuso a cargo de los jueces. En esa misma línea podemos afirmar que si esta confirmación se ha producido dicha norma reglamentaria es entendida como legal y constitucional, por lo que no puede ser objeto de cuestionamiento en otro proceso de acción popular y cualquier demanda por el mismo motivo corresponderá ser declarada improcedente.²⁶⁸ Ante ello, la Administración demandada podrá interponer válidamente la excepción de cosa juzgada contra la demanda.

Similar efecto de cosa juzgada produce la desestimación de la demanda de acción popular respecto de otras pretensiones similares contra la misma norma ante autoridades administrativas o judiciales, porque el primer párrafo del artículo 82º del Código Procesal Constitucional establece que “[l]as sentencias (...) recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación”.

En este sentido, la conformidad de constitucionalidad producida por la denegatoria de la demanda de acción popular proyecta sus efectos de cosa juzgada también sobre todos los órganos administrativos con capacidad legal de valorar la compatibilidad de la norma reglamentaria con el resto del ordenamiento jurídico, quienes no pueden dejar de aplicarla o considerarla

²⁶⁸ Fue el caso de la AP No. 1194-2004 de 22.SET.2004 que declaro improcedente la demanda contra la R. SBS No. 540-99 Reglamento de Cooperativas y Ahorro y crédito por cuanto ya había denegada una demanda contra dicha norma por el mismo motivo.

ilegal o inconstitucional. Dicha posición ha sido reconocida explícitamente por el Tribunal Constitucional ²⁶⁹ frente a las autoridades de control de barreras burocráticas a cargo de INDECOPI, cuando pese a que el Poder Judicial – mediante sentencia recaída en el Exp. 1535-94-LIMA de 13.SET.1995- había ya desestimado una demanda de acción popular contra algunos artículos del Reglamento para la comercialización de gas licuado de petróleo aprobado por D.S. No. 01-94-EM y por ende confirmada su constitucionalidad, el Indecopi, en sede administrativa, declaró –con posterioridad- que esos mismos artículos eran barreras burocráticas y los inaplicó al actor.

En esa ocasión, el Tribunal manifestó que:

“(…) el Tribunal Constitucional encuentra que existen argumentos suficientes que llevan a desestimar la demanda. En efecto, tal como queda acreditado con las resoluciones judiciales obrantes a fojas 238 y 239, y con las Resoluciones No 0090-2008/CAM-INDECOPI y 0100-2008/SC1-INDECOPI, obrantes a fojas 244 y 347, respectivamente, con fecha 11 de marzo de 1996, se publicaron en el diario oficial El Peruano sendas sentencias por la Corte Suprema de la República, a través de las cuales se declararon infundadas las demandas de acción popular planteadas contra los artículos 47º, 48º, 49º, 51º, 52º y 53º del Decreto Supremo N.º 01-94-EM, por considerarlos conformes a los derechos fundamentales a la propiedad, a la libertad de contratación y a la libre competencia.

El primer párrafo del artículo 82º del Código Procesal Constitucional establece que “[l]as sentencias (...) recaídas en los procesos de acción

²⁶⁹ Exp. 2643-2010-PC/TC y también en el EXP. N.º 2643-2010-PC/TC (CAXAMARCA GAS S.A.).

popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación”.

De ello deriva que la Resolución N.º 0156-2005/CAM-INDECOPI, de fecha 15 de septiembre de 2005, y las Resoluciones No. 0511-2006/TDC-INDECOPI y 0124.2006/CAM-INDECOPI, de fecha 12 de abril de 2006 y 6 de julio de 2006, respectivamente, al establecer que los artículos 47º, 48º, 49º, 51º, 52º y 53º del Decreto Supremo N.º 01-94-EM, constituían barreras burocráticas ilegales e irracionales, violaron el mencionado artículo 82º del Código y por derivación, el artículo 139.2 de la Constitución, que establece la imposibilidad de que las autoridades dejen sin efecto o inobserven resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada”.

Ahora bien, el efecto impeditivo que la cosa juzgada produce en estos procesos de control normativo tiene algunas excepciones, tales como cuando posteriormente a la sentencia se modifica la ley que le sirve de sustento, produciendo una ilegalidad sobreviniente.²⁷⁰ Pero también debe tenerse en

²⁷⁰ Las excepciones a esta regla general las desarrolló el Tribunal Constitucional en su sentencia EXP. N.º 02132-2008-PA/TC (ROSA FELÍCITA ELIZABETH MARTÍNEZ GARCÍA) en los siguientes términos:

“23. Expuestos los alcances de este límite al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de las leyes, este Tribunal advierte que, como toda regla, ésta tiene sus excepciones. A saber: (i) En primer término, la restricción de efectuar el control de constitucionalidad respecto de una ley cuya validez fue confirmada por este Tribunal no rige en aquellos casos en los que la ley, posteriormente, haya sido declarada nula o sin efectos jurídicos por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos por un Tribunal Internacional de Justicia en materia de derechos humanos al cual el Estado peruano se encuentre sometido a su competencia contenciosa.

Ese es el caso por ejemplo de las Leyes de Amnistía N.os 26479 y 26492, que fueron consideradas incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Barrios Altos, de 18 de septiembre de 2003 (Cf. STC 0275-2005-PH/TC).

(ii) En segundo lugar, el juez podrá realizar el control judicial de constitucionalidad de una ley en todos aquellos casos en los que, tras el pronunciamiento de este Tribunal declarando en

cuenta que el factor delimitante del alcance de la cosa juzgada es el tipo de vicio de ilegalidad por él que fue acusada la norma en ese proceso. De ello se desprende que esta limitación aplica solo cuando se trate de la misma norma y por el mismo fundamento deducido para sustentar el tipo de vicio planteado en el proceso que concluyó con su confirmación de constitucionalidad.²⁷¹

Así, la sentencia desestimatoria de una demanda de acción popular no impide demandar la misma norma, pero por otra infracción o argumento.

Ese fue el razonamiento de la Corte Suprema al denegar una excepción de cosa juzgada contra la demanda de acción popular, considerando:

“Quinto: que, de lo expuesto, en el presente proceso se concluye que no cabe amparar la excepción deducida, toda vez que como lo señala la apelada dicho proceso concluyó con una sentencia en que se declaró infundada la demanda, cuya pretensión estaba orientada en la infracción del artículo tercero de la Ley No. 26620 y no como en la presente que está fundamentada en la infracción del artículo cuarto de la Ley No. 26647;

abstracto la validez constitucional de una ley; sin embargo él mismo advirtió que la aplicación de la ley, en un caso dado y bajo circunstancias concretas, podría resultar inconstitucional.

Así se sostuvo en las sentencias N.os 0009-2001-AI/TC, 0010-2002-AI/TC, 0004-2004-AI/TC, entre otras, donde, al no invalidar en abstracto una ley, este Tribunal delegó en el juez ordinario realizar el *balancing*, luego de señalar que su aplicación podría poner en riesgo determinados bienes constitucionalmente protegidos.

(iii) Finalmente, tampoco es de aplicación el límite al que se hace referencia, cuando, pese a la existencia de un pronunciamiento de este Tribunal declarando la validez constitucional de una ley determinada, posteriormente el Congreso modifica la Constitución –respetando los límites formales y materiales a los que está sujeto el poder de la reforma constitucional–, pudiendo dar lugar a un supuesto de inconstitucionalidad sobreviniente de la ley (Cf. STC 0014-2003-AI/TC y STC 0050-2004-AI/TC).

²⁷¹ En similar posición encontramos a DANOS ORDÓÑEZ, JORGE; “La Garantía Constitucional de la Acción Popular”, publicada en la Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 4, Comisión Andina de Juristas, 1990, p. 174. Para el autor, para que opere la cosa juzgada en caso de sentencias desestimatorias se requiere dos requisitos: que la norma enjuiciada sea la misma y que la nueva demanda sea fundamente en la misma infracción.

Sexta.- que, en tal razón, cabe señalar que el artículo 26 de la Ley No. 24968- Ley procesal de acción popular, no impide el ejercicio de una nueva acción popular basada en otra infracción; (...).²⁷²

Esta situación, aunque referida únicamente a los vicios de forma y de fondo, también aparece reflejada en el artículo 82 del Código Procesal Constitucional cuando manifiesta la admisibilidad de la demanda basada en un vicio de ilegalidad de fondo, cuando antes la norma ha sido confirmada su constitucionalidad ante una demanda por vicio de formal.

Artículo 82.- Cosa juzgada

(...)

La declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada ulteriormente por razones de fondo, siempre que se interponga dentro del plazo señalado en el presente Código.²⁷³

10. Los efectos de las sentencias estimatorias de la demanda de acción popular: ¿anulatorio, derogatorio o de inaplicación?

Los efectos de la sentencia estimativa de una demanda de acción popular se pueden analizar desde la perspectiva temporal y respecto del alcance general

²⁷² Quinto y sexto fundamento de Sentencia Proceso Acción Popular, Exp. No. 2440-2003 de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 14 de mayo de 2004.

²⁷³ Esta norma tiene una equivocada redacción que se presta a confusión, porque literalmente hace mención a “la declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada” cuando debe ser “la no declaratoria de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma impugnada”.

que puede conllevar. Pero antes de anticipar ese análisis, es conveniente partir de determinar cuál es la naturaleza jurídica de esa decisión.

Conforme a las alternativas que se han identificado en el derecho comparado, las decisiones estimativas de un proceso de control constitucional de normas reglamentarias pueden poseer naturaleza anulatoria, derogatoria o simplemente de inaplicación frente al caso concreto. Respecto a este punto, nuestro derecho constitucional anterior a la Ley Procesal de Acción Popular No. 24968, manifestó que:

“Respecto del punto en cuestión, existen dos posiciones antagónicas, por una de las cuales debemos tomar partido. La primera es apoyada por este artículo y que se pronuncia porque cuando la Constitución dice que hay acción popular contra los reglamentos y resoluciones y decretos gubernativos de carácter general de la Republica, se refiere a que esa posición va a generar una sentencia anulatoria de la disposición tachada de inconstitucional o ilegal. La segunda, apoyada por un buen número de personas, sostiene que el efecto de dicha acción popular es tan solo de declarar que no es de aplicación la norma legal a quien la impugne por infringir las leyes de rango superior”²⁷⁴

Evidentemente el efecto de inaplicabilidad –únicamente interpartes- de la norma ilegal es el que tradicionalmente guarda correspondencia cuando el control constitucional se encuentra a cargo del Poder Judicial en un caso

²⁷⁴ ALVAREZ SIMONETTI, Manuel T. , op.cit., p. 82

concreto porque presupone un caso justiciable al que precisamente se debería aplicar la norma inconstitucional o ilegal.²⁷⁵

Pero ello no guarda compatibilidad con procesos en los cuales la legitimación es abierta y donde justamente no existe un supuesto de hecho al cual pretender aplicar la norma cuestionable, como es nuestra acción popular. En ese mismo sentido se pronunciaba BUSTAMANTE BELAUNDE²⁷⁶, para quien “la interposición de la acción popular tiene como objeto final no solo una declaración de inaplicabilidad al caso concreto, sino la declaración de nulidad del acto de la administración de carácter general que hubiera sido impugnado.

Si ese no fuera el sentido conceptual de la acción popular no se explicaría la razón por la cual procesalmente no es exigible acreditar legítimo interés económico o moral”.

²⁷⁵ Por ejemplo, en el sistema argentino en el que el control de los reglamentos ilegales se realiza mediante el proceso contencioso administrativo que conoce el Poder Judicial se ha discutido esta situación dando lugar a dos tendencias fundamentales. La mayoritaria que sostiene que el alcance de la extinción de los reglamentos dispuesta en sede judicial tiene efectos erga omnes (CASSAGNE, Juan Carlos; “Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general (en la LNPA y en el RNLPA), ED 131-911; COMADIRA, Julio Rodolfo; Procedimientos administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada, Tomo I, Buenos Aires. La Ley, 2003, p. 471., GRECCO, Carlos Manuel, Impugnación de disposiciones reglamentarias, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1988, p. 107 y ss.; GARCIA PULLES, Fernando; “Efectos de la Sentencia Anulatoria de un Reglamento”. Perspectivas Procesales, Constitucionales y de Derecho Administrativo” (publicado en la Revista Jurídica La Ley, Tomo 2000-C, página 1166, 14 Junio de 2000) y REJTMAN FARAH, Mario, Impugnación judicial de la actividad administrativa, La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 127). La posición contraria que limita la sentencia solo puede tener efectos para la parte promotora de la demanda es sostenida por MAIRAL, Héctor, “Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento”, REDA, No. 2, p. 223 y ss., BIANCHI, Alberto B., Control de constitucionalidad, Tomo I, Segunda Edición, Buenos Aires, Abaco, 2002, p. 375., BARRA, Rodolfo; La potestad reglamentaria de la Administración Pública”, RAP, No. 1, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1978, p. 28. y TAWIL, Guido; Administración y Justicia, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 445 y ss.

²⁷⁶ BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto; Garantías Constitucionales y administración pública. Socialismo y participación. Setiembre, 1978. No. 04. Serie Cuadernos, p. 34

Además de ser una forma de eficacia que no asegura que la norma no siga siendo aplicada a otros ciudadanos en otros casos, ni logra controlar la arbitrariedad de la administración sino solo apartarla de su aplicación a un caso especial manteniendo la injusta aplicación para todos los demás,

El efecto anulatorio es el que frecuentemente se asocia con la dogmática más rigurosa, dado que un acto de poder público contrario al procedimiento reglado para su aprobación o que transgrede el marco legal al cual debería respetar, no puede ser reconocido en su efecto y existencia válidamente por el mismo sistema jurídico. En este sentido, todo acto de poder que pretenda ser norma reglamentaria inconstitucional o ilegal debería considerarse nula ab initio. La cuestión con este efecto, estriba en los efectos contrarios a la seguridad jurídica que produce por cuanto todo acto administrativo, acto privado, negocio jurídico o transacción que se hubiere producido a su amparo también podría devenir en nulo. No obstante se dice como pauta de principio que

“la nulidad de los reglamentos ilegales es, según nuestro ordenamiento en vigor, una nulidad de esta clase, absoluta, radical o de pleno derecho. (...) En todo el problema de los Reglamentos ilegales la cuestión es siempre la misma y sumamente simple: si se diera eficacia a un Reglamento que está en contradicción con una Ley ello supondría negar esa misma eficacia a una Ley en pleno vigor, concretamente a la ley infringida por dicho reglamento. Para evitar que esta consecuencia extrema se produzca, para preservar las leyes frente a las agresiones o las usurpaciones de su competencia que puedan venirles por parte de los Reglamentos, es por lo que el ordenamiento jurídico establece para los Reglamentos ilegales la sanción máxima de nulidad radical, que los hace inicial y perpetuamente ineficaces de pleno derecho, sin que tenga que mediar

para ello ninguna acción previa ni ningún pronunciamiento de cualesquiera autoridad, administrativa o judicial. Otra cosa sería primar a los reglamentos frente a las Leyes, hacer a estas subordinadas de aquellos, lo que supondría la más grave transgresión de las bases del ordenamiento”²⁷⁷

Con posterioridad a esa Ley, este debate se mantuvo dado que en su artículo 22 se mencionaba una particular categoría de “inaplicación con efectos generales” de la norma materia del proceso y tal fue la calidad con la que la Corte Suprema reconoció los efectos de las pocas sentencias estimativas que se pronunciaron durante su vigencia.²⁷⁸ No obstante, como ya se ha advertido por la doctrina, esta misma Ley Procesal contenía una disposición contradictoria (art. 26) que mencionaba a la norma reglamentaria ilegal o inconstitucional como una norma “derogada por mandato judicial”.²⁷⁹ En este sentido ingresa como un nuevo posible efecto de la sentencia estimatoria de la demanda de acción popular el derogatorio, asimilándose al efecto que en nuestro sistema tienen las sentencias de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional. Con ello, la sentencia sería constitutiva y con efectos únicamente hacia el futuro.

²⁷⁷ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomas R., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Civitas Ediciones, Madrid 2000, p. 219.

²⁷⁸ R. Corte Suprema de 11 de junio de 2004 publicada el 12 de febrero de 2005, también R. Corte Suprema de 26 de Octubre de 2005, Exp. A.P. 1449-2005-LIMA, publicada el 17 de junio de 2006).

²⁷⁹ Artículo 26.- La sentencia denegatoria de la acción popular impide la interposición de una nueva acción fundada en la misma infracción.

Las sentencias recaídas en los procesos de acción popular constituyen normas prohibitivas para que cualquier órgano del Estado, bajo responsabilidad emita nueva norma con contenido parcial y totalmente idéntico a la derogada por mandato judicial, en tanto no sea derogada o modificada la norma constitucional o legal infringida”.

A partir del Código Procesal Constitucional no queda duda que retomando a sus fuentes históricas la naturaleza de la sentencia fundada es de una declaración de invalidez o nulidad de la norma ilegal. De este modo, el juez solo puede concluir con una sentencia de condena al reglamento ilegal o inconstitucional y, eventualmente, respecto a las normas y actos conexos. La doctrina y legislación comparadas han advertido adicionalmente a la sentencia declarativa (invalidando la norma reglamentaria), el juez no podrá determinar la forma en que la administración deba redactar los preceptos que sustituyan a la norma invalidada²⁸⁰, proponer textos alternativos a las normas ilegales, dar una nueva redacción a la norma invalidada y otra medida similar. Ello, sin perjuicio que la administración pudiera inferir de la lectura de los argumentos que han conducido a la anulación del reglamento, la forma jurídica adecuada para que su norma reglamentaria resulte compatible con el ordenamiento. La determinación del nuevo contenido del reglamento corresponderá a la Administrativa quien respetando la ley y la sentencia dictada conserva el margen de apreciación discrecional para elegir los instrumentos más adecuados para ejecutar de mejor manera la norma que pretender dar cumplimiento.

Esta limitación no excluye la posibilidad que el Poder Judicial al controlar el reglamento haga uso de sentencias interpretativas, en las que desestimando la demanda, se establece cual debe ser la interpretación conforme a la ley o a la Constitución del precepto reglamentario. Como bien se afirma²⁸¹ “En las

²⁸⁰ Por ejemplo, la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa de España establece (art. 71) “los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anularen”. En similares términos el Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica (art. 46.1.) expresa: “La sentencia que estimare la pretensión deducida en relación con una disposición general declarara la nulidad total o parcial de la disposición general, sin determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos contrarios al ordenamiento jurídico administrativo, salvo que este no admita otra alternativa que la pretendida”.

²⁸¹ MELERO ALONSO, Eduardo; Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2005, p. 430

sentencias interpretativas, los órganos judiciales realizan una función similar a la de determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general, pero a diferencia de lo que establece el artículo 71.2. LJCA, no se anula la disposición. Las sentencias interpretativas no anulan formalmente ningún precepto de una disposición general”.

No obstante la clara determinación del efecto anulatorio de la sentencia constitutiva de la invalidez del reglamento, surgen dos necesarios escenarios respecto de los cuales se proyectara la sentencia, y que veremos a continuación:

- El efecto sobre el plano normativo, vale decir, definir cómo queda el ordenamiento jurídico con la anulación del reglamento. ¿Estamos frente a un vacío normativo? ¿se permite la reviviscencia del reglamento anterior? ¿La norma reglamentaria que se dicte en sustitución tendrá efectos retroactivos hasta el momento que la ilegal deja de tener vigencia por mandato judicial?
- El efecto sobre el plano aplicativo operado durante la vigencia del reglamento ilegal. Vale decir, ¿se permitirá la vigencia de los actos administrativos de ejecución del reglamento constatadamente ilegal por haber sido dictados antes de la sentencia? ¿Deberá ser objeto de pronunciamiento de juez constitucional también la invalidez de dichos actos de aplicación o solo debe contraerse al realizar el control abstracto del reglamento? ¿puede articularse algún mecanismo procesal complementario para cuestionar la validez de los actos de ejecución a partir de la sentencia de acción popular?

10.1. Los efectos temporales sobre el reglamento antijurídico: la reviviscencia de la norma reglamentaria anterior.

Desde sus orígenes, el efecto en el tiempo de la sentencia fundada y, por ende, la determinación del periodo de vigencia que tuvo la norma ilegal e inconstitucional fue un arduo tema a dilucidar. Al respecto, ALVAREZ SIMONETTI, fundado en la historia del artículo 133 de la Constitución Política de 1933 afirmaba la invalidez o nulidad como única consecuencia jurídica necesaria derivada de la constatación de la ilegalidad de la norma reglamentaria y desechando la de inaplicación, afirmaba que era importante dilucidar desde cuándo rige esa nulidad y para ello plantea cuatro hipótesis:

- La norma es inválida desde que se interpone la demanda.
- La norma es inválida desde que se sentencia,
- La norma es inválida desde que queda ejecutoriada la sentencia (criterio recomendado por Álvarez Simonetti)
- La norma es inválida desde la fecha de publicación de la sentencia en el diario oficial. Esta posición no es aconsejable porque dependería del propio Poder Ejecutivo (en cuyo ámbito se encuentra el diario oficial) determinar la fecha de vigencia de su anulación.²⁸²

La alternativa que planteó la Ley Procesal de Acción Popular era dar efecto únicamente a futuro de la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma reglamentaria sin afectar su vigencia anterior. El artículo 22 de la

²⁸² ALVAREZ SIMONETTI, Manual T.; op. Cit., p. 87.

precitada norma afirmaba *“la sentencia que ampara la acción popular, a partir de la fecha que quedo consentida o ejecutoriada, determina la inaplicación total o parcial, según corresponda y con efectos generales, de la norma materia del proceso cuya inconstitucionalidad o ilegalidad se haya declarado. La sentencia tiene valor desde el día siguiente de su publicación”*.²⁸³

Estábamos ante una curiosa y contradictoria agregación de “inaplicación de la norma”, pese a que el demandante no pretendía una protección en la esfera individual de sus intereses, pero a la vez con “efectos generales” para toda la colectividad.

Por el contrario, una de las reformas más importante que se expresaba por los autores del anteproyecto del Código Procesal Constitucional era que se le reconocía a la sentencia fundada del proceso de acción popular efectos generales y retroactivos desde el origen de la norma reglamentaria ilegal o inconstitucional. Literalmente se manifestaba en la Exposición de Motivos al respecto:

“Probablemente la novedad más importante sobre esta materia está contenida en el artículo 80, conforme al cual las sentencias que declaren fundada las demandas de acción popular determinan la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. Dichas sentencias tienen efectos generales y se deben publicar obligatoriamente en el diario oficial El Peruano.

²⁸³ En la exposición de Motivos del Anteproyecto de esta ley se da cuenta que la Comisión debatió tesamente entre la fórmula del mandato de derogación hacia la Administración derivado de la sentencia fundada de acción popular, al estilo de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, y el efecto derogatorio directo sobre la norma.

El fundamento constitucional de la citada regla se encuentra en el segundo párrafo del artículo 200 de la Constitución, que remite a la ley de la materia la determinación de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas. Se ha estimado conveniente otorgar carácter declarativo a las sentencias estimatorias, para revitalizar el funcionamiento del proceso de acción popular, que ha sido muy pocas veces utilizado debido a los efectos tradicionalmente limitados de sus sentencias, lo que ha conllevado a que en la práctica las veces que se ha querido cuestionar disposiciones reglamentarias se haya preferido recurrir al proceso de amparo, generándose distorsiones en su utilización”.

Lamentablemente dicha afirmación no se condijo literalmente con la redacción final del artículo 81 del Código, cuyo texto afirmo al respecto que *“Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular **podrán** determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial El Peruano”*

Como se puede apreciar, lo que los autores concibieron como una regla imperativa de anulación retroactiva y general, esto es una sentencia declarativa de nulidad quedó descrita por una facultad a ser regulada por los jueces en su propia sentencia. En este contexto, las sentencias fundadas de las demandas de acción popular han oscilado entre simplemente optar por “dejar sin efecto la norma reglamentaria” o “declarar su nulidad”, sin indicar momento específico, con lo cual se tiene como eficaz a partir de la notificación de la demanda y solo en algunos casos desde la interposición de la demanda²⁸⁴, hasta el caso, de trasfondo laboral público, en que se declaró nulo e inconstitucional el reglamento con fecha del admisorio de la demanda y

²⁸⁴ AP No. 1993-2006 de 18.Mayo.2007.

se dispuso que el nuevo reglamento que se dicte en sustitución tenga efecto retroactivo desde la vigencia del reglamento que se anula²⁸⁵.

Creemos que dentro de la dispersión de criterios de la Corte Suprema la posición más explicada ha sentado posición en el sentido que los efectos de la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad son, como regla general, una decisión constitutiva a partir de la demanda y no más atrás²⁸⁶, y que la declaración de invalidez retroactiva es una posibilidad aplicable a los casos de normas reglamentarias en materia penal y tributario

Dicha tesis se plantea del modo siguiente:

“Décimo: que si bien es cierto el último párrafo del artículo 81 del citado Código Procesal Constitucional establece que “las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinara sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el diario oficial El Peruano”, también lo es que dicha norma no contiene un mandato imperativo al órgano jurisdiccional para declarar con efecto retroactivo las normas que considere ilegales y/o inconstitucionales, lo que necesariamente deberá ser analizado y concordado con los preceptos constitucionales sobre la vigencia de las normas en el tiempo y a la luz de las circunstancias y efectos que en cada caso concreto pueda producir dicha declaración de inconstitucionalidad y/o ilegalidad.

²⁸⁵ AP 192-2008-AP de 20.OCT.2009.

²⁸⁶ Décimo, undécimo, duodécimo, decimotercero y decimocuarto fundamentos de la Sentencia Proceso de Acción Popular No. 2528-2008- LAMBAYEQUE expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de 20 de marzo de 2009 y publicada el 28 de abril de 2010. También la encontramos aunque sin fundamento explícito en la Sentencia de la Corte Suprema Exp. No. 1466-2007-LIMA de 26 de octubre del 2007, publicada el 1 de junio de 2008). Resultado Fundada.

Undécimo: Que, tratándose de una sentencia de inconstitucionalidad, a la que se asimila la sentencia recaída en un proceso de acción popular conforme a lo desarrollado en los fundamentos precedentes, el artículo 81 del Código Procesal Constitucional establece expresamente en su parte pertinente que “las sentencias fundadas recaídas en el proceso de inconstitucionalidad dejan sin efecto las normas sobre las cuales se pronuncian. Tienen alcances generales y carecen de efecto retroactivos”, lo que debe ser concordado con lo dispuesto en el artículo 83 del mismo cuerpo normativo en cuanto señala que “las sentencias declaratorias de ilegalidad o de inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en lo que se haya aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y último párrafo del artículo 74 de la Constitución.

Duodécimo: que, conforme a lo establecido por el Tribunal Constitucional en el fundamento quinto de la sentencia recaída en el Expediente No. 0019-2005-PI/TC, “(...) la declaración de inconstitucionalidad aniquila todo efecto que la norma pueda cumplir, incluso los que pueda haber cumplido en el pasado en caso de que haya versado sobre materia penal o tributaria (artículo 83 del Código procesal constitucional)”

Decimotercero.- Que, en tal sentido, la jurisprudencia constitucional sobre la materia referida a los efectos en el tiempo de las normas declaradas inconstitucionales e ilegales ha circunscrito dicho ámbito a las normas en materia penal y tributario, acorde con lo dispuesto en el artículo 103 y 74 de la Constitución Política del estado, por lo que la

disposición contenida en el último párrafo del artículo 81 del Código Procesal Constitucional debe interpretarse de modo restrictivo y acorde con los parámetros establecidos precedentemente.

Decimocuarto: que, en consecuencia, no encontrándose la norma materia de impugnación dentro de los ámbitos antes referidos, no resulta procedente el pedido de la demandante para que la declaratoria de ilegalidad efectuada por la sentencia apelada sea efectuada con efecto retroactivo, más aun cuando a criterio de este colegiado no se ha acreditado en el presente caso circunstancias que justifiquen la aplicación retroactiva de la declaratoria de ilegalidad contenida en la sentencia recurrida”.²⁸⁷

Precisamente en los casos laborales es donde se han presentado los supuestos de declaración anulatoria de las normas reglamentarias con carácter retroactivo hasta el momento de su vigencia. Tal ha sido expuesto, por la Sala Laboral de la Corte Superior, indicando no solo que el reglamento inconstitucional es nulo con efecto retroactivo, sino disponiendo que el reglamento que lo suceda tiene efecto desde la vigencia del anterior. Tal fue el caso, del proceso de Acción Popular contra el “Reglamento para el otorgamiento de la Bonificación por Función Jurisdiccional para el persona del Poder Judicial y del Anexo Escala de Bonificación por Función Jurisdiccional” aprobados por Resolución Administrativa del Poder Judicial No. 56-2008-P/PJ de 29 de febrero de 2008, por trato discriminatorio en perjuicio de los Auxiliares

²⁸⁷ No obstante este criterio general, ha sido posible identificar la Sentencia A.P. No. 1907-2005 de 24.Marzo de 2006, en la que la Corte Suprema de Justicia dispuso la nulidad del D.S. No. 038-2004-PCM y otras normas, pero “retro trayendo los efectos de esta sentencia hasta el momento mismo en que entraron en vigencia”. . El fundamento básico para esta retroacción era que se trataba de una norma que afectaba un tratado internacional y podría tener transcendencia en las relaciones exteriores con la Republica de Bolivia”.

Jurisdiccionales con relación al personal administrativo. La sentencia declaró fundada la demanda por ser “manifiestamente inconstitucional y consecuentemente nulo por contener disposiciones lesivas a los derechos de los auxiliares”,

Una posición próxima a este criterio de temporalidad fue la que se planteó en la Propuesta de Reforma al Código Procesal Constitucional preparada por la Comisión de Estudio y Análisis del Código Procesal Constitucional constituida por la R.M. No. 0201-2009-JUS. Ese documento planteó que los efectos de la sentencia fundada sean generales desde la notificación de la demanda, salvo las normas tributarias en cuyo caso, será la sentencia la que determinara el momento de la vigencia de la sentencia. La redacción propuesta fue:

“La sentencia fundada recaída en el proceso de acción popular deja sin efecto, de modo general, la norma sobre la cual se pronuncia desde la notificación de la demanda y a favor del recurrente. Se exceptúa la norma de contenido tributario por violación del artículo 74 de la Constitución, en cuyo caso la Sala determinara expresamente en la sentencia sus efectos temporales”.

Ahora bien, como se puede advertir fácilmente, la retroactividad de la sentencia que acoge la demanda de acción producirá un vacío normativo en el sistema ya que cesará sus efectos o bien a la fecha de la demanda o de la vigencia del reglamento mismo.

En el derecho comparado se suele admitir –no con algunos matices- la tesis de la reviviscencia del reglamento anterior²⁸⁸. Por esta tesis, dado que el efecto de la sentencia es anular la norma reglamentaria ilegal, incluyendo su efecto

²⁸⁸ Véase, DE ASIS ROIG, Agustín E.; “El tiempo como factor distorsionante de los efectos de la anulación judicial de los reglamentos”. Revista de Administración Pública No. 120, setiembre – Diciembre 1989.

derogatorio sobre la norma preexistente, es lógico que recupere vigencia la norma reglamentaria anterior que fue derogada por la norma reglamentaria que ahora se anula, de modo que la sentencia declarativa de la nulidad del reglamento tiene como efecto, recuperar a la vida jurídica el reglamento anterior que fuere derogado o sustituido por el reglamento ilegal²⁸⁹ Por ejemplo, en la jurisprudencia española se afirma en este sentido, que <<la declaración de nulidad de un reglamento afecta también a sus cláusulas derogatorias por lo que un reglamento derogado por otro posterior nulo recobra su vigencia con la declaración de nulidad de éste>>.²⁹⁰

Conviene tener presente que no ha sido obstáculo para que la doctrina y la jurisprudencia española reconozca el fenómeno de la reviviscencia de la norma reglamentaria anterior la indicación existente en su Código Civil (art. 2.2.) según el cual “por la simple derogación de una Ley no recobran vigencia las que esta hubiese derogado”²⁹¹ Ahí la doctrina ha entendido que poseen distintos efectos, la derogación de una norma (que implica reconocerle efectos jurídicos por ser una norma no invalidada) que constituir la anulación de pleno derecho del reglamento por ser inconstitucional o ilegal ab initio.

Consideramos que esta tesis no podría tener cabida en nuestro ordenamiento, por cuanto el artículo 83 del Código Procesal Constitucional al abordar los

²⁸⁹ En favor de esta tesis se muestran importantes autores españoles como BELADIEZ ROJO, Margarita; “Validez y eficacia de los actos administrativos”, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994 p. 328, n.20; GARCIA DE ENTERRIA, “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, RAP, 38, 1962, p. 150; TORNOS MAS, Joaquín; “De nuevo sobre el control de los decretos legislativos: la declaración de nulidad por vicios de carácter procedimental del Decreto de 20 de diciembre de 1974, en materia de disciplina del mercado, REDA, 32, 1982, p. 890 y ss.; SANTAMARIA PASTOR, Juan A.; Fundamentos de Derecho Administrativo, CEURA, Madrid, 1991, p. 4213; CALONGE VELAZQUEZ, Antonio y GARCIA DE COCA, J.A., “Nulidad de pleno derecho y derogación de las normas: reciente doctrina sobre el artículo 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo del Tribunal Supremo”. REDA, 73, 1972, p. 94; DOMENECH PASCUAL, Gabriel; “La invalidez de los reglamentos”, p. 292 y ss.

²⁹⁰ Sentencia de 7 de octubre de 1.992 (Ponente: J.L. MARTÍN HERRERO), F.J. 3)

²⁹¹ Texto muy similar a nuestro Artículo I del Título Preliminar del Código Civil referido a la Abrogación de la ley, según el cual **“Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado”**

efectos de la sentencia estimatoria de los procesos de control abstracto asimiló la nulidad por ilegalidad con el de derogación cuando establece: “Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado”.²⁹²

Una forma alternativa de abordar el riesgo del vacío normativo producido por la anulación de norma reglamentaria inconstitucional es el que planteo la Corte Suprema cuando incorporó un mandato a la administración para que dicte una nueva norma reglamentaria en sustitución de la norma anulada y dispuso que aquella tenga eficacia retroactiva a la fecha en que la primera norma entró en vigencia. El tenor fue el siguiente:

“es pertinente que el Poder Judicial emita un nuevo reglamento teniendo en consideración lo señalado en la presente resolución” y precisa que “el nuevo Reglamento de Bono por Función Jurisdiccional y su anexo a expedirse por la demandada conforme a lo dispuesto en la presente resolución tendrá efecto retroactivo desde el 29 de febrero de 2008, fecha que tuvo la Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial No. 056-2008-P/PJ que aprobada el derogado reglamento y su anexo y que modificaba desde ese momento lo establecido en la Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial No. 191-2006-P/PJ; ello conforme a lo establecido en el último párrafo del artículo 81 del Código Procesal Constitucional”.²⁹³

²⁹² Véase al respecto SALINAS CRUZ, Sofía Liliana; ¿Por qué y en qué casos acudir al proceso de acción popular?”. Gaceta Constitucional No. 58, p. 19.

²⁹³ Sentencia de la Primera Sala Laboral Permanente de Lima, Exp. No. 192-2008-AP de 20 de octubre de 2009, publicada el 28 de abril de 2010.

10.2. Los efectos generales de la sentencia estimativa y ausencia de incidencia sobre situaciones particulares

La naturaleza del proceso de acción popular como un instrumento de control abstracto de las normas reglamentarias hace pensar directamente que la sentencia estimativa debe poseer un efecto necesariamente general y no particular. Esto mismo se aprecia cuando recordamos que al promotor del proceso no se le exige alguna calificación especial de interés directo o de derecho afectado o amenazado con la norma que impugna. De este modo una de las características de la sentencia estimativa en este proceso es tener efectos generales y no particulares en favor del actor del proceso, tal como lo ha manifestado la Corte Suprema en diversas sentencias, tal como la siguiente:

“Primero: Que, uno de los aspectos de la naturaleza de la acción popular es la carencia de contenido subjetivo lo cual implica que en principio, no se puede perseguir un resarcimiento de tipo pecuniario a favor de quien promueve el reclamo judicial de un interés colectivo, sus fines son públicos y concretos, no subjetivos ni individuales. Dicho mecanismo busca el restablecimiento del uso y goce de tales derechos e intereses colectivo, por lo que también tienen un carácter restitutorio. Estas acciones tienen una estructura especial diferencial, en cuanto no son en estricto sentido una controversia entre partes que defienden intereses subjetivos, sino que se trata de un mecanismo de protección de derechos colectivos preexistentes radicados para efectos del reclamo judicial el cabeza de quien actúa a nombre de la sociedad, pero que igualmente están en cada uno de los miembros que forman la parte demandante de la acción judicial (...)”²⁹⁴

²⁹⁴ Primer considerando de Sentencia Proceso Acción Popular, Exp. No. 27-2009-AP expedida por la Primera Sala laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima de 17 de setiembre de 2009 publicada el 18 de mayo de 2010.

Sin embargo, no puede pasar inadvertido que precisamente por la naturaleza anulatoria de la sentencia que constata el vicio en el reglamento, sus efectos pueden proyectarse de dos maneras hacia situaciones concretas:

- i) Respetto de la situación jurídica de los actos de aplicación (actos administrativos) dictados por la autoridad durante la vigencia de la norma reglamentaria; y,
- ii) Respetto de la situación jurídica del demandante, cuando este pese a no requerirlo para promover el proceso, si posee una situación jurídica afectada por la norma ilegal.

10.2.1. Efectos respecto de los actos administrativos dictados durante la vigencia del reglamento ilegal.

Cuando se aprecia la eficacia de una sentencia de anulación del reglamento, una consecuencia directa es determinar la situación en que quedan los actos administrativos que hayan sido dictados para ejecutar tan irregular reglamento antes de la sentencia con calidad de cosa juzgada. Pensemos por ejemplo, en un reglamento que desarrolla un procedimiento de sanciones sobre los administrados sin las garantías suficientes y, no obstante que la autoridad judicial constata su inconstitucionalidad, las sanciones aplicadas durante su vigencia se mantengan vigentes. Es claro que esta disyuntiva se planteara en los casos de actos administrativos que han adquirido calidad de firmes al momento de la decisión final del proceso de acción popular, porque aquellos que se encuentren en curso en ese momento (en trámite en primera instancia, en vía de recurso administrativo o en contenciosos administrativo) les será de aplicación directa la anulación dictada judicialmente en este proceso.

Estos actos administrativos fueron dictados al amparo de la apariencia de validez que poseía el reglamento, pero que ahora resulta anulado oficialmente con carácter retroactivo. Es decir, la cobertura legal que poseía, ya no lo tiene más. Una primera tendencia posible es postular la invalidación en cadena o en cascada en el mismo proceso de acción popular. De tal suerte que el demandante pueda plantear como una pretensión adicional la invalidación de los actos de aplicación del reglamento que se reputa inconstitucional y, que el juez, de estimar la demanda, se pronuncia descalificando tanto el reglamento como los actos de ejecución que se han dictado durante su vigencia. A favor de retirar la vigencia a estos actos y, por ende, extender el efecto anulatorio de la sentencia de acción popular, se encuentran argumentos como la coherencia constitucional que impediría mantener los actos de ejecución de una norma anulada teniendo en cuenta que se trata de dos manifestaciones ilegales y sucesivas de la propia autoridad administrativa (dictar el reglamento y luego ejecutarlo), la necesidad de proteger la indemnidad de la legalidad frente a la actuación reglamentaria y, por ende, subordinada de la administración, la naturaleza conexas por consecuencia que dichos actos de aplicación tienen respecto del reglamento²⁹⁵, entre otros.

En contra de permitir que la sentencia del proceso de acción popular pueda pronunciarse sobre la invalidez de los actos de aplicación del reglamento cuya inconstitucionalidad es constatada, y, por ende, en favor de mantener la vigencia de esos actos ejecutivos aunque sobrevenga la anulación del reglamento, tendríamos: la seguridad jurídica; la diferenciación y especialidad de las vías procesales que reserva el contencioso administrativo para controlar a los actos administrativos y la vía de la acción procesal para controlar reglamentos, por lo que debería producirse un proceso específico de anulación

²⁹⁵ La extensión de la invalidación respecto de las normas por conexión o consecuencia ya se encuentra recogida en el Código Procesal Constitucional, en el Artículo 78 (Inconstitucionalidad de normas conexas), afirmando que "La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia"

de actos luego del proceso de acción popular; la necesidad que los beneficiarios de los actos administrativos de ejecución del reglamento ilegal puedan ejercer su derecho de defensa en sede judicial, lo cual no se permite en el proceso de acción popular; y, la posibilidad que pese a la ilegalidad del reglamento, los actos administrativos puedan ser conservables según lo previsto en el artículo 14 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, No. 27444.

Una primera aproximación a esta situación, la encontraremos cuando se presentó la demanda de acción popular pretendiendo que se declare la nulidad de las Resoluciones Rectorales No. 2568-2006-UNIJBG y No. 2432-2006-UNJBG que aprobaban el Reglamento de Elecciones y conformación de órganos de gobierno y la Resolución de Asamblea Universitaria No. 75-2007-AU-UN/JBG y que además, se declare la nulidad del proceso electoral llevado a cabo por la Universidad Jorge Basadre al amparo de esta norma. Ante estas pretensiones, la Corte Superior declaró fundada en parte la demanda, respecto a la invalidez de las normas cuestionadas por cuestionar con la Ley No. 27333 y No. 28637 al no haber sido aprobadas por el Consejo Universitario y carecer de competencia el Rector para dictarlas, pero infundada en la última pretensión sobre anulación del proceso electoral llevado a cabo a su amparo, al considerar que no era la vía para pronunciarse sobre actos concretos.

Posición contraria sostuvo con posterioridad la Corte Suprema²⁹⁶ ante una demanda de acción popular en la que se pretendió la nulidad con efecto retroactivos del Decreto de Alcaldía No. 07-2006-MSS que aprueba el Reglamento de Parámetros Urbanísticos y Edificatorios para el Área de Tratamiento Normativo III, en la parte que excluye –ilegalmente- a dos urbanizaciones del distrito de Surco, se resolvió además la anulación de las licencias emitidas a su amparo. Concretamente, la Corte Suprema se pronunció respecto de los actos de ejecución del reglamento que declaraba

²⁹⁶ AP No. 2511-2010-LIMA de 23.JUN.2012.

ilegal determinando que: “los actos cuya concretización ya ha finalizado deben ser respetados por resultar irreversibles”, pero que “se deberán interrumpir indefinidamente y/o declararse nulos las obras en ejecución, licencias de construcción sin ejecución y procedimientos administrativos en curso que tengan como base las normas cuestionadas”. En efecto, en esta sentencia se expresó lo siguiente:

“Décimo Cuarto.- Que si bien es cierto el demandante no señaló explícitamente como una pretensión de su demanda interrumpir indefinidamente y/o declarar nulas obras de ejecución, licencias de construcción sin ejecución o procedimientos administrativos en curso, también lo es que ello no constituye sino un efecto concomitante de haberse amparado el pedido de nulidad de las normas cuestionadas con efecto retroactivo hasta la fecha de su entrada en vigencia, la cual si fue pretensión de la demanda (punto dos del petitorio) y está amparado en el artículo 81 del Código procesal Constitucional. En efecto, al demandarse y ampararse la declaratoria de nulidad de las normas impugnadas con efecto retroactivo correspondía efectuar un análisis de los efectos generados por tales normas durante su vigencia, para así establecer la legalidad o ilegalidad de tales efectos, entre los cuales se cuentan las obras en ejecución, las licencias de construcción otorgadas sin ejecución y los procedimientos administrativos en curso, habiendo determinado el A quo su interrupción y/o nulidad, con lo cual la Sala Superior y esta Sala Suprema, no han hecho sino, respecto de las normas impugnadas, “determinar sus alcances en el tiempo” como lo ordena el mismo artículo 81. En tal virtud el primer agravio debe desestimarse”.

Como se puede apreciar han sido pocos los casos en que ha sido planteada esta situación a la Corte Suprema y, también, no ha tenido una posición uniforme en tratar la situación. Por nuestra parte, creemos que debería

admitirse la posibilidad que el demandante plantee como pretensión y, que en consecuencia, el juez se pronuncie sobre la invalidación de los actos de directa ejecución del reglamento declarado inconstitucional o ilegal, en particular, tratándose de actos de gravamen firmes (ej. Sanciones, restricciones de derechos, denegatorias de petitorios, cargas administrativas).

10.2.2. Efectos respecto de la situación jurídica del demandante con interés legítimo o derecho afectado por el reglamento ilegal.-

En determinados supuestos el promotor del proceso sí puede tener legítimo interés o un derecho afectado por la norma reglamentaria, cuando esta es autoaplicativa, esto es, que con su sola vigencia o entrada en vigor, crean, modifican o extinguen una situación concreta de derecho, o generan una obligación de hacer, de no hacer o de dejar de hacer, vinculando al demandante por las condiciones, circunstancias y posición en que se encuentran, sin necesidad de tener que existir un acto administrativo concreto de aplicación. El hecho de exigir una legitimación específica en el proceso de acción popular no impide que un promotor específico este calificado especialmente por la naturaleza de la norma reglamentaria. En nuestro país, un estudioso de la acción popular como ALVAREZ SIMONETTI, afirmaba la posibilidad que en la demanda en estos procesos podría solicitarse además de la nulidad general de la norma su inaplicación al caso concreto. Decía el autor:

“Pero en los casos en que además de la nulidad se haya solicitado la inaplicabilidad de la norma acusada, por existir interés de parte agraviada, debe admitirse este extremo de la demanda y declarar si fuere el caso que la norma es inaplicable al acto ya que lo contrario, sería una denegatoria de justicia y desamparo al actor en sus derechos” ²⁹⁷

²⁹⁷ ALVAREZ SIMONETTI, p. 75.

Como advertimos, el autor vincula este efecto de las sentencias estimativas con las pretensiones proponibles en este proceso de control constitucional. Pero por lo general, en la doctrina se asume como consenso que una acción pública o popular permita pretensiones de anulación únicamente. Así se manifiesta, que:

“Distinto de lo anterior es, como resulta obvio por la misma naturaleza de las cosas que bajo la acción pública propiamente dicha, no pueda prosperar una pretensión de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, (...) Una única pretensión habría que hacer a la anterior afirmación, y es que si en la legitimación del actor popular concurren además otras situaciones jurídicas legitimantes (titularidad de derechos subjetivos individuales o intereses legítimos), aunque aquel haga valer la acción pública, el órgano jurisdiccional habrá de tener en cuenta dichas situaciones jurídicas pudiendo, entonces, la sentencia, recoger un pronunciamiento de reconocimiento de una situación jurídica individualizada, que, por supuesto, correspondería, en todo caso, al actor pero no ya como un actor público” ²⁹⁸

La posición de la jurisprudencia al respecto no ha sido muy favorable a la admisión de estas pretensiones complementarias ni a la admisión de efectos individuales a las sentencias estimatorias de control constitucional de reglamentos. A lo sumo ha manifestado que podría proteger derechos individuales pero de manera indirecta, como en el siguiente caso:

²⁹⁸ Rego Blanco; María Dolores; La acción popular como legitimación para interponer el recurso contencioso administrativo en España. Estudio para una perspectiva de Derecho Comparado”. P. 323.

“Cuarto: sobre este argumento (que había sido sancionada la demandante en base a un reglamento no publicado), debemos tener en cuenta que atendiendo a los fines de la acción popular establecidos en el inciso 5) del artículo 200) de la Constitución Política del Estado, las controversias puestas a consideración del órgano jurisdiccional resultan siendo de puro derecho, pues se verifica la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. Por tanto, no es una garantía que se encuentre destinada a tutelar los derechos individuales de los particulares consagrados en la Constitución, aunque esta protección puede darse de manera indirecta declarando la inconstitucionalidad o ilegalidad de la norma administrativa cuestionada”²⁹⁹

11. El plazo prescriptorio para la interposición de la demanda.-

Con el argumento de dar seguridad jurídica al ordenamiento reglamentario se mantiene la idea de consagrar un plazo máximo para interponer la demanda de acción procesal, vencida el cual se extingue el derecho a interponer estas demandas contra las normas reglamentarias inconstitucionales o ilegales. El actual artículo sobre la materia en el Código Procesal Constitucional nos indica:

²⁹⁹ Tercer fundamento de la Sentencia A.P. 1239-2009-LIMA de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de fecha dos de octubre de 2009 y publicada el 28 de abril de 2010.

Artículo 87.- Plazo

El plazo para interponer la demanda de acción popular prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente de publicación de la norma.

No obstante esta tradición de considerar un plazo máximo para la demanda de acción popular, la Comisión encargada de elaborar la Ley procesal de Acción Popular tuvo la tendencia a considerar imprescriptible esta acción. La posición en favor de no considerar plazo para demandar fue sustentada por dicha Comisión presidida por el profesor Mario Pasco³⁰⁰, del modo siguiente:

“Una primera tendencia, siempre dentro de un dialogo abierto y un debate amplio, fue ponerle termino; la Comisión se inclinó hacia una tendencia de consolidación de las instituciones legales. Pero una reflexión nos llevó al terreno opuesto. Cuando hablamos de leyes, cuando hablamos de decretos legislativos, nos estamos refiriendo a una cantidad conocida, a un número exacto de dispositivos legales que con mayor o menor rigor aparecen publicados en el diario oficial, son recopilados por el Ministerio de Justicia, aparecen otras ediciones de difusión legislativa y en suma son pues un conjunto perfectamente determinado y determinable de normas legales. Respecto de ellas, contra las que cabe la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal correspondiente, si debe señalarse un plazo porque su notoriedad, la publicidad que la propia ley exige, hace que cualquier violación constitucional o legal sea de inmediato conocida y pueda ser de fácil impugnación. Pero en el mundo inmenso de los decretos y resoluciones de rango inferior, publicados muchas veces en órganos de segundo o tercer nivel y algunos de ellos sin siquiera la suficiente

³⁰⁰ PASCO COSMOPOLIS; Mario; Exposición “La Ley reguladora del ejercicio de la acción popular”. Revista del Foro, Lima, Enero – Junio 1982, Año LXIX, No. 01, Lima Perú, 123-4

difusión, que datan no de este Gobierno Democrático, no de esta Constitución sino que vienen y siguen rigiendo desde los albores de esta República, sin que nadie jamás pueda presumir posible la tarea de concordarlos, de decidir cuales están vigentes y cuales están derogados, existe imposibilidad material de saber cuántos y cuáles son los dispositivos vigentes. Se hacía imperioso que consideráramos que no debía haber plazo alguno para la impugnación; es más, nos hemos planteado como un ejemplo que contribuyo a aliviar el debate, que hoy mismo, en 1982, nada impide que este gobierno pueda rescatar la vigencia de un decreto supremo del año 30, 40 o 50, hoy sepultado en el olvido, pero cuya vigencia continúa por no haber sido derogado. Nos preguntamos: si este decreto del año 30, 40 o del 50 resulta hoy ilegal y es recién hoy que se le pretende poner en vigor, o si habiendo estado en plena vigencia durante todo este periodo se descubre que ha devenido inconstitucional, porque es una nueva Constitución la que nos rige desde 1980 ¿cabría ponerle plazo a la acción, cabría fijarle un periodo de caducidad”

El Código Procesal Constitucional unifica los plazos de prescripción para interponer la demanda de acción popular. Ahora, el artículo 87 del Código, establece únicamente que el plazo prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente de la publicación de la norma”.³⁰¹

Nótese que el inicio del cómputo del plazo se realiza a partir de su publicación de la norma. Tratándose de leyes y normas de similar rango no cabe duda que la referencia a la publicación no pueda entenderse sino a la efectuada en el

³⁰¹ Una falencia al tratamiento de la prescripción, constituye no haber esclarecido si las normas reglamentarias vigentes antes del Código Procesal Constitucional seguirán con los plazos anteriores, o la vigencia de este nuevo plazo reinicia el plazo para poder cuestionar no solo los reglamentos aprobados durante su imperio sino también a los anteriores.

Diario Oficial El Peruano-. Sin embargo en el caso de normas reglamentarias diversas normas habilitantes permiten a las autoridades administrativa también publicarlas en los diarios de circulación local, portales electrónicos, carteles (municipios fuera de la Capital de la República). Por ello, que la fijación del termino inicial del cómputo debe resolverse en función del tipo de normas reglamentaria de que se trate.

Curiosamente este plazo debe guardar alguna concordancia con el menor plazo otorgado (de un año en sede administrativa y dos en sede judicial) por la Ley No. 27444 para prescribir la facultad anulatoria de oficio de los actos administrativos, y probablemente, el previsto para la prescripción de la demanda contenciosa administrativa. De no darse esta compatibilización, se podrían dar situaciones contradictorias, como que la administración no pueda anular de oficio su acto administrativo, ni el particular pueda reclamarlo en sede judicial, pero sin embargo, si se pudiera demandar –y eventualmente, anular- la norma reglamentaria que sustenta ese acto administrativo inconstitucional o ilegal, pero ya inatacable.

Finalmente, conforme a criterios constitucionales y de manera análoga a lo previsto para el plazo prescriptorio del proceso de inconstitucionalidad (art. 100) el acaecimiento del plazo prescriptorio señalado, no impide dos fenómenos jurídicos contrarios a la norma viciada: su derogación por la autoridad administrativa o alguna Ley, ni la inaplicación por parte de la Judicatura.

En efecto, la judicatura –en cumplimiento del control difuso previsto en el artículo 138 de la Constitución y artículo VI del Título Preliminar del mismo Código, puede inaplicar la norma reglamentaria que estima incompatible con la

Constitución Política del Estado y la Ley, en los casos concretos sometidos a su conocimiento. Para ello, bastará la alegación en vía incidental dentro de cualquier otro proceso judicial ordinario en los que ello sea relevante para resolver la controversia y que no sea posible interpretar la norma reglamentaria conforme a la Constitución.³⁰²

12. La eficacia normativa de las sentencias estimativas de demandas de acción popular.-

Hemos querido manifestar el nivel de eficacia de las sentencias que declararon fundadas demandas de acción popular contra diversas normas reglamentarias dentro del periodo analizado en el presente trabajo. Para ello, una vez obtenida una muestra representativa de 27 normas reglamentarias declaradas inconstitucionales o ilegales mediante sentencias publicadas en el diario oficial El Peruano procedimos a cotejarla con la base de datos oficial del Estado Peruano que muestra el universo de normas vigentes.

En este sentido, procedimos a identificar si estas normas aparecían como nulas o vigentes en el Sistema Peruano de Información Jurídica, declarado a través del D.S. No. 001-2003-JUS como edición Oficial del Ministerio de Justicia al Sistema Peruano de Información Jurídica - SPIJ, que contiene los textos de la legislación nacional debidamente sistematizada, concordada, actualizada y con herramientas de búsqueda y recuperación de información idóneas.

³⁰² En igual sentido se pronuncia LANDA ARROYO, op. Cit., p. 150

La conclusión no pudo ser más desalentadora para la eficacia de la acción popular como instrumento de control de las arbitrariedades de la Administración Pública porque identificamos el siguiente panorama:

12.1. Normas reglamentarias declaradas inconstitucionales o ilegales por el Poder Judicial pero que aparecen como vigentes en el SPIJ³⁰³.-

Un primer grupo de normas reglamentarias aparecen a la fecha de la verificación como normas perfectamente vigentes en el sistema jurídico nacional y por tanto, los operadores, tales como funcionarios públicos, jueces y agentes económicos, las tienen como aplicables a los casos que están bajo su responsabilidad resolutive. Es el caso de 15 (65%) disposiciones reglamentarias cuya contravención a la Constitución ha sido constatada por el Poder Judicial.

- Resolución Directoral No. 047-2000-DCG de 17 de febrero de 2000, emitida por DICAPI que dispone incorporar en el derecho nacional instrumento internacional no publicado.
- D.S. No. 126-2003-RE, artículo 5 inciso c) que establece como requisito para ser traductor publico juramentado tener título profesional de traductor o Licenciado en traducción otorgado por una universidad debidamente revalidado y tres años de experiencia luego de obtenido es título.

³⁰³ La fecha de cotejo fue el 24 de mayo de 2012.

- R. Presidencial No. 066-CND-P-2003 del Presidente del Consejo Nacional de Descentralización que constituye a su Secretaria Técnica como órgano de segunda instancia en el procedimiento de apelación contra actos de las comisiones regionales de concurso para la selección de Directores Regionales Sectoriales

- D.S. No. 008-2005-ED, Derogan el D.S. N° 041-2001-ED, mediante el cual se precisó alcances de los conceptos de remuneraciones y remuneraciones íntegras a que se refieren los artículos 51 y 52 de la Ley del Profesorado

- D.S. No. 039-2000-MTC, Cuarta Disposición Final, que establece la improcedencia de cualquier tipo de acción, pretensión o procedimiento alguno destinado a cuestionar la validez del título otorgado por COFOPRI, bajo responsabilidad. (Sentencia Exp. 1285-2006-LIMA de 11 de mayo de 2007 y publicada el 2 setiembre de 2007).

- D. S. No. 007-2002-VIVIENDA, reglamento de la Ley No. 27810 – Ley de contingencias y de la restructuración de deudas y préstamos otorgados por el Banco de Materiales Sentencia de la Corte Suprema A.P. 2410-2005-LIMA de 21 de junio de 2006 y publicada el 19 de enero de 2007.

- D. S. No 159-2002-EF, numeral 4.7 del Anexo, el numeral 7.5. y último párrafo del numeral 4.17. Sobre pensiones de ex servidores de Petroperú. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Derecho Constitucional y Social, A.P. No. 1355-2004-LIMA de 21 de enero de 2005 y 3 de febrero de 2006.

- D.S. No 038-2004-PCM en el extremo que incluyen al Proyecto Especial Lago Titicaca en un plan de trasferencias a los Gobiernos Regionales. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia A.P. No. 1907-2005-LIMA de 24 de marzo y publicada el 31 de mayo de 2006.
- D.S No. 028-2003-AG que encarga a la CONAPA la actuación provisional como tutor provisional para representar a determinados pueblos indígenas o grupos étnicos en aislamiento voluntario y contacto inicial (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia A.P. No. 137-2005-LIMA de 24 de marzo de 2006 y publicada el 10 de octubre de 2006)
- DECRETO SUPREMO Nº 003-2004-MTC, art. 50; permite la proroga al plazo máximo para una concesión portuaria previsto en la Ley como un máximo de 30 años)
- D.S. No. 063-96-EF.
- D.S. No. 055-2002-AG.
- D.S. No. 016-2005-DE/MGP (TUPA – Procedimiento G-08).
- R. No. 897-2002-ANR que aprueba Reglamento del Registro Nacional de Grados y Títulos Universitarios

12.2. Normas reglamentarias declaradas inconstitucionales o ilegales por el Poder Judicial pero que mantuvieron vigencia en el ordenamiento y fueron modificadas por el Poder Ejecutivo posteriormente.

Un segundo grupo de normas declaradas inconstitucionales o ilegales por el Poder Judicial se mantuvieron vigentes no obstante ello y fueron

posteriormente modificadas o derogadas por las autoridades administrativas haciendo uso de su función normativa sin que haya sido óbice para ello, el control constitucional de la acción popular: Es el caso de las siguientes 07 (30%) normas

- Decreto Supremo No. 017-2007-EF, Capítulo 22 de la nota complementaria adicional Sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de 16 de junio de 2009, publicada el 5 de junio de 2010. (Exp. No. 0386-2009-LIMA) Fue derogada por el D.S. No. 238-2011-EF de 24.DIC.2011.
- D.S. 084-2003-EF (Art. 1) sobre derogación de exoneraciones de IGV y ISC a servicios de transporte en autobús interprovincial. - DEROGADO (mediante el Artículo 2 del D. S. N° 036-2004-EF de fecha 3 de marzo de 2004)
- D.S. No. 057-2000-AG, Reglamento de Organización Administrativa del Agua (arts. 51 inciso 7 y otros. MODIFICADO POR D.S. No. 067-2006-AG de 29.NOV.
- D.S. No. 008-2002-IN que aprueba TUPA de MININTER sobre cobros ilegales por pasaporte. Modificada por D.S. No. 004-2008-IN de 10.JUN.2008.
- R. SUNARP No. 195-2001-SUNARP-SN, Registro General de Registros Públicos, Art. 32 (por otorgar al registrador la facultad de calificar un mandato judicial por su contenido afectando la independencia del Poder Judicial) En los casos de resoluciones judiciales que ordenen una inscripción, la calificación se efectuará con respecto a su adecuación con

los antecedentes del Registro, la formalidad que debe revestir, la competencia de la autoridad judicial correspondiente, salvo los casos de competencia prorrogable, y la naturaleza inscribible del respectivo acto o derecho. Asimismo, el Registrador podrá exigir el cumplimiento de la inscripción de actos previos que resulten indispensables para que se registre la resolución judicial. Modificada por Art. 1 de Resolución Superintendente No. 065-2005-SUNARP de 16.MAR.2005.

- D.S. No. 057-2000-AG, Art. 1 (Reglamento de Organización del Agua) y D.S. No. 035-2003-AG. Art. 1 (Incorpora sexta disposición complementaria a dicho reglamento) Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, Quinta Sala Civil, Exp. No. 1999-2003 de 7 de julio de 2005 y publicado el 2 de febrero de 2007. Curiosamente esta misma norma mereció una segunda sentencia en contra de la Corte Suprema en la Sentencia A.P. No. 807-2006-LIMA de 2 de agosto de 2006 y publicada el 23 de noviembre de 2006 Modificada por el D.S. No. 067-2006-AG (29.NOV.2006)
- R. No. 540-99, Reglamento de Cooperativas de Ahorro y Crédito no Autorizadas a operar con recursos del público. Parece que fueron anulados algunos de sus artículos mediante la sentencia de la Corte Suprema Exp. 740-02 de 15 octubre de 2002, pero fue la SBS quien “derogo” esos artículos mediante R. SBS No. 621-2003 publicada el 22 de mayo del 2003

12.3. Normas reglamentarias cuya anulación judicial consta en el SPIJ.

Finalmente, solo hemos encontrado únicamente seis casos (23%) en que la anulación judicial decretada ha sido informada correctamente a los operadores jurídicos.

- D.S. No. 045-2005-EM, Art. 1, segundo párrafo del Glosario Plantas de Abastecimiento que prohíbe la mezcla de combustible y posterior comercialización.

- D.S. No. 002-2003-SA que exige el registro sanitario para internamiento en el país de insumos, instrumental y equipo de uso médico, quirúrgico y odontológico. (Sentencia No. 1195-2006-LIMA de 26 de octubre de 2007).

- D.S. No. 020-03-IN de 19 de diciembre de 2003, que modifica el artículo 40 del reglamento de la Ley de la PNP sobre pase al retiro de oficiales, suboficiales y especialistas de servicios por renovación.

- D.S. No. 009-2004-MTC, art. 213.

- D. No. 004-2008-ED.

- D.S. No. 011-2008-DE, art. 14 b).

Restando estos seis casos, resulta evidente la virtual inoperancia del proceso de acción popular como control normativo a la Administración Pública, derivado del desconocimiento de la ciudadanía de los resultados de los procesos de acción popular. Ciertamente es que el Código Procesal Constitucional dispone la publicación de la sentencia en el mismo medio de comunicación en el que se publicó el auto admisorio. Pero ello se cumple de manera tan remota a la fecha de la sentencia y, en separatas diversas, que no permite su conocimiento oportuno y adecuado por la comunidad. Una alternativa que tiende a solucionar esta situación fue contenida en las Propuestas de Reforma al Código Procesal Constitucional preparada por la Comisión de Estudio y

Análisis del Código Procesal Constitucional constituida por la R.M. No. 0201-2009-JUS. Esta propuesta disponía que la sentencia de acción popular sea “difundida en la página web institucional dentro de los diez días siguientes a su emisión y además oficiara al Ministerio de Justicia para su difusión a través de los medios bajo su competencia” (art. 96).

13. El retardo en la difusión general de la sentencia estimatoria de la acción popular.-

Aspirando a tener un efecto general sobre la norma reglamentaria cuya ilegalidad o inconstitucionalidad queda constatada, es de suponer que el ordenamiento provea un célere mecanismo de difusión para que todos los ciudadanos podamos tomar conciencia de las normas que rigen nuestra conducta. Podríamos afirmar que igualmente es importante tener certeza de las sentencias desestimatorias para mantener igual seguridad jurídica dado que los admisorios de la demanda se difunden públicamente. La oportunidad de la publicación de las sentencias estimatorias de las demandas de acción popular revisten importancia trascendente porque la verdadera eficacia del control jurídico sobre el reglamento se concreta a partir de la publicación de la sentencia.

La derogada Ley Procesal de Acción Popular lacónicamente preveía al respecto que la resolución final del proceso “será publicada íntegramente al día siguiente de su expedición, en el mismo medio de comunicación en el que se publicó el auto admisorio”. Es del caso que el Código Procesal Constitucional diseñó un aparentemente completo mecanismo de difusión de las sentencias estimatorias que se concreta en su cuarta disposición final. El texto es el siguiente:

CUARTA.- Publicación de sentencias

Las sentencias finales y las resoluciones aclaratoria de las mismas, recaídas en los procesos constitucionales deben remitirse, dentro de las cuarentiocho horas siguientes a la fecha de su expedición, al Diario Oficial El Peruano para su publicación gratuita, dentro de los diez días siguientes a su remisión. La publicación debe contener la sentencia y las piezas del expediente que sean necesarias para comprender el derecho invocado y las razones que tuvo el Juez para conceder o denegar la pretensión.

Las sentencias recaídas en el proceso de inconstitucionalidad, el proceso competencial y la acción popular se publican en el diario oficial dentro de los tres días siguientes al de la recepción de la transcripción remitida por el órgano correspondiente. En su defecto, el Presidente del Tribunal ordena que se publique en uno de los diarios de mayor circulación nacional, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar.

Cuando las sentencias versan sobre normas regionales o municipales, además de la publicación a que se refiere el párrafo anterior, el Tribunal ordena la publicación en el diario donde se publican los avisos judiciales de la respectiva circunscripción. En lugares donde no exista diario que se publique los avisos judiciales, la sentencia se da a conocer, además de su publicación en el diario oficial o de circulación nacional, mediante carteles fijados en lugares públicos.

No obstante ello, hemos podido comprobar en una muestra de 33 (treinta y tres) casos de sentencias fundadas de acción popular durante el periodo 2003-2010, que entre la fecha de expedición de la sentencia definitiva y su publicación en el diario oficial El Peruano han transcurrido aproximadamente

entre 03 y 21 meses de retraso. Es decir, durante esos meses las normas reglamentarias cuya antijuridicidad había sido ya comprobada por el Poder Judicial no alcanzaron conocimiento público, tolerándose su mantenimiento en el sistema jurídico para los operadores jurídicos.

El cuadro resumen lo apreciaremos a continuación:

Exp. A.P.	Meses transcurridos
1193-2003	19 meses
2145-2003	07 meses
1355-2004	13 meses
1907-2005	03 meses
1449-2005	08 meses
0137-2005	07 meses
2410-2005	07 meses
0807-2006	03 meses
1773-2006	05 meses
2102-2006	06 meses
1285-2006	04 meses
1068-2006	04 meses
1750-2006	04 meses
1993-2006	07 meses
0195-2006	04 meses
1466-2007	08 meses

0438-2007	09 meses
1182-2007	10 meses
1346-2007	10 meses
0195-2007	21 meses
1115-2008	09 meses
2275-2008	08 meses
3004-2008	06 meses
0192-2008	06 meses
2528-2008	13 meses
0386-2009	08 meses
0234-2009	10 meses
0027-2009	13 meses
0642-2009	13 meses
1941-2009	09 meses
3181-2009	07 meses
2558-2009	13 meses
1610-2010	12 meses

14. ¿Cabe el amparo contra las resoluciones definitivas del proceso de acción popular? La improcedencia del recurso de agravio constitucional. La posición del Tribunal Constitucional al respecto.

Con base al artículo 200 inciso 2) de la Constitución Política que veda la procedencia de la acción de amparo contra resoluciones judiciales emanadas

de un procedimiento regular, el artículo 4 del Código Procesal Constitucional desarrollo la procedencia del amparo respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con “manifiesto agravio a la tutela judicial efectiva, que comprende en acceso a la justicia y el debido proceso” y que, por el contrario, no corresponde cuando el “agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo”.

En ese contexto, es que cabe preguntarse por la procedencia del amparo contra sentencias definitivas de la Corte Suprema que desestiman demandas de acción popular. Nuestro Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, aunque ciertamente ha manifestado una evolución desde la posición permisiva hasta la negativa sobre este denominado “amparo contra proceso de acción popular”.

Una primera posición favorable a la procedencia de este amparo lo encontramos en algunas sentencias³⁰⁴, en las que no obstante declarar improcedente por extemporáneas las demandas de amparo contra acción popular, afirmaba que si eran admisibles como una subespecie de amparo contra resoluciones judiciales. Aquí la extemporaneidad se fundaba en que en base al artículo 44 del Código Procesal Constitucional estas demandas deberían interponerse –bajo pena de prescripción- dentro de los treinta días hábiles posteriores a la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido, y que en este tipo de procesos, ello debería ser computado desde el día siguiente de notificada la resolución definitiva de la Corte Suprema de Justicia.

Esta posición fue confirmada en la resolución recaída en el Exp. No. 00108-2012-Q/TC, en la que al declarar improcedente un recurso de queja contra la Resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República que declaró improcedente un

³⁰⁴ Particularmente caben señalar las recaídas en los Exp. No. 04853-2004-PA/TC, No. 01286-2011-PA/TC de 4 de mayo de 2011, No. 03907-2011-PA/TC de 3 de mayo de 2012 y No. 00108-2012-Q/TC

recurso de agravio constitucional por la desestimación de una demanda de acción popular. Ahí, el Tribunal Constitucional manifestó que:

“no se trata de una resolución de segundo grado denegatoria de una demanda de habeas corpus, amparo, habeas data y/o cumplimiento, sino de la denegatoria de una demanda de acción popular cuya tramitación es competencia exclusiva del Poder Judicial, decisión que no es susceptible de ser impugnada a través del recurso de agravio constitucional, siendo el mecanismo pertinente en este caso, el del “amparo contra acción popular” (Cfr. STC No. 04853-2004-PA/TC).

Contrariando esta posición favorable al amparo contra acción popular, recientemente el Tribunal Constitucional ha variado su posición (Exp. No. 04141-2010-pA/TC)³⁰⁵ sustentándose en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional que califica expresamente como improcedente el amparo cuando se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional. En esa línea jurisprudencial se ha afirmado que:

³⁰⁵ Esta posición restrictiva ya aparecía en los fundamentos de Voto del Magistrado Vergara Gotelli (STC 03907-2011-PA/TC). Ahí se expresó por primera vez:

3. En el caso de autos tenemos que el demandante cuestiona resoluciones judiciales emitidas en un proceso de acción popular, es decir estamos ante un proceso de amparo contra acción popular.

4. Por ello es necesario conocer si se puede extender las reglas del amparo contra amparo para cuestionar resoluciones expedidas en un proceso de acción popular. Como bien lo ha establecido el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia el mecanismo establecido mediante el proceso de amparo contra amparo es excepcional y solo puede ser utilizado bajo determinados supuestos. En tal sentido tal habilitación ha sido concebida para cuestionar resoluciones emitidas en procesos de control concreto y no resoluciones emitidas en procesos de control abstracto, no solo por la naturaleza de estos sino por la relevancia que tienen. Es así que no podemos concebir que mediante un proceso de amparo –control concreto– se cuestione resoluciones emitidas en un proceso de control abstracto, que analiza temas de otra naturaleza y que sus efectos serán de alcance general, advirtiéndose que en dicho proceso no tenemos la existencia de partes –demandante y demandado– concretas y determinadas.

5. Siendo ello así no podemos equiparar el cuestionamiento de resoluciones emitidas en un proceso de control concreto con resoluciones emitidas en un proceso de control abstracto, y darle la misma tratativa, aplicando las reglas del amparo contra amparo, puesto que por su naturaleza son incompatibles.

6. En consecuencia al advertirse una demanda de amparo que si bien cuestiona resoluciones judiciales, tales resoluciones han sido emitidas en un proceso de acción popular, razón por la que no procede el proceso de amparo para tal cuestionamiento, debiéndose declarar improcedente la demanda de amparo propuesta.

“(…) atendiendo a la naturaleza del proceso constitucional de acción popular, en el que se cuestiona en abstracto la constitucionalidad de una norma infralegal que atenta contra preceptos constitucionales o legales, no procede extender la aplicación de este precepto constitucional a controversias como la referida en el proceso subyacente, en la que se pretende ejercer un control concreto de constitucionalidad del texto contenido en un decreto supremo”

Y que en consecuencia

“estando a que a resolución cuestionada configura una resolución firme que ha recaído en un proceso constitucional abstracto, como es el de acción popular, este Tribunal considera que resulta aplicable el artículo 5 inciso 6) del Código Procesal Constitucional”.³⁰⁶

³⁰⁶ Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

6. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional o haya litispendencia;

CONCLUSIONES



1. El proceso de acción popular es el mecanismo procesal constitucional de control normativo, directo, abstracto, concentrado en el Poder Judicial y de efectos generales en virtud del cual cualquier persona, cumpliendo los requisitos procesales establecidos, puede plantear directamente una demanda para que previa tramitación del proceso de puro derecho, determine en abstracto si una norma reglamentaria proveniente de cualquier autoridad administrativa es o no compatible con la Constitución Política o con la ley y, de ser el caso, declare su nulidad. No es propósito de este proceso constitucional la declaración de situaciones subjetivas, exigir la dación de una norma reglamentaria, la reposición al estado anterior de situaciones particulares, obtener mandatos de hacer contra la administración, la inaplicación de una norma al caso concreto, entre otros.

2. La investigación jurisprudencial realizada evidencia un sostenido empleo de este proceso constitucional en el periodo 2000-2010. No obstante ello, sobre un universo de 229 sentencias analizadas, 118 (51%) sentencias concluyen declarando infundadas las demandas presentadas, 52 improcedentes (22%), y 15 declarando la sustracción de la materia (6%). Solo un menor porcentaje han sido declaradas fundadas por el Poder Judicial (17%) ³⁰⁷

³⁰⁷ La presente tesis ha adoptado una base jurisprudencial amplia tomando como fuente de información directa el Diario Oficial El Peruano y la web de Jurisprudencia Sistematizada de la Corte Suprema del Poder Judicial. El universo identificado y analizado han sido 229 (doscientos veintinueve) resoluciones judiciales con calidad de cosa juzgada recaídas en igual número de procesos de acción popular.

Año de la Resolución	Numero Casos
2000	01
2001	01
2002	10
2003	16
2004	14
2005	20
2006	43
2007	33
2008	32
2009	47
2010	12

3. Una aproximación cuantitativa a la data jurisprudencial revelada nos permite afirmar que este sostenido incremento coincide con la incorporación de su regulación al Código Procesal Constitucional de 2004. Es importante relevar que estamos distante de la temida sobrecarga procesal propiciada una legitimidad abierta como la que posee este proceso constitucional. Ello puede deberse a que coexisten otros mecanismos de control de legalidad sobre reglamentos dentro de nuestro sistema jurídico tales como el amparo contra reglamentos autoaplicativos, el control difuso en todos los procesos judiciales incluso en los procesos contenciosos administrativos, el control por legalidad que por vía de inaplicación pueden realizar las propias autoridades administrativas ante reglamentos ilegales y el proceso de eliminación de barreras burocráticas a cargo del INDECOPI.
4. En el Perú, cronológicamente la acción popular precedió al proceso de inconstitucionalidad como proceso de control directo, constitucional, concentrado, abstracto y con efectos generales sobre la regularidad de normas jurídicas. No obstante esta vinculación, la evolución de ambos procesos los ha conducido a divergencias notables en cuanto: legitimación exigida para activarla, competencia para conocerla, efecto específico de la sentencia fundada y la posibilidad de dictar medidas cautelares para suspender los efectos normativos.
5. En el derecho comparado, resulta singular la existencia de un proceso constitucional como vía exclusiva para el control abstracto, concentrado y de efectos generales sobre los reglamentos. En los demás ordenamientos este control jurisdiccional sobre reglamentos es confiado o bien al proceso de inconstitucionalidad o, se incluye como uno de los objetos de control a cargo del proceso contencioso administrativo.
6. La evolución del proceso de acción popular ha atravesado por tres fases sucesivas:

- 6.1. Fase de aparición y desnaturalización (1933-1979), que puede considerarse con una subfase a partir de la regulación del proceso en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963;
 - 6.2. Fase de desarrollo normativo con escasa aplicación (1979-1993); y,
 - 6.3. Fase de aplicación como proceso constitucional (1993 hasta la fecha).
7. Por ser procesos de control normativo, los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular han sido regulados atendiendo algunos puntos comunes para mantener coherencia en el sistema. Las reglas que han sido desarrolladas para ello son:
- 7.1. La subordinación del proceso de acción popular a lo resuelto en aspectos conexos en procesos de inconstitucionalidad.
 - 7.2. La tramitación preferente del proceso de inconstitucionalidad respecto al de acción popular cuando hayan normas relacionadas en ambos procesos tramitados simultáneamente.
 - 7.3. El trasplante de técnicas de interpretación desarrolladas en los procesos de inconstitucionalidad a los procesos de acción popular (ej. Interpretación conforme a la Constitución de las normas cuestionadas).
 - 7.4. La improcedencia del proceso de acción popular si la norma reglamentaria reitera regla contenida en disposición con rango de ley.
8. En cuanto a la relación entre el proceso de acción popular y el proceso competencial, la Corte Suprema ha asumido la posición de dar preferencia al proceso competencial sobre el proceso de acción popular cuando un organismo administrativo cuestiona la constitucionalidad o legalidad de un reglamento por la incompetencia material de un órgano administrativo que lo dicto y la reclama como propia (ej. Gobierno Local con Gobierno Nacional).

9. La competencia para conocer el proceso de acción popular ha estado desde su origen reservada para el Poder Judicial. En su desarrollo histórico, por la aparición del Tribunal Constitucional se ha pensado en la necesidad de vincular ambas competencias y en aras de unificar criterios. Para ello, han sido planteadas varias alternativas que merecen ser estudiadas:

9.1. Transferir la competencia para conocer este proceso al Tribunal Constitucional de manera concentrada manteniendo la individualidad de la acción popular

9.2. Abrir la competencia en última instancia del Tribunal Constitucional manteniendo la competencia judicial para conocer del proceso de acción popular en primera instancia.

9.3. Desdoblar las vías para cuestionar los reglamentos viciados concentrando el proceso de acción popular para los reglamentos inconstitucionales y transfiriendo al proceso contencioso administrativo las demandas contra reglamentos por contravención de normas legales.

9.4. Incorporar el objeto de control del proceso de acción popular al proceso de inconstitucionalidad y fusionar ambos procesos dentro de este último.

10. Pese a la existencia del proceso de acción popular a cargo exclusivo del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional ha incorporado jurisprudencialmente algunos supuestos por los cuales a través de otros procesos constitucionales puede realizar el control constitucional sobre reglamentos:

10.1. Cuando la norma reglamentaria resulta ser inconstitucional por conexión o consecuencia con una ley que es declarada inconstitucional en un proceso de inconstitucionalidad.

10.2. Cuando el reglamento reproduce el contenido de una norma legal declarada inconstitucional por el TC en un proceso de inconstitucionalidad.

- 10.3. Cuando conoce de un amparo contra norma reglamentaria autoaplicativa.
11. El proceso de acción popular está previsto para controlar en abstracto, de manera general y con efectos generales la constitucionalidad y legalidad de “los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general”. En ese sentido, su objeto de control está compuesto por los reglamentos ejecutivos, autónomos y organizacionales aprobados por el Presidente de la Republica, por los otros Poderes del Estado en ejercicio de función administrativa, por organismos constitucionalmente autónomos, por instancias descentralizadas del Poder Ejecutivo, por los sistemas administrativos, y por los Gobiernos Regionales y Locales. En vía jurisprudencial se ha establecido que no es posible demandar acción popular contra reglamentos provenientes de personas jurídicas no estatales, como son los Colegios Profesionales y Universidades particulares.
12. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha incluido en su objeto de control a los Textos Únicos Ordenados incluso de leyes, que son aprobadas por el Poder Ejecutivo, como una forma de controlar el exceso administrativo ejercido al momento de ordenar un conjunto normativo determinado. Lo cual consideramos correcto.

Pero también –en lo que si consideramos ser un error- ha incluido a los denominados actos administrativos generales, esto es, aquellos actos administrativos concretos dirigidos a una pluralidad indeterminada de sujetos sin tener carácter normativo, pero que se ejecutan en una situación específica, consumándose con su cumplimiento y aplicación en uno o más casos. (ej. Resolución que aprueba un Texto Único de Procedimientos Administrativos o dispone un incremento de tarifas en servicios administrativos).

13. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que no cabe demandar en este proceso:

- 13.1. Resoluciones Legislativas y Tratados Internacionales ejecutivos aunque hayan sido aprobados por Decretos Supremos ,
- 13.2. Ordenanzas Municipales o Regionales –aunque materialmente versen sobre aspectos netamente administrativos- o se denominen reglamentos.
- 13.3. Decretos Supremos que contengan declaraciones sin contenido normativo.
- 13.4. Acuerdos de Concejo que se limiten a expresar una declaración o la voluntad municipal pero sin función normativa
- 13.5. Actos administrativos particulares contenidos bajo forma de Decreto Supremo. (ej. Autorización para venta directa de bienes)
- 13.6. Actos administrativos con destinatarios plurales. (ej. Resolución sobre la situación jurídica de un grupo de personas individualizadas)
- 13.7. Actos de administración interna. (ej. Desactivación de organismos)

14. Con el propósito de caracterizar como objeto de control a las normas generales, el Poder Judicial ha considerado únicamente el criterio de Generalidad, sin considerar otros criterios aportados por la doctrina como son: la pertenencia ordenamiento jurídico (criterio ordinamental) y su no consumación con el cumplimiento por los destinatarios (criterio de consunción). Esta sesgada perspectiva ha dado lugar a la equivocación de admitir como objeto del proceso a los actos administrativos generales que no son propiamente normas.

15. Los vicios por los cuales pueden ser declaradas nulas normas reglamentarias son: los reglamentos directamente inconstitucionales o ilegales, los Reglamentos indirectamente inconstitucionales, el reglamento totalmente antijurídico, los reglamentos parcialmente antijurídicos, los reglamentos

formalmente antijurídicos o antijurídicos por la forma, y los reglamentos sustancialmente antijurídicos o antijurídicos por el fondo. Los reglamentos formalmente antijurídicos se producen cuando en su procedimiento de formación se ha incumplido con un requisito esencial previsto como tal para su generación o aprobación, cuando se ocupa sobre materia reserva de ley o cuando es expedida por un organismo parcial o totalmente incompetente.

16. Los vicios en la publicación de un reglamento afectan su eficacia, pero pueden ser conocidos en el proceso de acción popular si se trata de publicación parcial de la norma, la difusión o publicación de la norma en un medio indebido, la publicación de un texto distinto al aprobado por la autoridad. El caso de la no publicación de la norma reglamentaria aprobada corresponde ser planteada vía de amparo o en el proceso contencioso administrativo, contra el acto de aplicación que se pretenda. Consideramos que la publicación del reglamento una vez vencido el plazo previsto por la ley para hacerlo (/publicación extemporánea), no califica como un vicio que afecte la validez o eficacia de la norma, procedimiento –en su caso- la responsabilidad del autor por el incumplimiento incurrido.
17. El vicio de la omisión reglamentaria, en su modalidad absoluta (cuando el órgano de producción normativa no ha expedido la disposición reglamentaria que dispone alguna ley) como en su modalidad relativa (cuando la autoridad administrativa ha aprobado la disposición reglamentaria pero incompleta, de manera defectuosa o insuficiente sin regular en su ámbito algún extremo previsto en la norma reglamentada) corresponde ser demandados en el proceso de cumplimiento y no en la acción popular.
18. La característica fundamental que le da nombre al instituto es su legitimación abierta a cualquier ciudadano para promoverla, sin necesidad de justificar titularidad de derecho o interés alguno en obtener la declaración de ilegalidad e inconstitucionalidad de la norma reglamentaria. No ha sido obstáculo para tramitar estas demandas que sea interpuesta por ciudadanos de otra

nacionalidad, por personas jurídicas, por funcionarios públicos, por entidades pertenecientes a la administración pública, por colegios profesionales o gremios. La estadística evidencia que la acción popular es empleada preferentemente por personas naturales, seguidas de personas jurídicas privadas y luego por entidades públicas, particularmente en controversias con otros niveles de gobierno durante el proceso de descentralización.

En el caso de la Defensoría del Pueblo, quien posee legitimación expresa para plantear estos procesos, en la etapa analizada, solo ha ejercido esta atribución en escasas oportunidades.

19. La legitimidad para obrar pasiva en este proceso corresponde a la autoridad que la ha emitido. Jurisprudencialmente se ha admitido que participen como demandadas otras entidades públicas que sin ser autoras de la norma, poseen interés directo en mantener su vigencia. En el Poder Ejecutivo la representación procesal recae en la Procuraduría Pública Especializada en Asuntos Constitucionales.
20. Una particular exigencia procesal de la acción popular, es que se deba publicar el auto admisorio de la demanda para advertir a los operadores de la existencia del proceso y de cuestionamiento a su constitucionalidad. No obstante ello, por su defectuosa regulación ocasiona dilaciones procesales.
21. La medida cautelar en el proceso de acción popular posee caracteres especiales que la individualizan frente a otras medidas cautelares: i) tiene efectos generales sobre la norma impugnada; ii) la verosimilitud debe entenderse respecto de la situación de ilegalidad de la norma y no respecto a algún derecho particular del demandante; iii) la verosimilitud viene calificada por la sentencia fundada que le precede; iv) El peligro en la demora debe ser apreciado como el daño o riesgo de mantener los efectos de la norma sobre la

colectividad; y, v) la adecuación de la medida viene dada por el propio Código Procesal Constitucional que califica como adecuada a este proceso la suspensión de la norma.

22. Durante el desarrollo, la jurisprudencia ha establecido los efectos que sobre la continuidad o sustracción del proceso tienen algunas vicisitudes sufridas por las normas en conflicto con posterioridad a la demanda:

Los más importantes eventos son: i) La abrogación de la norma reglamentaria objeto del proceso; ii) La derogación de la ley que servía de parámetro de legalidad a la norma objeto del proceso; iii) El traslado del precepto objeto del proceso a otra norma reglamentaria que no es objeto del proceso; y, iv) La convalidación legislativa o validación sobreviniente de la norma reglamentaria objeto del proceso mediante la intervención de la función legislativa.

23. Cuando la norma reglamentaria objeto del proceso es abrogada durante el proceso, la posición tradicional y mayoritaria de la Corte Suprema ha sido la de declarar la sustracción de la materia concluyendo el proceso sin declaración sobre el fondo, sin desarrollar la doctrina del control abstracto de las disposiciones no vigentes que si ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional en materia de proceso de inconstitucionalidad. En contadas ocasiones la Corte Suprema ha rechazado el planteamiento de la sustracción de la materia, y ha mantenido su competencia para resolver sobre el fondo del proceso, argumentando que los efectos de la sentencia del proceso de acción popular pueden ser retroactivos y por ello no es obstáculo la derogatoria de la norma.

24. Cuando durante el proceso de acción popular es derogada la ley que servía de parámetro de legalidad, la posición tradicional ha sido la sustracción de la materia.

25. Cuando la norma reglamentaria objeto del proceso es derogada pero asumida por el reglamento que le sucede, la posición de la Corte Suprema ha sido la de mantener la competencia y pronunciarse sobre la inconstitucionalidad o ilegalidad del precepto acusado aunque al momento de resolver se encuentre dentro de otra norma reglamentaria.
26. Ha sido frecuente que durante la secuela del proceso se produzca la convalidación legislativa (validación sobreviniente) de la norma reglamentaria, por medio de leyes que asumen como propios el precepto normativo contenido originalmente en el reglamento, por medio de leyes que dan fuerza de ley al reglamento, o por medio de la modificación de la ley afectada para hacerla compatible el reglamento. En estos casos, la posición de la Corte Suprema ha sido la declarar la improcedencia de la demanda
27. La sentencia desestimatoria de un proceso de acción popular tiene como efecto impedir que los Jueces puedan dejar de aplicar esa norma en otros procesos (control por inaplicación) así como que otras autoridades administrativas puedan dejarla de aplicarla argumentando su ilegalidad. No obstante este efecto de cosa juzgada, puede ser intentada una nueva demanda de acción popular contra la norma pero basada en fundamento distinto al ya juzgado.
28. La sentencia estimativa de una demanda de acción popular produce la nulidad de la norma reglamentaria ilegal o inconstitucional. Sin embargo, el Juez no puede determinar la forma en que la administración debe redactar los preceptos que sustituirán la norma invalidada, proponer textos alternativos, ni dar una nueva redacción a la norma invalidada, etc.
29. Desde la perspectiva temporal, la Corte Suprema no ha tenido una posición uniforme sobre la vigencia de la nulidad que declara en su sentencia. En unos

casos ha considerado que la declaración por ilegalidad o inconstitucionalidad es decisión efectiva a partir de la demanda y no más atrás, reservando el efecto retroactivo para los casos de normas reglamentarias en materia sancionadora y laboral; pero en otros casos, ha considerado la nulidad retroactiva desde la fecha en que tuvo vigencia la norma anulada.

30. La configuración de la naturaleza anulatoria de la sentencia estimatoria de la demanda de acción popular trae como consecuencia lógica tener que definir dos aspectos derivados:

30.1. La situación en que queda el ordenamiento jurídico con la anulación de la norma: pudiéndose adoptar la decisión de dejar un vacío normativo, de recuperar la vigencia de la norma reglamentaria anterior y que fue derogada por el reglamento ilegal (reviviscencia normativa), o que la vigencia del reglamento que se dicte en reemplazo del anulado sea retroactivo hasta la fecha de vigencia del anulado)

30.2. La situación de los actos de aplicación o ejecución (actos administrativos), pudiéndose adoptar la tesis de tolerar su vigencia independientemente de la anulación del reglamento que le servía de cobertura, la que el juez al momento de sentenciar se pronuncie también sobre la invalidación de los actos de ejecución del reglamento, o crear a partir de la invalidación del reglamento algún mecanismo que permita revisar la conformidad legal de dichos actos de aplicación). A este respecto la Corte Suprema no ha tenido una posición uniforme, dado que ha negado pronunciamiento en algunos casos y en otros, si ha anulado los actos de aplicación concretos que se dictaron al amparo del reglamento que anula en la misma sentencia.

31. El vencimiento del plazo de prescripción de cinco años para interponer la demanda de acción popular no impide su derogación por la propia autoridad

administrativa o al legislador ni su inaplicación, en cualquier tiempo, por los jueces en cualquier proceso en curso.

32. Conforme al estudio realizado, existe una baja eficacia anulatoria de las sentencias estimativas en los procesos de acción popular. Las normas anuladas por sentencias judiciales en procesos de acción popular no aparecen reflejadas en un 65% en el Sistema Oficial del Estado (SPIJ) por lo que pese a estar declaradas como inconstitucionales o ilegales y, por ende, nulas, permanece informándose a los operadores jurídicos como si estuvieran vigentes y susceptibles de aplicarse a los casos concretos. También un 30% de las normas reglamentarias declaradas nulas fueron modificadas posteriormente a su anulación por el Poder Ejecutivo, como si se hubieran mantenido vigentes. Solo el 23% de los reglamentos anulados aparecen así informados por el Sistema oficial del Estado.
33. En una muestra de 33 (treinta y tres) sentencias fundadas de acción popular durante el periodo 2003-2010, se ha podido evidenciar que fueron publicadas en el diario oficial El Peruano con un retraso entre 03 y 21 meses de expedidas por el Poder Judicial.
34. El Tribunal Constitucional ha seguido posiciones contradictorias sobre la procedencia de demandas de amparo contra las resoluciones definitivas desestimatorias del Poder Judicial recaídas en procesos de acción popular.
35. El Tribunal Constitucional ha tenido la posición uniforme respecto a la improcedencia de recurso extraordinario contra las resoluciones definitivas del Poder Judicial desestimando demandas de acción popular.



RECOMENDACIONES

Con apoyo en el análisis y en las conclusiones de la presente tesis de investigación nos permitimos proponer las siguientes recomendaciones para el perfeccionamiento del proceso de acción popular dentro de nuestro sistema constitucional.

I. Recomendaciones para una futura revisión constitucional.-

1. Incluir la acción popular como proceso constitucional que sea conocido en primera instancia las Cortes Superiores del Poder Judicial y, en segunda y última instancia, por el Tribunal Constitucional. La competencia de las Cortes Superiores se determinará en función de la competencia nacional, regional o local de la autoridad emisora de la norma reglamentaria.
2. Precisar como propósito exclusivo del proceso de acción popular controlar la constitucionalidad y legalidad en abstracto de las normas reglamentarias emitidas por cualquier autoridad administrativa, excluyendo a los actos administrativos generales y la relevancia del atributo “generalidad” para calificar la existencia de un reglamento. Para ello, debería modificarse el artículo 200 numeral 5, retirando mención a “normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general” que han llevado a confusión a la jurisprudencia del Poder Judicial.

II. Recomendaciones para reforma el Código Procesal Constitucional.

3. Incorporar las tesis jurisprudenciales creadas por el TC en el sentido que éste puede pronunciarse sobre la ilegalidad o inconstitucionalidad del reglamento además del proceso de acción popular: cuando la norma

- reglamentaria resulte inconstitucional por conexión o consecuencia con una ley que declara inconstitucional, cuando el reglamento reproduce el contenido de una norma legal declarada inconstitucional, y cuando conoce de un proceso de amparo contra norma reglamentaria autoaplicativa. (modificación al artículo 85)
4. Reformar la competencia de las Cortes Superiores de modo tal que la instancia que conozca de las demandas de acción popular sean instancias especializadas en control constitucional (Salas Constitucionales) o en control sobre la administración (Salas Contenciosos) y no Salas Civiles o en función de la materia.
 5. Regular la posibilidad de decidir la suspensión total o parcial, con efectos generales, de la norma reglamentaria cuestionada desde la primera instancia (Corte Superior) si aprecia que hubiere apariencia o verosimilitud de inconstitucionalidad o ilegalidad. (modificación al artículo 94)
 6. Precisar que los efectos de la sentencia que declara fundada la demanda es declarar –en todos los casos- la nulidad retroactiva del reglamento desde el momento de su vigencia inicial.
 7. Regular los supuestos de sustracción de la materia por derogación de la norma reglamentaria objeto del proceso, distinguiendo los supuestos distintos:
 - 7.1. La abrogación de la norma reglamentaria objeto del proceso no debe implicar necesariamente la inhibición del Poder Judicial por sustracción de la materia controvertida, dado que la norma continua siendo aplicable a los supuestos nacidos durante su vigencia.

- 7.2. La derogación de la ley a la cual transgredía la norma reglamentaria cuestionada porque la apreciación del vicio de ilegalidad se realiza al momento de la entrada en vigencia del reglamento o no después. Si el reglamento vulnera una norma legal, la posterior derogación de esta norma superior no sana el vicio incurrido y debe ser objeto de pronunciamiento por el Poder Judicial.
- 7.3. El Poder Judicial debe analizar en el caso de la derogación de la norma cuestionada, si el precepto por ella contenida ha sido trasladado o incorporado en norma reglamentaria sustitutoria.
- 7.4. La convalidación o validación sobreviniente del reglamento objeto del proceso mediante una ley posterior debe ser analizada adicionalmente desde la perspectiva de la constitucionalidad de dicha norma legal, esto es, sino contraviene la autonomía del Poder Judicial y el avocamiento a una causa pendiente de resolución en el proceso de acción popular.
8. Las sentencias definitivas recaídas en el proceso de acción popular deben ser además de notificadas a las partes, al Ministerio de Justicia para su difusión oficial en los medios a su alcance (ej. Sistema Peruano de Informática Jurídica). También deben ser difundidas por el Poder Judicial en su página web (modificación al artículo 96)
9. Debe establecerse que las sentencias recaídas en los procesos de acción popular constituyen normas prohibitivas para que cualquier órgano del Estado, bajo responsabilidad, emita nueva norma con contenido parcial o totalmente idéntico a la derogada por mandato

judicial, en tanto no sea derogada o modificada la norma constitucional o legal infringida. En caso de transgresión a esta norma, debe permitirse la vía de la represión de actos homogéneos en el proceso de acción popular.

10. Amerita regularse la legitimidad pasiva de otras entidades estatales que sin ser autoras de la norma, poseen interés directo en mantener su vigencia así como el caso de los amicus curiae.

III. Recomendaciones para el Poder Judicial

11. Para resguardar la seguridad jurídica y promover el mejor control de la facultad reglamentaria de la Administración, resulta recomendable plantear que el Poder Judicial revise los actuales criterios con los que ha venido resolviendo procesos de acción popular y/o definir criterios en los siguientes aspectos:
 - 11.1. La preferencia dada al proceso competencial sobre el proceso de acción popular para denegar demandas cuando un organismo administrativo cuestiona la constitucionalidad o legalidad de una norma afirmando la incompetencia material de un órgano administrativo que lo dicto y la reclama como propia (ej. Gobierno Local con Gobierno Nacional).
 - 11.2. La procedencia de demandas de acción popular contra actos administrativos generales que no son reglamentos.

- 11.3. Considerar como criterios válidos para calificar si estamos frente a un reglamento objeto del proceso de acción popular, además del de su generalidad, el de su pertenencia al ordenamiento jurídico (criterio ordinamental) y el de su no consumación con el cumplimiento por los destinatarios (criterio de consunción).
- 11.4. La sustracción de la materia controvertida automáticamente a partir de la abrogación de la norma objeto del proceso, la derogación de la ley que sirve de parámetro de legalidad, y la convalidación legislativa.
- 11.5. El efecto en el tiempo de la anulación de la norma reglamentaria ilegal para unificar desde cuándo se debe entender nula la norma.
- 11.6. Los efectos reflejos de la anulación del reglamento, esto es, sus efectos respecto del ordenamiento jurídico (norma jurídica anterior derogada y la norma que reemplace a la anulada) y sobre la validez de los actos de ejecución dictados durante su vigencia.
- 11.7. Realizar un seguimiento adecuado para el cumplimiento de las sentencias estimatorias de las demandas de acción popular, para evitar que la administración condene intente desconocer la anulación, desinforme a los operadores jurídicos o difiera en el tiempo la eficacia de la sentencia.
- 11.8. Realizar un seguimiento a la publicación de las sentencias para que no sean difundidas hasta con 21 meses de retraso a la fecha de su emisión.
-



BIBLIOGRAFIA

PUBLICACIONES EXTRANJERAS

ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel; "Legislador y tutela judicial efectiva: el caso Itoiz y la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2000, de 14 de marzo", en *Revista Aranzadi Tribunal Constitucional*, diciembre de 2000, nº 17, pp. 13-30;

ALBARRACIN, Abel Ángel; *Las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo en la Argentina*. Ediciones Dike, Mendoza, Argentina. 2011.

ALONSO MÁZ, María José; *La Legitimación para impugnar disposiciones generales por vicios de procedimiento: una injustificada restricción jurisprudencial*. *Revista de Administración Pública*, Número 157, enero-abril 2002, p. 241 a 259.

BARRAZA, Javier Indalecio; "La impugnación judicial de actos de alcance general". En: *Derecho Procesal Administrativo*. Guido Santiago Tawil (Director). Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2011; p. 389 y ss.

BAENA DE ALCAZAR, Mariano; "El control jurisdiccional de los reglamentos y la jurisprudencia post constitucional". En: *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez / coord. por Lorenzo Martín-Retortillo Baquer*, Vol. 2, 1993 (La jurisdicción contencioso-administrativa), pags. 1353-1378

BERMEJO VERA, José; "La relativización del procedimiento para elaborar disposiciones de carácter general", *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, Nº 30, 1981, pags. 539-550

BLANQUER CRIADO, David Vicente; “El control de los reglamentos arbitrarios”. Civitas, Madrid, 1998.

BOQUERA OLIVER, José María; La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los reglamentos. *Revista de Administración Pública*, No. 149, mayo-agosto 1999, p. 23 a 35.

BOIX PALOP, Andrés;

- “Las leyes de convalidación en el ordenamiento constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional (Nueva Época)*, No. 73, enero-abril (2005), p. 157-186.
- "Las leyes de convalidación como ejemplo de la posibilidad de que algunas manifestaciones de la potestad legislativa engendren responsabilidad", en *Revista de Administración Pública*, nº 167, 2005.
- “Las convalidaciones legislativas”, Editorial Iustel, Madrid, 2004.

BRICEÑO LEON, Humberto; La acción de inconstitucionalidad en Venezuela. Editorial Jurídica Venezolana. Colección Estudios Jurídicos No. 47. Caracas, 1989.

CAAMAÑO, Francisco; El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias. Centro de Estudios Constitucionales, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 1994

CARMONA SANTANDER, Carlos, Tres problemas de la potestad reglamentaria: legitimidad, intensidad y control, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* (2001), p. 29 a 62.

CASSAGNE, Juan Carlos;

- “Sobre la impugnación de reglamentos y demás actos de alcance general en la LNPA y en el RNLPA”. *El Derecho*, 131-911.
- “El control jurisdiccional de la actividad reglamentaria y demás actos de alcance general”. *La ley* 2001-E-1226.
- “La potestad reglamentaria en la Constitución de 1853 y su evolución posterior tras la reforma constitucional de 1994”, En: *FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*, BOULLAUDE, G. (Director). *Estudios de Derecho Administrativo XIII*. Editorial Lexis Nexis, Argentina, 2007.

DIEZ, Horacio Pedro; *Reglamentos. Su impugnación en el procedimiento administrativo*. Abeledo Perrot. Cuadernos de la Universidad Austral, No. 02.

DE ASIS ROIG, Agustín;

- “El tiempo como factor distorsionante de los efectos de la anulación judicial de los reglamentos (en torno a las consecuencias de la anulación judicial del Decreto de 20 de diciembre de 1974)”. *Revista de Administración Pública*, No. 120, setiembre-diciembre 1989, p. 195 a 257.
- “La conservación de actos no firmes dictados en ejecución de una disposición declarada nula”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, No. 59, 1988, p. 455 y ss.

DIAZ ROMERAL GOMEZ, Alberto; “Las validaciones legislativas en Derecho francés: La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia”. *Revista de administración pública*, Nº 149, 1999, págs. 457-487

DOMENECH PASCUAL, Gabriel;

- *La invalidez de los Reglamentos*. Tirant lo Blanch, Valencia. Primera Edición, 2002. Colección Tirant Monografías No. 206.
- “La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales”. *Revista de Administración Pública*, No. 155, mayo-agosto 2001, p. 59 a 106.

- “Convalidaciones legislativas, derecho a la tutela judicial efectiva e interdicción de la arbitrariedad”, en *La Ley*, N° 4, 2000, pp. pags. 1529-1539.

ESTEVE PARDO, José; Los reglamentos de directa aplicación (Art. 39.3 LJCA) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista de Administración Pública*, No. 108, setiembre-diciembre 1985.

FERNANDEZ SALMERON, Manuel; El control jurisdiccional de los reglamentos. Procedimiento administrativo, proceso judicial y potestad reglamentaria. Editorial Atelier, 2002.

FONT I LLOVET, Tomas

“El control de la potestad reglamentaria por los órganos consultivos; legalidad y oportunidad “. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21, Numero 62, Mayo-agosto 2001, p. 57 a 75.

FUERTE, Mercedes; “Tutela cautelar e impugnación de reglamentos”. *Revista de Administración Pública*, Numero 157, Enero Abril 2002, p. 57 a 87.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. “Ley y Reglamento en España”, *Revista de Administración Pública*, número 57, septiembre-diciembre, 1.968, p. 81-140.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y VILLAR PALASI, José Luis; “La Ley y el Reglamento en el Derecho Público Occidental”, Volumen 6 de Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1.971.

GARCIA ENTERRIA, Eduardo

- “La aplicación de la apariencia de buen derecho como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos”. *Revista de Administración Pública*, Numero 125, Mayo agosto, 1991.

- “Recurso contencioso directo contra disposiciones reglamentarias y recurso previo de reposición”. Revista de Administración Pública, Número 29. Mayo - agosto. 1959
- “La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria”, Revista de Administración Pública, Número 30. Septiembre - diciembre. 1959
- “Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial”. Editorial Tecnos, 1981. Madrid, España.

GARCÍA LUENGO, Javier; “La subsanación retroactiva de reglamentos nulos mediante la elevación de rango (A propósito de la STC 273/2000, de 15 de noviembre)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2001, nº 111, pp. 439-463.

GARCIA MARTINEZ, María Asunción; “El control de constitucionalidad de la leyes. Recurso y cuestión de inconstitucionalidad”. Serie: Constitución y Derechos Humanos No. 03. Jurista Editores. Agosto, 2005, Lima- Perú.

GARCIA PULLES, Fernando; “Efectos de la Sentencia Anulatoria de un Reglamento”. *Perspectivas Procesales, Constitucionales y de Derecho Administrativo* (publicado en la Revista Jurídica La Ley, Tomo 2000-C, página 1166, 14 Junio de 2000)

GOMEZ-FERRER, R.; “Nulidad de Reglamentos y actos dictados durante su vigencia”. *Revista Española de derecho Administrativo*, No. 14, 1977, págs. 387-400.

GONZALES PEREZ, Jesús y CASSAGNE, Juan Carlos; “La Justicia Administrativa en Iberoamérica”. Lexis Nexis, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005.

GRECCO, Carlos Manuel; “Impugnación de disposiciones reglamentarias”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.

HERNANDEZ VALLE, Rubén;

- Derecho procesal constitucional. Editorial Juricentro. Primera Edición. San José, Costa Rica, 1995.
- La Tutela de los derechos fundamentales. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. 1990.

HUERTA OCHOA; Carla; “Conflictos Normativos”. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Número 142. México. 2003

INIESTA DELGADO, J.J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M; Naturaleza y efectos de las sentencias de anulación recaídas en procesos contra normas: la invalidez en el sistema normativo y su actuación jurisdiccional, Revista Española de Derecho Constitucional, número 19, mayo-agosto, 2.000, p. 159

LEGUINA VILLA, Jesús; “Legitimación, actos administrativos generales y reglamentos. El valor normativo de las disposiciones generales”. Revista de administración pública, Nº 49, 1966, págs. 193-224

MEILAN GIL, José Luis; “La distinción entre norma y acto administrativo”. Escuela nacional de Administración Pública. Madrid, 1967.

MAIRAL, Héctor A.; “Los efectos de la sentencia que acoge la impugnación de un reglamento”, Revista de Derecho Administrativo, Año 1, No. 2, Depalma, Buenos Aires, Septiembre-Diciembre 1989, p. 223.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L; “Actos Administrativos Generales y Reglamentos”, Revista de Administración Pública, número 40, enero-abril, 1.963, p. 227.

MELERO ALONSO, Eduardo; "Reglamento y disposiciones administrativas: Análisis teórico y práctico". Editorial Lex Nova. Valladolid, España. Marzo 2005.

MUÑOZ MACHADO, Santiago; Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I, Thomson, Civitas, 2004.

MUÑOZ MACHADO, Santiago; "Sobre el concepto de Reglamento Ejecutivo en Derecho Español", Revista de Administración Pública, número 77, mayo-agosto, 1.975, p. 151.

MUÑOZ, Guillermo A.; "Impugnación de reglamento". En: Fragmentos y testimonios del derecho administrativo, Ad hoc, Buenos Aires, 1999.

PULIDO QUECEDO, *Ejecución de sentencias y validaciones legislativas (el caso de la Presa Itoiz, STC 73/2000, de 14 de marzo, "Tribunal Constitucional" núm. 5, mayo 2000, pp. 9-11.*

REBOLLO PUIG, Manuel; Recursos contra reglamentos y cuestión de ilegalidad, Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo. Número Extraordinario, 1.999, pp. 23 y 24.

REJTMAN FARAH, Mario; "Impugnación judicial de la actividad administrativa", La Ley, Buenos Aires, 2000.

ROSADO IGLESIAS, Gema; "La suspensión de la Ley autonómica". UNED Revista de Derecho Político, No. 69 – 2007, p. 133 - 177

SANTOS VIJANDE; Jesús María; El recurso directo contra reglamentos. EDERSA. Madrid, 1998.

SANTIAGO (h), Alfonso; "Régimen constitucional de los reglamentos ejecutivos". En: FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, BOULLAUDE,

G. (Director). Estudios de Derecho Administrativo XIII. Editorial Lexis Nexis, Argentina, 2007.

SACHICA, Luis Carlos; “El control de constitucionalidad y sus mecanismos”. Serie Monografías Jurídicas No. 9, Editorial Temis S.A., Bogotá Colombia, 1988.

SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso; Principios de Derecho Administrativo, Volumen I, Tercera Edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.

VECINA CIFUENTES, Javier; Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional. Editorial Colex. Madrid, 1993.

ZILLER, Jacques; Le contrôle du Pouvoir Réglementaire en Europe, L'Actualité Juridique-Droit Administratif, Vol. 55, No. 9, 20 septembre, 1.999, pp. 635-644.

Publicaciones Nacionales.-

AAVV; Código Procesal Constitucional Comentado. Homenaje a Domingo García Belaunde. Segunda Edición. Editorial ADRUS. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional. Coord. Jhonny Tupayachi Sotomayor. Arequipa, 2011.

ABAD YUPANQUI, Samuel;

- Derecho procesal constitucional. : Antecedentes, desarrollo y desafíos en el Perú. -- Lima: Gaceta Jurídica, 2004. 269 p.
- Las garantías constitucionales en la Carta Peruana de 1993. En Garantías Constitucionales. Legislación Vigente. Comisión Andina de Juristas. Lima, mayo de 1996.

- La jurisdicción constitucional en la Carta Peruana de 1993: Antecedentes, Balance y Perspectivas. En: Una Mirada a los Tribunales Constitucionales. Las experiencias recientes. Serie Lecturas Constitucionales Andinas No. 04. Comisión Andina de Juristas. 1995, p. 191 y ss.
- “Código Procesal Constitucional. Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico”. 3ra. Ed. Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú y Jusper, 532 pp.

ABANTO TORRES, JAIME DAVID;

- La Acción Popular en el Código Procesal Constitucional. Luces y sombras de la centena de la Justicia Constitucional Peruana. Julio de 2004. <http://blog.pucp.edu.pe/item/16136/la-accion-popular-en-el-codigo-procesal-constitucional>
- “La Acción Popular: un Instrumento del Control Constitucional”. Tesis para optar el Grado de Bachiller por la Universidad de Lima (1991).

ALARCÓN QUINTANA, Luis:

Origen y proceso de la Constitución de 1933. Los debates de la constituyente. Lima: Editorial Científica, 1978.

ALZAMORA VALDEZ, Mario:

“La Constitución de 1933 a los treinta años de su promulgación”, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Año XXVII, Nº 1, Lima, 1963, pp. 213-215.

ÁLVAREZ SIMONETTI, MANUEL;

- “Debate en torno a la Acción Popular”, publicada en la Revista Derecho, No. 32, PUC, 1974.
- “El petitorio de Inconstitucionalidad por acción popular” Tesis para optar el Grado Académico de Bachiller por la PUC (1974).

BELAUNDE, Víctor Andrés:

El Debate Constitucional. Discursos en la Asamblea 1931-1932. Lima: P. L. Villanueva, 1966.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique y RUBIO CORREA, Marcial

Constitución, Fuentes e Interpretación. Mesa Redonda Editores. Lima, marzo 1988.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique y RUBIO CORREA, Marcial;

Constitución; Fuentes e Interpretación. Teoría y documentación del Proceso Constitucional y la Constitución de 1979. Mesa Redonda Editores, Lima, 1988

BERNALES, Enrique;

La Constitución de 1933. Análisis comparado. ICS Editores. Segunda edición. Octubre, 1996.

BLUME FORTINI, Ernesto;

- El proceso de inconstitucionalidad en el Perú. Editorial: Adrus S.R.L. Arequipa, 2009. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional No. 41. Primera Edición.
- El control de la constitucionalidad (con especial referencia a Colombia y al Perú). Editores Reunidos S.A. ERSA Colección Jurídica, Octubre 1996. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional No. 13.
- Comentarios a los artículos 90 a 97 del Código Procesal Constitucional, en el colectivo CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMENTADO. Homenaje a Domingo García Belaúnde, (Johnny Tupayachi S. Coordinador). Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional No. 35, Editorial ADRUS, Arequipa, Perú, 2008. Primera Edición

BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto; Garantías Constitucionales y administración pública. Socialismo y participación. Setiembre, 1978. No. 04. Serie Cuadernos, p. 25 a 35.

BUSTAMANTE CISNEROS, Ricardo; "Habeas Corpus y Acción Popular". Memoria en la Apertura del año judicial de 1961. Publicaciones del Departamento de Extensión Cultural del Instituto Moderno. Trujillo Perú, 1961,

CASTAÑEDA OTSU; Susana Ynes; "El Proceso De Acción Popular: Un Análisis Preliminar". En CASTAÑEDA OTSU, Susana (Coordinadora). *Introducción a los procesos constitucionales*. Lima: Jurista Editores, 2005, pp. 153-188. También publicado en EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde. Lima, Editorial Jurídica Grijley, Volumen II, p. 1001-1023 pp.

CARPIO MARCOS, Edgar; "Normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad (el caso peruano)". En: Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Vega Gómez, Juan - Corzo Sosa, Édgar (Coordinadores), UNAM, México, 2002.

COMISION ANDINA DE JURISTAS, "Análisis del proyecto de Constitución". En: Del Golpe de Estado a la Nueva Constitución. Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 9. Lima, 1993.

CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1931:

Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1931. Lima: Publicación oficial, 1931-33, (11 tomos).

DANOS ORDOÑEZ Jorge y Souza Calle, Martha: "Control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general", en el libro dirigido por Francisco Eguiguren," La Constitución de 1979 y sus problemas de

aplicación”, Lima: Cultural Cuzco, 1987. Los dos primeros Capítulos de este artículo fueron publicados luego en Lecturas sobre Temas Constitucionales, Comisión Andina de Juristas, Lima 1988, p. 45.

DANOS ORDÓÑEZ, JORGE;

- “La Garantía Constitucional de la Acción Popular”, publicada en la Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 4, Comisión Andina de Juristas, 1990, 151 y ss.
- “El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano”. Memorias del VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo y VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Universidad Externado de Colombia, 2007; p. 207-287.

DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO; “La nulidad de los Decretos Supremos” publicada en el colectivo Sobre la Jurisdicción Constitucional publicado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco; Los retos de una democracia insuficiente. Comisión Andina de Juristas y Fundación Naumann. Lima 1990. Primera Edición.

ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy; Código Procesal Constitucional, Proceso contencioso administrativo y derechos del administrado. Palestra, Lima, 2004.

ETO CRUZ, Gerardo; “El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”. Serie: Teoría Procesal Constitucional. Centro de Estudios Constitucional. Lima, 2008.

FERRERO REBAGLIATI, Raúl; “Garantías Constitucionales”. En: DERECHO, No. 27. Lima, 1969, PUCP, p. 35 -41

GARCIA BELAUNDE, Domingo

- “Garantías Constitucionales en la Constitución Peruana de 1993”. En La Constitución de 1993, análisis y comentarios. Serie: Lecturas sobre temas constitucionales. Lima, Comisión Andina de Juristas, No. 10, p. 261.
- “La Jurisdicción Constitucional en el Perú”. Publicado en la Revista de la Universidad Católica, Nueva serie, Lima No. 3, mayo de 1978. Incorporado en el libro Teoría y Práctica de la Constitución Peruana Tomo I, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Lima 1989, p. 88.
- “La acción de inconstitucionalidad en el derecho comparado”. Publicado en Lecturas Constitucionales Andinas No. 01, Comisión Andina de Juristas. 1991. Lima, Perú. Primera Edición.
- “El control de la constitucionalidad de las leyes es Iberoamérica (con especial referencia a México, Colombia, Venezuela, Argentina y el Perú”. En: La Constitución y su dinámica. Palestra Editores, Lima – 2006. p. 21 y ss.

GARCIA BELAUNDE, Domingo y TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coordinadores); Propuestas de Reforma al Código Procesal Constitucional. Comisión de Estudio y Análisis del Código Procesal Constitucional. Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional No. 43. Editorial ADRUS, Setiembre 2011.

GARCIA TOMA, Víctor; La acción popular, En: Revista Gaceta Jurídica: Legislación, doctrina y jurisprudencia, No. 11, Gaceta Jurídica, Lima, noviembre de 1994; p. 81 A – 89A.

GARCIA RADA, Domingo; El Poder Judicial en el siglo XX. En: Visión del Perú en el siglo XX, Director: José Pareja Paz Soldán. Ediciones Librería Studium, 1962, Lima.

GIRIBALDI PAJUELO, Giancarlo; "El proceso de acción popular y su incidencia en materia tributaria". RAE Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia No. 6, Diciembre 2008, p. 275 a 287. Ediciones Caballero Bustamante. También publicado en: Gaceta Constitucional No. 36, Diciembre, 2010, p. 315-325.

GRANDEZ CARRASCO, David Ángel

- ¿Procede una acción popular en contra de un comunicado? Revista Actualidad Jurídica, No. 222, Mayo 2012, p. 286. Editorial Gaceta Jurídica.
- Proceso de acción popular en materia laboral: el caso de las horas de vuelo de los pilotos. Revista Gaceta Constitucional No. 53, Mayo, 2012, p. 244-252

HAKANSSON NIETO; Carlos; Comentarios a los artículos 86 a 89 del Código Procesal Constitucional, en el colectivo CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMENTADO. Homenaje a Domingo García Belaúnde, (Johnny Tupayachi S. Coordinador). Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional No. 35, Editorial ADRUS, Arequipa, Perú, 2008. Primera Edición.

HUERTA GUERRERO, Luís Alberto;

- Comentarios al artículo 200 numeral 5 de la Constitución Política del Estado. En LA CONSTITUCION COMENTADA. Análisis artículo por artículo. Tomo II, Gaceta Jurídica, 2005. p. 1096 y ss

- “El proceso de acción popular. En la defensa jurídica del Poder Ejecutivo. Jurídica” (Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano) 8.MAY.2012, p. 7.
- “Acción popular y medida cautelar en la práctica procesal. Jurídica” (Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano) 29. MAY.2012, p. 8.
- “Acción popular y litispendencia. Acciones frente a prácticas temerarias”. Jurídica (Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano) 26.JUN.2012, p. 2.
- “La acción popular en las demandas contra disposiciones de alcance nacional”. Jurídica (Suplemento de análisis legal del diario oficial El Peruano) 7.AG.2012., p. 7.
- “Proceso de acción popular y embarcaciones pesqueras”. En Revista Gaceta Constitucional, Tomo 57, Setiembre 2012, p. 17 a 25. Editorial Gaceta Jurídica
- “Proceso de acción popular y acceso a cargos públicos de dirección de hospitales del sector salud”. En Revista Gaceta Constitucional No. 50, Febrero 2012, p. 45-52. Editorial Gaceta Jurídica.
- “Proceso de acción popular y visita familiar entre internos de establecimientos penitenciarios”. En Revista Gaceta Constitucional No. 51, Marzo 2012, p. 70-78.
- “Proceso de acción popular y tercerización laboral”. En Revista Gaceta Constitucional No. 52, Abril, 2012, p. 113-123.

LANDA ARROYO, Cesar;

- “Tribunal Constitucional y Estado Democrático”. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 1999.
- “Teoría del Derecho Procesal Constitucional”, Palestra Editores, Lima 2004.
- Los Procesos Constitucionales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Palestra Editores, Abril 2010. Lima.

MESÍA R., CARLOS.

Exégesis del Código Procesal Constitucional. Lima. Gaceta Jurídica. 2004.

MESINAS MONTERO; Federico G. (Director); GACETA JURIDICA, Guía Rápida No. 06, Procesos de Acción Popular y Competencial. Primera Edición, Diciembre 2008.

MORON URBINA, Juan Carlos; “Aportes para el estudio del nuevo régimen de la acción popular en el Código Procesal Constitucional”. En EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO. Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde. Lima, Editorial Jurídica Grijley, Volumen II, p. 1091-1106

MUÑOZ, Luis; “La Constitución Política del Perú, comentada”. Ediciones Juris, Lima, 1956.

OLIVERA TORRES, Helmut Andrés; “Apuntes sobre la revisión de las resoluciones firmes recaídas en los procesos de acción popular a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. Revista Gaceta Constitucional, No. 58, Octubre 2012, p. 22-29.

ORTECHO VILLENNA, VÍCTOR JULIO,

- “Jurisdicción y procesos constitucionales: Habeas corpus y amparo- Habeas data- Acción popular- Acción de cumplimiento- Inconstitucionalidad”. 7 ed., Lima: Rodhas, 2002.
- “El Proceso Constitucional de Acción Popular”; En “Derecho Procesal Constitucional”, Tomo I, (Colectivo, Coordinado por CASTAÑEDA OTSU; Susana Ynes), Jurista Editores, Lima 2004, p. 421.

PARODI REMON, Carlos; “La defensa de la legalidad en la Constitución Política del Perú de 1979”, en Estudios en Homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas, Tomo I, Derecho Constitucional; Primera edición: 1988, Universidad Nacional Autónoma de México INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS; p. 563-583.

PALOMINO MANCHEGO, José F.; Comentarios a los artículos 80 y 82 del Código Procesal Constitucional, en el colectivo CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMENTADO. Homenaje a Domingo García Belaúnde, (Johnny Tupayachi S. Coordinador). Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional No. 35, Editorial ADRUS, Arequipa, Perú, 2008. Primera Edición

PAREJA PAZ SOLDAN, José;

- Comentarios a la Constitución Nacional. Tesis para optar el grado de Doctor en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica del Perú. Lima, 1939.
- Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979. Tercera Edición, Apreciación y Comentarios. Ediciones Justo Valenzuela V. EIRL. Lima, 1984.

PAREJA PFLUCKER; Piedad: Atribuciones Constitucionales del Presidente de la Republica. Ediciones Rikchay Perú No. 21, Primera Edición, noviembre 1987.

PASCO COSMÓPOLIS; MARIO;

- “La ley reguladora del ejercicio de la acción popular”. En Revista del Foro, Colegio de Abogados de Lima, Lima, enero-junio 1982.
- “La ley Procesal de la Acción Popular”. En: Legislación sobre Garantías Constitucionales, Edición Oficial, Ministerio de Justicia, 1989.

PRETELL GARCIA, Pilar Geraldine; “Lo resuelto en el proceso de acción piular ¿puede ser objeto de controversia en el proceso de amparo? En Revista Dialogo con la Jurisprudencia No. 170, Noviembre 2012, Año 18, p. 199-201.

QUIROGA LEON, Aníbal; “Derecho procesal constitucional y el Código Procesal Constitucional. Estudios”, CEDEPRO: Ara Editores, 2005.

QUISPE CORREA, Alfredo;

- “Los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular en el nuevo Código Procesal Constitucional”. En: Revista Actualidad Jurídica, No. 133. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2004, p. 41-45.
- “Las Garantías Constitucionales”. Grafica Horizonte, Febrero de 2003. Lima.

RUBIO CORREA, Marcial;

- Estudio de la Constitución Política de 1993. Lima: PUCP. Fondo Editorial, 1999.

- Estudio de la Constitución Política de 1993, Tomo VI, Tesis para Optar el grado de Doctor en Derecho presenta a la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Marzo de 1997,
- Constitución: ¿Qué ponerle y qué quitarle? Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo. 1992. Lima. 1992.

RUIZ ELDREDGE, Alberto; La Constitución Comentada, 1979. Editora Atlántida, 1980.

SALINAS CRUZ, Sofía Liliana;

- “Acción popular y supuestos para terminar la contratación administrativa de servicios”. En “Gaceta Constitucional”, Tomo 57, Setiembre 2012, p. 26-33. Editorial Gaceta Jurídica.
- “Aspectos procesales del proceso de acción popular”. En Revista Actualidad Jurídica No. 173, Abril, Año 2008; págs. 162-165. Editorial Gaceta Jurídica.
- “En el proceso de acción popular no se analiza la conveniencia de una norma reglamentaria”. En Revista Actualidad Jurídica No. 225, Agosto, 2012, p. 187. Editorial Gaceta Jurídica.
- “Proceso de acción popular y la obligación de las empresas de juegos de casinos y tragamonedas de implementar el sistema de control a tiempo real”. En Revista Gaceta Constitucional No. 56, Agosto, 2012, p. 74-87. Editorial Gaceta Jurídica.
- ¿Por qué y en qué casos acudir al proceso de acción popular? En Revista Gaceta Constitucional No. 58, Octubre 2012, p. 15-21. Editorial Gaceta Jurídica.

TITO PUCA, Yolanda Soledad;

- “El proceso constitucional de acción popular. Anotaciones conceptuales y pautas para iniciar una demanda: análisis y crítica”. Gaceta Constitucional, Tomo 27, Marzo 2010. - 381-390
- No procede interponer amparo contra resolución que rechaza demanda de acción popular. La acción popular por fin en debate: el amparo contra acción popular. En Revista Dialogo con la Jurisprudencia No. 170, Noviembre 2012, Año 18, p. 232
- “El proceso constitucional de acción popular. Anotaciones conceptuales y pautas para incoar una demanda”. En Revista Gaceta Constitucional, No. 13. Enero 2009, p. 146-157. Editorial Gaceta Jurídica.
- “El proceso de acción popular. Análisis a propósito de una sentencia (por fin) fundada”. En Revista Gaceta Constitucional No. 30, Junio, Año 2010, p. 103 a 111.
- “Problemática en torno a la acción popular y propuesta para que no sea de competencia exclusiva del Poder Judicial”. En Revista Gaceta Constitucional No. 58, Octubre 2012, p. 30-36. Editorial Gaceta Jurídica.
- “La acción popular por fin en debate: el amparo contra acción popular”. En Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Vol. 18, No. 170, Noviembre 2012, p. 239. Editorial Gaceta Jurídica.
