



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Centro de Estudios Constitucionales

**TREINTA AÑOS
DE JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL
EN EL PERÚ**

Tomo I

Gerardo Eto Cruz
Coordinador

Lima, 2014



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Centro de Estudios Constitucionales

TREINTA AÑOS DE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ

Tomo I

Coordinador:
Gerardo Eto Cruz



CENTRO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

Lima, 2014

Treinta Años de Jurisdicción Constitucional en el Perú - Tomo I

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú:
ISBN:

© Copyright:

Gerardo ETO CRUZ
Samuel ABAD YUPANQUI
Hermógenes ACOSTA DE LOS SANTOS
Marcela I. BASTERRA
Ricardo BEAUMONT CALLIGOS
Ernesto BLUME FORTINI
Joaquín BRAGE CAMAZANO
Allan R. BREWER-CARIAS
Fernando José CAFFERATA
Fernando CALLE HAYEN
Miguel CARBONELL
Walter F. CARNOTA
María Cristina CHEN STANZIOLA
Juan COLOMBO CABELL
Giancarlo CRESCI VASALLO
Oscar DÍAZ MUÑOZ
Francisco FERNÁNDEZ SEGADO
Domingo GARCÍA BELAUDE

Sergio GARCÍA RAMÍREZ
Jairo Enrique HERRERA PÉREZ
Nadia Paola IRIARTE PAMO
Felipe Johan LEÓN FLORIÁN
Berly Javier Fernando LÓPEZ FLORES
Julieta MORALES SÁNCHEZ
Pablo Luis MANILI
Rubén MARTÍNEZ DALMAU
Victorhugo MONTROYA CHÁVEZ
Hernán Alejandro OLANO GARCÍA
Victor Julio ORTECHO VILLENA
Flavio Adolfo REATEGUI APAZA
Jose Miguel ROJAS BERNAL
Giancarlo ROLLA
Marcial RUBIO CORREA
Daniel A. SABSAY
Omar SAR SUÁREZ
Vanessa TASSARA ZEVALLOS
Rubén HERNÁNDEZ VALLE

© Copyright 2014: Tribunal Constitucional del Perú
Centro de Estudios Constitucionales
Los Cedros N° 209 – San Isidro

Impreso en el Perú
Primera Edición, junio 2014
Tiraje: 1,000 unidades.

Q & P Impresores S.R.L.
Av. Ignacio Merino 1546 - Lince
Telf. 470-1788 - 266-0754
qypimpresores2005@yahoo.com

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Presidente

Óscar Urviola Hani

Vicepresidente

Manuel Miranda Canales

Magistrados

Ernesto Blume Fortini

Marianella Ledesma Narváez

Carlos Ramos Núñez

José Luis Sardón de Taboada

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

Secretario General

Óscar Zapata Alcázar

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Carlos Ramos Núñez

Director General

ÍNDICE

TOMO I

Estudio Preliminar CONTRIBUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA EN EL PERÚ: UNA MIRADA PANORÁMICA A 30 AÑOS DE SU EXISTENCIA Gerardo Eto Cruz	9
PARTE I DOGMÁTICA PROCESAL CONSTITUCIONAL.....	125
EL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL ¿Un desarrollo legal o una creación jurisprudencial del Tribunal Constitucional? Samuel B. Abad Yupanqui	127
EL PROCESO DE AMPARO EN EL NUEVO MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DOMINICANO Hermógenes Acosta de los Santos.....	145
ALGUNOS RETOS TEMÁTICOS PARA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA Victor Bazán.....	195
BALANCE DEL FENECIDO TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES (con énfasis en el control concentrado de la constitucionalidad) Ernesto Blume Fortini.....	241
EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA, CON PARTICULAR REFERENCIA AL PENSAMIENTO DE PETER HÄBERLE Y KONRAD HESSE* Joaquín Brage Camazano.....	285

COMENTARIO SOBRE LA EXTRAÑA “ACCIÓN INNOMINADA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD” EJERCIDA CONTRA LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA Allan R. Brewer-Carías.....	329
INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Fernando José Cafferata	359
EN DEFENSA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Fernando Calle Hayen.....	417
PERFILES DEL MAGISTRADO CONSTITUCIONAL PERUANO EN EL CONTEXTO NACIONAL Y COMPARATIVO Walter F. Carnota	423
RETOS QUE PLANTEA LA GLOBALIZACION A LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Juan Colombo Campbell.....	447
CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA Y DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Giancarlo E. Cresci Vassallo.....	465

TOMO II

EL INCUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS EXHORTATIVAS VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO UNA MODALIDAD DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN DE CONFIGURACIÓN JURISPRUDENCIAL Gerardo Eto Cruz	513
LA BÚSQUEDA DE UNA NUEVA TIPOLOGÍA EXPLICATIVA DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL Francisco Fernández Segado.....	527
¿QUÉ ES UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PARA QUÉ SIRVE? Domingo García Belaunde.....	613
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: CONSTRUCCIONES Y DILEMAS Sergio García Ramírez - Julieta Morales Sánchez	621

APUNTES SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA Rubén Hernández Valle.....	639
EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE “AMPARO CONTRA HÁBEAS CORPUS” EN EL PERÚ Berly Javier Fernando López Flores	657
LA NECESIDAD DE REFORMAR EL AMPARO EN ARGENTINA Y LAS LECCIONES DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO Pablo Luis Manili.....	687
LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Victorhugo Montoya Chávez.....	721
EL CIRCUITO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ (RELACIONES COMPLEMENTARIAS ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PODER JUDICIAL) Francisco Morales Saravia.....	755
LA ACCIÓN DE HÁBEAS CORPUS EN EL PERÚ Victor Julio Ortecho Villena	771
ENTRE LA LEGALIDAD Y LA CONSTITUCIONALIDAD: EL IMPACTO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES SOBRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Jose Miguel Rojas Bernal	793
EL LUGAR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LA SOCIEDAD POLÍTICA PERUANA Marcial Antonio Rubio Correa	829
LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL PERÚ Omar Sar Suárez.....	845
EL “AMPARO COLECTIVO” DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL EXPANSIVA Daniel A. Sabsay.....	871
EL HÁBEAS CORPUS CONTRA RESOLUCIONES JUDICIALES EN EL PERÚ Camilo Suárez López de Castilla	897
LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DEL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL Algunos casos paradigmáticos en la jurisprudencia constitucional Vanessa Tassara Zevallos	923

PARTE II	
DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES..	957
EL DERECHO AL AMBIENTE SANO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.	
EL AMPARO AMBIENTAL	
Marcela I. Basterra	959
EL DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	
Ricardo Beaumont Callirgos	991
EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN AMÉRICA LATINA	
Miguel Carbonell.....	1015
EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL USO DE SERVICIOS DE REDES SOCIALES	
María Cristina Chen Stanzola.....	1043
EL DERECHO HUMANO AL AGUA POTABLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
Óscar Díaz Muñoz	1079
LA REVOLUCION DE LOS DERECHOS HUMANOS	
Iván Escobar Fornos	1091
TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y LA SOSTENIBILIDAD FISCAL DE LOS ESTADOS	
Jairo Enrique Herrera Pérez.....	1123
PUEBLOS INDÍGENAS: TIERRA, TERRITORIO Y RECURSOS NATURALES. EL DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNAL	
Nadia Paola Iriarte Pamo	1149
POLÍTICAS PÚBLICAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES. EL CASO DEL ASEGURAMIENTO UNIVERSAL EN SALUD Y SU EXAMEN POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
Felipe Johan León Florián.....	1189
LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN Y DERECHO DE PETICIÓN EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO	
Hernán Alejandro Olano García.....	1207
EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y LOS SUPUESTOS QUE EXIGEN AL ESTADO OBTENER EL CONSENTIMIENTO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS	
Flavio Adolfo Reátegui Apaza.....	1255

Estudio Preliminar

CONTRIBUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL AL FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA EN EL PERÚ: UNA MIRADA PANORÁMICA A 30 AÑOS DE SU EXISTENCIA

Por: Gerardo Eto Cruz

SUMARIO

PRIMERA PARTE

Un enfoque por partida doble en torno a la consolidación de la democracia: la ciencia política y el derecho constitucional. Precisiones epistémicas.

1. Precisiones epistémicas sobre la ciencia política y el derecho constitucional en torno a la consolidación de la democracia
 - 1.1. El concepto “fortalecimiento del Estado de Derecho” que equivale al concepto politológico de “consolidación democrática” es un concepto multidimensional y controvertido
 - 1.2. El diagnóstico de los politólogos: el rol cuasi irrelevante de los Tribunales Constitucionales en el fortalecimiento de la democracia en América Latina
2. ¿Cómo se fortalece un Estado Constitucional de Derecho?
 - A) Un primer tema es la Constitución como juridificación de la democracia
 - B) Obligación de garantías mínimas a los ciudadanos
 - C) Gobierno democrático
 - D) Los fundamentos de la democracia
 - E) Respeto a las minorías y voluntad política
 - F) Vinculación con la economía
 - G) Conducción sobre la base del principio mayoritario
 - H) Utilización de modalidades de democracia para fundamentar la validez de organizaciones totalitarias
 - I) Consideración de su noción entre las tesis extrema de la democracia y del constitucionalismo
3. Presencia de un control constitucional: presupuestos

SEGUNDA PARTE

Marco introductorio: la génesis de los Tribunales Constitucionales

1. Los orígenes
2. El actual panorama de la jurisdicción constitucional en América Latina
 - A) La presencia de Tribunales Constitucionales *strictu sensu* (fuera del Poder Judicial)
 - B) Presencia de Tribunales Constitucionales situados dentro del Poder Judicial
 - C) Presencia de Salas Constitucionales pertenecientes a las Cortes Supremas

TERCERA PARTE

1. Evolución de la jurisdicción constitucional en el Perú
2. La justicia constitucional en el Perú, a partir del diseño normativo de los procesos constitucionales
 - 2.1. Procesos de control orgánico
 - 2.2. Procesos de tutela de derechos

CUARTA PARTE

Rol del Tribunal Constitucional en el desarrollo material de la Constitución

1. Determinación del contenido de los derechos fundamentales
2. Derechos civiles y políticos
 - 2.1. Prohibición de discriminación
 - 2.2. Derechos de libertad protegidos por el hábeas corpus
 - 2.2.1. Dimensiones de la libertad personal
 - 2.2.2. Desaparición forzada
 - 2.2.3. Detención preliminar
 - 2.2.4. Arresto domiciliario
 - 2.2.5. Cadena perpetua
 - 2.2.6. Derecho a la visita íntima
 - 2.2.7. El indulto y la gracia presidencial
 - 2.3. Derechos de los niños y adolescentes
 - 2.4. Derecho a la identidad personal
 - 2.5. Tutela del derecho al honor y a la buena reputación a través del amparo
3. Derechos económicos, sociales y culturales
 - 3.1. Posición del Tribunal Constitucional frente a los derechos sociales
 - 3.2. Derecho a la salud
 - 3.3. Tutela constitucional de derechos económicos
 - 3.3.1. Derecho a la libertad de contratación
 - 3.3.2. Derecho a la libertad de empresa
 - 3.3.3. Derecho a la libertad de comercio
 - 3.3.4. Derecho a la libertad de trabajo
 - 3.3.5. Derecho a la protección del interés de los consumidores y usuarios
4. Derechos culturales
 - 4.1. Identidad cultural y étnica
 - 4.2. Derecho al territorio

- 4.3. Derecho a la libre determinación
- 4.4. Derecho a la consulta previa
- 4.5. Derecho al medio ambiente
- 5. Derechos creados jurisprudencialmente por el TC
 - 5.1. Derecho a la verdad
 - 5.2. Derecho al agua potable
 - 5.3. Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad
 - 5.4. Derecho a la eficacia de las leyes y los actos administrativos
 - 5.5. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica
 - 5.6. Derecho al reconocimiento y tutela de las personas jurídicas
 - 5.7. Derecho de los consumidores y usuarios
 - 5.8. Derecho a la objeción de conciencia
- 6. Derechos procesales implícitos

QUINTA PARTE

Rol del Tribunal Constitucional en el desarrollo procesal de la Constitución

- 5.1. El debido proceso
 - 5.1.1. Debido proceso formal
 - 5.1.2. Debido proceso sustantivo o material
- 5.2. Tutela procesal efectiva
- 5.3. Una visión sintética de la jurisdicción constitucional de la libertad
 - 5.3.1. Hábeas corpus
 - a) Noción
 - b) Procedencia
 - c) El RAC en el hábeas corpus: su actual dinámica procesal
 - d) Una nueva vertiente de la suplencia de la queja: la conversión procesal
 - e) Las modalidades del hábeas corpus
 - 5.3.2. Amparo
 - a) Noción
 - b) Finalidad
 - c) Naturaleza jurídica
 - d) La problemática del amparo contra amparo
 - e) Las nuevas tendencias: el amparo contra resoluciones judiciales provenientes de otros procesos constitucionales (hábeas corpus, hábeas data, cumplimiento, acción popular y proceso de inconstitucionalidad)
 - 5.3.3. Hábeas data
 - a) Noción
 - b) Ámbito de protección del hábeas data
 - c) Modalidades de hábeas data
 - 5.3.4. Acción de cumplimiento
 - a) Noción
 - b) Finalidad y objeto
 - c) El derecho a la efectividad de las disposiciones legales y actos administrativos

- 5.4. Una visión sintética de la jurisdicción constitucional orgánica
 - 5.4.1. Proceso de inconstitucionalidad
 - a) Definición
 - b) Finalidad
 - c) Dimensiones
 - d) Efectos vinculantes de la sentencia de inconstitucionalidad
 - 5.4.2. Proceso de acción popular
 - 5.4.3. Proceso competencial

SEXTA PARTE

Epílogo: Documento conceptual de la Tercera Conferencia Mundial de Justicia Constitucional (Corea)

PRIMERA PARTE

Un enfoque por partida doble en torno a la consolidación de la democracia: la ciencia política y el derecho constitucional. Precisiones epistémicas

1. Exordio

Si quisiéramos desentrañar a través de una suerte de arqueología jurídica, cómo se han desarrollado las civilizaciones antiguas y hacer un parangón con las actuales, llámese sociedades contemporáneas, de post-modernidad, de la era digital, etc., se puede afirmar asertórica y axiomáticamente que tanto las antiguas como las modernas han necesitado de determinados jueces o tribunales que resuelvan los conflictos entre particulares. Ello se aprecia en viejos documentos como los antiguos códigos, que establecían determinadas reglas a las que el heresiarca intérprete debía imponerlas.

No cabe duda que todo régimen político, democrático o no, inexorablemente necesita, para gobernar, de un poder hoy llamado “judicial” que permita, desde las esferas del poder, que la maquinaria estatal fluya en el devenir cotidiano.

Anota Peter H. Schuck que “el poder judicial es un elemento esencial para la democracia. De hecho, cada democracia en el mundo ha establecido tribunales con una amplia jurisdicción sobre asuntos relevantes”¹. Luego afirma que “sin tribunales no hay gobierno y, ciertamente, no hay democracia”². Esta última afirmación, sin ser falsa, no es del todo cierta. Basta con apreciar que los sistemas políticos Latinoamericanos del siglo XX han estado poblados de gobiernos de facto, pese a lo cual el Poder Judicial no desapareció. Y es que, efectivamente, “sin tribunales –poder judicial– no hay gobierno”. La historia contemporánea puede dar fe que gobiernos totalitarios como

1 SCHUCK, Peter H.: “El Poder Judicial en una democracia”, en *Los límites de la democracia*, SELA 2004, Buenos Aires, 2005, p. 327 y ss.

2 SCHUCK, Peter H.: op. cit.

los de la Alemania nazi³, China comunista de Mao o la antigua URSS, contaban con un poder judicial, pues aunque poseían el poder absoluto, siempre necesitaban a los jueces para resolver los problemas cotidianos de las partes en conflicto. De allí que no es cierto que “sin tribunales (...) no hay gobierno”, como asevera el citado politólogo norteamericano.

A lo largo ya de nuestra casi bicentenaria existencia republicana, el Poder Judicial efectivamente ha ejercido un poder jurisdiccional para resolver los litigios de los particulares; pero ha sido poca su contribución en el fortalecimiento de la democracia en el Perú. Esta aseveración puede ser temeraria o irresponsable, dado que, en la técnica del golpe de Estado, los miembros del Poder Judicial son copados por el régimen de turno. Tampoco se puede desconocer episodios de valentías de miembros de este órgano jurisdiccional, que no se sometieron ni humillaron la autonomía del órgano jurisdiccional. Mas, son episodios excepcionales, pues en gobiernos de dictaduras siempre habrá un Poder Judicial; sus miembros no tienen por qué cargar con el estigma *de facto* del régimen. La andadura gubernamental debe seguir, y la impartición de justicia, desde luego, no se puede detener.

En un gobierno de facto puede liquidarse el Congreso, el Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Magistratura y otros órganos como la Defensoría del Pueblo, pero nunca, en absoluto, puede dejar de funcionar y existir un órgano jurisdiccional. En un régimen, por más autoritario o intemperante que sea, no debe cundir la anarquía: es más bien un nuevo orden irrito, *de facto*, inconstitucional o como quiera llamarse, pero es un orden que se impone.

Si el Poder Judicial es un órgano del Estado, no siempre, como se podrá apreciar, puede contribuir a través de sus fallos a fortalecer un país democrático. Ello sólo ocurre cuando se vive en democracia. En una dictadura el Judicial no tiene eco. Sí tiene, por el contrario, en un régimen de facto, el deber de contribuir a desencadenar una transición política, si sus actores asumen, a partir de un prestigio social de autonomía, la posibilidad de enfrentarse al Ejecutivo. El Judicial puede, en una dictadura, afirmar a través de sus fallos un magisterio heroico de valentía y retos; y puede en un gobierno de facto ostentar un grado de legitimidad expresado en el binomio *dominación* (Poder Ejecutivo de facto) y *legitimidad* (Poder Judicial independiente). No obstante, la experiencia no ha sido así, en los hechos ocurre un reciclaje y el Judicial se subsume en el complejo aparato estatal que impone las normas que el gobierno de facto dicta.

* * *

3 MÜLLER, Ingo: *Los juristas del horror*, traducción del alemán por Carlos Armando Figueredo, Editorial Librería Jurídica, Bogotá, 2009; vid. especialmente, pp. 45, 71, 101, 191 y ss.; SHIRER, William L.: *Auge y caída del Tercer Reich*, traducción de Jesús López Pacheco y Mariano Orta Manzano, Vol I, Planeta, Buenos Aires, pp. 381 y ss.

Si en un Poder Judicial ocurre esto, en tribunales constitucionales la cosa de hecho es distinta, en la medida que los temas de su competencia, jurisdiccionalmente involucran los problemas de la urgencia real de las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos, así como del control del poder a través de procesos constitucionales *sui géneris* como veremos a lo largo de esta presentación.

De allí que resulta legítimo mirar, en lontananza del tiempo, estos treinta años de jurisdicción constitucional desde el “viejo” Tribunal de Garantías Constitucionales, que entrara en vigencia con la LOTGC, Ley N.º 23385, y la Ley N.º 23506 en 1983, hasta el actual Tribunal Constitucional (2012).

2. La ciencia política y el derecho constitucional en torno a la consolidación de la democracia

2.1. Hablar de “contribuciones”, “aportes” o “fortalecimiento” del Estado de Derecho, de la consolidación de la democracia o de un Estado Constitucional de Derecho por parte de los órganos jurisdiccionales que modernamente se les identifica como Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales presupone dos enfoques de cómo apreciar el problema y que debe aclararse: lo que piensan y expresan los politólogos y lo que reflexionan los constitucionalistas.

Recordemos que el “politólogo” es el académico que cultiva una disciplina hoy denominada ciencia política⁴. Esta vertiente científica estudia el fenómeno político o el sistema político o el poder político desde un enfoque fáctico⁵: lo analiza tal cual es en la realidad; despojado de criterios axiológicos o de una dimensión ética⁶. Interesa a esta ciencia social analizar la dinámica política aplicando determinados métodos propios de las Ciencias Sociales⁷.

En efecto, la ciencia política puede ser enunciada como una disciplina que forma parte de las ciencias sociales⁸ y que pretende estudiar el sistema político en términos objetivos y prácticos. Su enfoque es formal explicativo y predictivo y para ello usa

4 SARTORI, Giovanni: *Cómo hacer ciencia política*, traducción de Miguel Ángel Ruiz de Azúa, Madrid, Taurus, 2011.

5 MIRÓ QUESADA RADA, Francisco: *Ciencia Política (Manual y Antología)*, Studium, Lima, 1986, pp. 44-48.

6 BOBBIO, Norberto: *El filósofo y la política. Antología*, 2ª edición, estudio preliminar de José Fernández Santillán, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002.

7 RECASENS SICHES, Luis: *Sociología*, México D.F., Porrúa, 1965, p. 561 y ss. Para un estudio más específico, WEBER, Max: *Sociología del poder. Los tipos de dominación*, edición de Joaquín Abellán, Alianza, Madrid, 2007, p. 59 y ss.

8 AYALA, Francisco: *Introducción a las ciencias sociales*, 6ª edición, Aguilar, Madrid, 1966, pp. 171 y ss.

métodos propios de la sociología y demás vertientes de las Ciencias Sociales en términos cuasi axiomáticos⁹.

En cambio, el derecho constitucional es una disciplina jurídica que pretende racionalizar en términos jurídicos cómo debe acceder, desenvolverse y limitar el ejercicio del poder político por un lado; y, por otro, el establecimiento de un marco jurídico de garantías propias que deben tener los ciudadanos a fin de proteger sus derechos básicos de la vorágine política cotidiana¹⁰.

El punto de entronque entre la ciencia política y el derecho constitucional es que mientras éste estudia el fenómeno político desde un punto de vista jurídico, tratando de encapsularlo bajo ciertas reglas básicas que prevé la Constitución; la politología se identifica con el derecho constitucional, en tanto su enfoque del pensamiento del poder o de un régimen político es entenderlo tal cual es¹¹, despojándolo, como ya se tiene dicho, de patrones normativos o de estimaciones axiológicas de cómo debería desenvolverse la dinámica política de un régimen o sistema político¹². Al final, la politología requiere de una u otra manera del derecho constitucional y viceversa¹³: el derecho constitucional no puede agotarse con un discurso sólo y exclusivamente de una plataforma del mundo jurídico¹⁴.

Así se predique que una constitución ha de convertirse en una carta de navegación para que un régimen tenga en su dinámica los derroteros para llegar a un buen puerto, siempre todo texto constitucional va a tener un inexorable cariz político¹⁵, cuyo pulso puede y de hecho es interpretado desde su techo ideológico o de su fórmula política; pero igualmente tiene hoy en día una esencia normativa¹⁶.

9 VON DER GABLENTZ, Otto Heinrich: *Introducción a la ciencia política*, versión castellana por Víctor Bazterrica, Herder, Barcelona, 1974, pp. 33-34.

10 Vid. con todo a BIDART CAMPOS, Germán: *El derecho constitucional del poder*, T. I, Buenos Aires, Ediar, 1967, específicamente el capítulo I, “El encuadre constitucional del poder”, p. 17 y ss; y *El Poder*, Buenos Aires, Ediar, 1985.

11 BARNEIX, Atilio J.: *La ciencia política: su objeto*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, p. 12.

12 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “Derecho Constitucional y Ciencia Política (a propósito de la relación entre fenómeno jurídico y fenómeno político)”, en *Constitución y Política*, 3ª edición, Alpiste, Lima, 2007, pp. 16-62.

13 BIDART CAMPOS, Germán J.: *Ciencia Política y Ciencia del Derecho Constitucional: ¿Unidad o Dualidad?*, Buenos Aires, Ediar, 1982, p. 46 y ss.

14 SAGÜÉS, Néstor Pedro: *Mundo jurídico y mundo político*, Buenos Aires, Depalma Editores, 1978.

15 Una visión en torno a esta problemática teórica y práctica puede verse en HÄBERLE, Peter y Domingo GARCÍA BELAUNDE (coordinadores): *El control del poder*, 2 tomos, existe edición mexicana, UNAM, IJ, México D.F., 2011; y la peruana, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, 2012; y VALADÉS, Diego: *El control del poder*, UNAM, México, 1998.

16 BIDART CAMPOS, Germán J.: *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 2004, vid. especialmente pp. 183 y ss.

En este sentido es que se explica el por qué nuestra disciplina requiere del enfoque pragmático y fáctico que suministra la ciencia política; y el por qué debe entenderse que hoy la Constitución es una singular norma jurídica que juega un rol vital en el engranaje de los modernos sistemas políticos contemporáneos.

Con todo, resulta muy raro que, desde una perspectiva sociológica del poder, los académicos provenientes de las ciencias sociales tengan un análisis prácticamente nulo de los tribunales constitucionales. Y si posan sus ojos reflexivos, la regla ha sido en términos casi negativos y estereotipados: el sempiterno tema de que los miembros del Tribunal Constitucional vienen usurpando funciones que son de naturaleza gubernamental, postura de la que hacen eco los legisladores cuando el Tribunal Constitucional emite *sentencias interpretativas*, pero muy raras veces aprecian el rol determinante en la consolidación de una democracia. Este planteo no es típico del pensamiento norteamericano¹⁷, en donde la Suprema Corte de Estados Unidos cumple un rol vital en la interpretación de la Constitución y en casos de temas públicos relevantes¹⁸.

Lamentablemente, los politólogos, acaso por su deformación hiper factualista, han centrado sus reflexiones en manifestaciones muy concretas del poder político: la relación Legislativo-Ejecutivo. Los analistas políticos de cada país y con mayor énfasis los analistas de fin de semana, centran su escarpelo reflexivo sólo en los problemas del gobierno (Ejecutivo) y los escándalos del Congreso (Legislativo).

Con todo, esta apreciación tiende ya a menguar. Hoy, a nivel latinoamericano, ha empezado progresivamente a cambiar en las últimas décadas y hoy se analiza el rol de los jueces en la consolidación de la democracia¹⁹, y ya no sólo desde una perspectiva politológica, sino de los constitucionalistas; y en los últimos tiempos, de los propios actores; esto es, los jueces constitucionales que se reúnen en las Conferencias Iberoamericanas²⁰ y Conferencias Mundiales de Justicia Constitucional²¹.

17 DWORKIN, Ronald: *La justicia con toga*, traducción de Marisa Iglesias Vila e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Barcelona, 2007, vid. especialmente el debate de Dworkin con Posner en el Cap. III, p. 89 y ss. Desde una perspectiva histórica, MORISON, Samuel Eliot, COMMAGER, Henry Steele y LEUCHTENBURG, William E.: *Breve historia de los Estados Unidos*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2009; y CUEVA FERNÁNDEZ, Ricardo: *De los niveladores a Marbury vs. Madison: la génesis de la democracia constitucional*, CEPC, Madrid, 2011, pp. 404 y ss.

18 FRIEDMAN, Lawrence M.: *Breve historia del derecho estadounidense*, traducción de Pablo Jiménez Zorrilla, UNAM, México, 2007, pp. 165 y ss.

19 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO: *Tribunales Constitucionales y consolidación de la democracia*, México D.F., 2007.

20 A la fecha se han realizado un total de diez de estos encuentros académicos: I Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, realizada en Lisboa, los días 10 y 12 de octubre de 1995, con el eje temático “Los órganos de fiscalización de la constitucionalidad: funciones, competencias, organización y papel en el sistema constitucional ante los demás poderes del Estado”; II Conferencia

2.2. El concepto “fortalecimiento del Estado de Derecho” que equivale al concepto politológico de “consolidación democrática”, es un concepto multidimensional y controvertido

Normalmente este concepto forma parte del discurso de los actores políticos (parlamentarios, ministros, Jefe de Estado, prensa, etc.). Y aunque su uso no está ciertamente distorsionado, dado que es un concepto amplio, su excesiva utilización puede hacer perder su contenido sustantivo por devaluación y terminar siendo desnaturalizado.

En efecto,

- a) Por principio, es un concepto laxo, genérico, ambiguo y, por lo tanto, equívoco y multívoco.

Iberoamericana de Justicia Constitucional, realizada en Madrid, los días 27, 28 y 30 de 1998, con el eje temático “Criterios, condiciones y procedimientos de admisión en el acceso a la Justicia Constitucional en la perspectiva de su racionalidad y funcionalidad”; III Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, realizada en Guatemala, los días 22 al 27 de noviembre de 1999, con el eje temático “Inconstitucionalidad de las leyes”; IV Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, realizada en Sevilla, los días 19 al 21 de octubre de 2005, con el eje temático “Modelos de Justicia Constitucional”; V Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, realizada en Santiago de Chile, los días 25 a 27 de octubre de 2006, con el eje temático “El Juez Constitucional”; VI Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, realizada en Cartagena de Indias, en noviembre de 2007, con el eje temático “Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”; VII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, realizada en Mérida, Yucatán, México, los días 15 al 17 de abril de 2009, con el eje temático “Métodos interpretativos de los Tribunales Constitucionales iberoamericanos”; VIII Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, realizada en Managua, los días 7 al 9 de julio de 2010, con el eje temático “Jurisdicción Constitucional y Derechos Económicos y Sociales”; IX Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, realizada en Cádiz, los días 17 al 19 de mayo de 2012, con el eje temático “Presidencialismo y parlamentarismos en la jurisprudencia constitucional”; y finalmente, X Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, realizada en Santo Domingo, los días 12 al 15 de marzo de 2014, con el eje temático “Normatividad y supremacía jurídica de la Constitución”. Los documentos y conclusiones de estos certámenes se pueden revisar en <http://www.cijc.org/Paginas/Default.aspx> (visitada el 22 de abril de 2014).

- 21 Se han realizado, a la fecha, dos de estas conferencias (*World Conference on Constitutional Justice*), bajo la organización de la Comisión de Venecia: I Conferencia Mundial de Justicia Constitucional, realizada en Cape Town, Sudáfrica, los días 22 al 24 de enero de 2009, con el eje temático “La influencia de la Justicia Constitucional sobre la sociedad y en el desarrollo de una jurisprudencia global en derechos humanos”; y II Conferencia Mundial de Justicia Constitucional, realizada en Río de Janeiro, los días 16 a 18 de enero de 2011, con el eje temático “Separación de poderes e independencia de los Tribunales Constitucionales y Cortes equivalentes”. La III Conferencia Mundial de Justicia Constitucional se llevará a cabo próximamente en Seúl, los días 28 de septiembre a 1 de octubre de 2014, con el eje temático “Justicia Constitucional e integración social”. Los trabajos y conclusiones se encuentran en la siguiente dirección electrónica: http://www.venice.coe.int/WebForms/pages/?p=02_WCCJ (visitada el 22 de abril de 2014).

- b) Leonardo Morlino en 1986 lo define como: “El proceso de reforzamiento, afirmación, robustecimiento del sistema democrático, encaminado a aumentar su estabilidad, su capacidad de persistencia y a contrarrestar y prevenir posibles crisis”.

También ha indicado que: “la consolidación de la democracia es la ampliación progresiva de la aceptación de aquellas estructuras y normas para la resolución pacífica de los conflictos, un conocimiento cada vez mayor en la aceptación y el apoyo al compromiso institucional, el reconocimiento de la bondad de la fórmula de la “incertidumbre limitada” o bien en una palabra, progresiva ampliación de la legitimidad del régimen”²².

- c) Hay una definición *minimalista* de la consolidación de la democracia esgrimida por Juan Linz, que postula que un régimen democrático consolidado es aquel “en el cual ninguno de los principales actores políticos, partidos o intereses organizados, fuerzas o instituciones consideran que hay alguna alternativa a los procesos democráticos para obtener el poder, y que ninguna institución o grupo político tiene derecho a vetar la acción de los que gobiernan democráticamente elegidos”. Esto no significa que no haya minorías prestas a desafiar y cuestionar la legitimidad de los procesos democráticos para medios no democráticos. Significa que los actores principales no recurren a ellos y que esos permanecen aislados. Para decirlo de una manera simple, la democracia debe ser considerada como el único casino en el pueblo (*the only game in town*) para utilizar una expresión del viejo oeste.

La consolidación parte, desde luego, de un supuesto: que exista un régimen político constitucionalmente democrático; esto es, de una democracia con manifiestos grados de debilidad que requieren fortalecerse o parte de una transición política que requiere justamente de diversas fuerzas que coadyuven a una meta: afirmar un sistema político de alternancia en el poder, de respeto a las libertades, pero no sólo en su prédica liberal, sino y fundamentalmente de una *democracia sustantiva* de inclusión social, de vigencia de los derechos básicos de la ciudadanía y no sólo de los grupos empresariales. Significa igualmente la convergencia de dos lógicas que se encuentra en oposición: el Estado y la ciudadanía. Una consolidación parte de diversos principios en la esfera de quien detente el poder: probidad, transparencia y publicidad en la Administración Pública. La transparencia en las grandes decisiones y el fundamento bajo marcos democráticos constituye parte de la columna vertebral de un Estado moderno que consolida efectivamente la *res pública*.

Las *democracias de forma* han llevado a que exista en algunos países latinoamericanos tentaciones de regímenes autocráticos o de una democracia populista que, a la postre, termina en una defunción de la democracia.

22 “Consolidación democrática. Definición, modelos, hipótesis” R. *Española de Investigación Sociológica*, N° 35, 1986, p. 7-61.

2.3. El diagnóstico de los politólogos: el rol cuasi irrelevante de los Tribunales Constitucionales en el fortalecimiento de la democracia en América Latina

No obstante que, según se aprecia, ambas disciplinas –el derecho constitucional y la ciencia política– tienen encuentros y comunes ejes temáticos; se puede apreciar que también hay desencuentros en la apreciación fáctica del rol que vienen impulsando los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales en Latinoamérica.

Normalmente los politólogos han centrado su reflexión en la *consolidación de la democracia*; en otros tiempos reflexionaban sobre los *regímenes de facto* o las *dictaduras autoritarias*; luego, cuando éstas llegaban a su final, la ciencia política acuñaron otras categorías como las *transiciones políticas*²³ entre otros conceptos o categorías dentro de su horizonte reflexivo. Mucho más reciente, los politólogos vienen dirigiendo reflexiones en torno a los mecanismos de participación popular. Así, “los politólogos enfrentan un reto enorme tan sólo para describir este nuevo paisaje institucional y, en mayor grado, para determinar si contribuye o limita la calidad democrática. En ninguna región del mundo se expresa esta ambivalencia de manera tan marcada como en América Latina. Mientras que casi todos los países latinoamericanos poseen sistemas electorales que funcionan, su desempeño democrático varía desde ser sumamente pobre (como en muchos países de Centroamérica) hasta ser muy bueno (como en los casos de Chile y Uruguay)”²⁴.

Ocurre, sin embargo, que para este sector de académicos el rol de la jurisdicción constitucional es casi nulo en la consolidación o en la contribución de una democracia real y actuante²⁵.

Con todo, esta observación no es del todo correcta; bien es cierto que las preocupaciones en el mundo de la sociología son otras; así, según el latinobarómetro en el 2011 los problemas más importantes para los peruanos son, en primer lugar,

23 Ver el trabajo más acabado en: O'DONELL, Guillermo, SCHMITTER, Philippe y WHITEHEAD, Lawrence: *Transiciones desde un gobierno autoritario*, 4 volúmenes, Buenos Aires, Paidós, 1988.

24 CAMERON, Maxwell A., Eric HERSHBERG y Kenneth E. SHARPE (editores): *Nuevas instituciones de democracia participativa en América Latina: la voz y sus consecuencias*, Centre for the Study Of Democratic Institutions - The University of British Columbia / Flasco / Center for Latin American & Latino Studies, México D.F., 2012, p. 10.

25 Es sintomático cómo, por ejemplo, el politólogo Martín Tanaka precisa, en su columna *Virtù e fortuna*, lo siguiente: “Nuestras ciencias sociales, en la década de los años sesenta, se preocuparon especialmente por los retos de la modernización del país; en la de los setenta, por las reformas del velasquismo y el auge del movimiento campesino y sindical; en la de los ochenta, por la democracia, nuevos movimientos sociales, la violencia política. En los noventa, se trataron los cambios asociados a la adopción de políticas orientadas al mercado, en un contexto autoritario. En la primera década del nuevo siglo, se trató la debilidad de las instituciones democráticas: partidos, Congreso, regiones y descentralización [TANAKA, Martín: “Nueva Agenda”, en *Diario La República*, domingo 13 de abril de 2014. p. 6].

la delincuencia (20%), en segundo lugar el desempleo (19%), en tercer lugar los problemas económicos (13%), la pobreza (17%) y la corrupción (8%). En todos estos problemas Perú se encuentra por encima del promedio de América Latina, salvo el problema de la delincuencia, donde Perú se sitúa 8 puntos más abajo que la región.

No obstante estos hallazgos e indicadores sociológicos, se observa que para los politólogos el rol que juegan los Tribunales o la jurisdicción constitucional casi no existe o es nulo; o, en definitiva, en la población acaso no se percibe que estos órganos jurisdiccionales desde hace muchos años y en distintas latitudes, vienen cumpliendo un rol preponderante y acaso mayor que el típico órgano legislativo o Congreso, en la consolidación y desarrollo de una democracia que suponga un fortalecimiento en interdictar la arbitrariedad del poder, venga donde viniere, proteja los derechos básicos de la ciudadanía en clave de los derechos humanos; y, sobre todo, controle cualquier acto autoritario, vía los mecanismos de los procesos de inconstitucionalidad de normas de rango de ley; o de eventuales confrontaciones en conflictos entre los órganos del Estado o de órganos territoriales del gobierno central, regional o local.

Y es que aún quedan rezagos no aclarados en definir las fronteras entre la política y el derecho. De ordinario se ha entendido, desde Rousseau, que el Judicial no es un “poder” del Estado y que los órganos jurisdiccionales deben limitarse a aplicar las leyes, dejando las cuestiones políticas, la *res pública*, para los demás órganos democráticos²⁶. Pero, conforme se apreciará en el epílogo de esta nota preliminar, hoy la jurisdicción constitucional “se ha convertido en un aspecto esencial de muchas democracias”; y hoy por hoy no existe zonas exentas del control constitucional; de allí que, frente a una compleja constitucionalización del ordenamiento jurídico, el juez constitucional cumple retos que suponen una pieza clave vital en esta consolidación de las democracias a nivel planetario²⁷.

Cabe señalar que cuando se habla de una consolidación de la democracia, debe partirse, por lo menos, de una noción mínima de ella.

Ya en su momento, Robert Dahl en 1956 formuló una síntesis mínima y procedimental en torno a la democracia. Posteriormente Norberto Bobbio en 1984, en su ensayo *Il futuro della democrazia*, logró decantar con mayor claridad los elementos mínimos que permiten hablar de un sistema democrático. Si bien Robert Dahl propuso a fines de los cincuenta ciertos elementos de la democracia, sólo comprendía la columna

26 Documento conceptual de la Tercera Conferencia Mundial de Justicia Constitucional, a realizarse en Seúl, República de Corea, del 28 de septiembre al 1 de octubre de 2014. Disponible en: <http://www.venice.coe.int/wccj/Seoul/WCCJ-concept-spa.pdf> (visitado el 27 de mayo de 2014).

27 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MOLINA SUÁREZ, César de Jesús (coordinadores): *El juez constitucional en el siglo XXI*, UNAM / Instituto de Investigaciones Jurídicas / Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D. F., 2009.

vertebral de un Estado liberal. Bobbio ha sostenido, en cambio, que “la democracia evoca el principio de autogobierno y se refiere, primordialmente, al conjunto de reglas que nos dicen *quién* está autorizado para decir y *cómo* (bajo cuáles procedimientos) debe hacerlo”. Es decir, la democracia es, simplemente, “un conjunto de reglas de procedimiento para la formación de decisiones colectivas” que no nos dice nada del contenido o resultado de las mismas (del *qué cosa*). Al igual que Dahl, Bobbio especifica los que a su juicio son los “procedimientos universales” que caracterizan a esta forma de gobierno: “a) todos los ciudadanos mayores de edad sin distinciones de raza, religión, condición económica o sexo deben gozar de derechos políticos (cada uno debe gozar del derecho a expresar su opinión o escoger a quien la exprese por él); b) el voto de los ciudadanos debe tener un peso igual; c) todos los titulares de derechos políticos, deben ser libres de votar siguiendo sus propias opiniones, las cuales deben formarse lo más libremente posible, es decir, en una competencia libre entre grupos políticos organizados en competencia recíproca; d) los ciudadanos también deben ser libres en el sentido de que deben estar en condiciones de escoger entre soluciones diferentes, es decir, entre partidos que tengan programas distintos y alternativos; e) tanto para la elección como para las decisiones colectivas, debe valer la regla de mayoría numérica; f) ninguna decisión adoptada por mayoría debe limitar los derechos de la minoría, en particular el derecho a convertirse a su vez en mayoría en igualdad de condiciones”²⁸.

Es innegable que este procedimiento “mínimo” para la existencia de una democracia, inexorablemente, pasa por un control de naturaleza jurisdiccional que lo otorga la jurisdicción constitucional. He allí el rol vital de estos órganos que fortalecen, adelantando el reloj de la historia, como diría Peter Häberle, o retrocediéndolo, en los avances en la construcción de un Estado Constitucional contemporáneo.

3. ¿Cómo se fortalece un Estado Constitucional de Derecho?

El Tribunal Constitucional ha venido desarrollando un conjunto de reflexiones en el marco de los *obiter dicta* en torno a la democracia, confirmando su rol no solo de agente de control constitucional; sino de un ente jurisdiccional que genera diálogo en torno a este importante aporte reflexivo sobre la democracia. Veamos un brochazo panorámico:

A) Un primer tema es la Constitución como juridificación de la democracia.- Para el Tribunal Constitucional, la democracia, etimológica y coloquialmente entendida como el “gobierno del pueblo”, mal podría ser concebida como un atributo o característica más del Estado social y democrático de derecho, pues, en estricto, norma constitucional y democracia son dos factores que se condicionan de modo recíproco, al extremo de que con verdad inobjetable se ha sostenido que la

²⁸ Citado en SALAZAR UGARTE, Pedro: *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, 1ª reimposición, México D. F., Fondo de Cultura Económica / Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pp. 136-137.

Constitución bien podría ser definida como la juridificación de la democracia. En efecto, la Constitución es la expresión jurídica de un hecho político democrático, pues es la postulación jurídica de la voluntad del Poder Constituyente, como un totus social en el que subyace la igualdad²⁹.

B) Obligación de garantías mínimas a los ciudadanos.- El Tribunal Constitucional ha precisado que un sistema democrático que no garantice o brinde condiciones mínimas de bienestar a los ciudadanos no puede garantizar la eficacia plena de los derechos fundamentales³⁰.

C) Gobierno democrático.- Este concepto lo entiende el Tribunal Constitucional a partir de una definición con contenido axiológico. En efecto, el gobierno democrático es un gobierno de mayorías, y puede perder sustento constitucional si no se encuentran plenamente garantizados los derechos fundamentales de las minorías. De ahí la necesidad del establecer distintos mecanismos de control al gobierno que, inevitablemente, se presentan como vías, por así decirlo, “contramayoritarias”. Sólo así se encuentra plenamente asegurada la libertad (en igualdad) de todas las personas al interior del Estado social y democrático de derecho³¹.

D) Los fundamentos de la democracia.- Define el Tribunal Constitucional que la democracia se fundamenta en la aceptación de que la persona humana y su dignidad son el inicio y el fin del Estado (artículo 1º de la Constitución), por lo que su participación en la formación de la voluntad político-estatal es presupuesto indispensable para garantizar el máximo respeto a la totalidad de sus derechos constitucionales³².

E) Respeto a las minorías y voluntad política.- El Tribunal Constitucional entiende que el poder ejercido por la mayoría debe distinguirse de todo otro en que no sólo presupone lógicamente una oposición, sino que la reconoce como legítima desde el punto de vista político, e incluso la protege, creando instituciones que garantizan un mínimo de posibilidades de existencia y acción a distintos grupos religiosos, nacionales o económicos, aun cuando sólo estén constituidos por una minoría de personas; o, en realidad, precisamente por constituir grupos minoritarios. La democracia necesita de esta continuada tensión entre mayoría y minoría, entre gobierno y oposición, de la que dimana el procedimiento dialéctico al que recurre esta forma estatal en la elaboración de la voluntad política. Se ha dicho, acertadamente, que la democracia es discusión. Por eso el resultado del proceso formativo de la voluntad política es siempre la transacción, el compromiso. La democracia prefiere este procedimiento a la imposición violenta de su voluntad al adversario, ya que de ese modo se garantiza la paz interna³³.

29 STC 0030-2005-AI, FJ. 19.

30 STC 4223-2006-PA, FJ. 12.

31 STC 0030-2005-AI, FJ. 15.

32 STC 0030-2005-AI, FJ. 22.

33 STC 0030-2005-AI, FJ. 15.

F) Vinculación con la economía.- Una democracia está vinculada con la constitución económica. Así entiende el TC que se debe poner en evidencia la íntima vinculación entre la economía y la democracia, por cuanto un sistema democrático que no garantice o brinde condiciones mínimas de bienestar a los ciudadanos no puede garantizar la eficacia plena de los derechos fundamentales; pero tampoco una economía –por más que sea eficiente– que desconozca los valores y principios constitucionales, y los derechos fundamentales, es compatible con un sistema democrático, toda vez que confundir la tolerancia dentro de un sistema de valores con el relativismo supone desconocer el valor y la esencia de la democracia³⁴.

G) Conducción en base al principio mayoritario.- No cabe duda que una democracia se sustenta en el principio mayoritario. Así, para el TC los elementos de la democracia y del constitucionalismo, conceptualmente, se encuentran en tensión. En efecto, un valor fundamental de la democracia es la adopción de decisiones siguiendo el principio mayoritario bajo el presupuesto de que todos los sujetos con capacidad política son iguales en dignidad. Por ello, para algunos, la igualdad política participativa, como valor subyacente a la democracia, es “el derecho de los derechos. Con dicha frase –anota el TC peruano– pretende trasmitirse la idea de que el derecho a la igualdad política y la decisión democrática están en el origen, incluso, del reconocimiento de los propios derechos fundamentales en la Constitución, es decir, pretende enfatizar la idea de que el momento constituyente se rige por el principio mayoritario. Desde luego, esta tesis, llevada al extremo, permitía sostener que toda decisión adoptada bajo mecanismos democráticos, sin importar su contenido, resulta jurídicamente válida³⁵.

H) Utilización de modalidades de democracia para fundamentar la validez de organizaciones totalitarias.- El TC sostiene que la defensa cerrada de los mecanismos de democracia directa en contraposición con los supuestos perjuicios generados por la democracia representativa, ha sido el recurrente argumento de las dictaduras para pretender fundamentar la supuesta validez de sus organizaciones totalitarias de partido único, en las que por vía de la argucia de una aparente mayor participación ciudadana en los asuntos públicos, en los hechos, las decisiones terminan siendo monopolio del dictador, en la mejor muestra recreada de la fórmula hobbesiana: *Auctoritas, non veritas facit legem* (La autoridad –no la verdad– hace la ley)³⁶.

I) Consideración de su noción entre las tesis extrema de la democracia y del constitucionalismo.- En cuanto a este conflicto el TC expresa que entre las tesis extremas de la democracia y del constitucionalismo llevan a considerar a la noción de “democracia constitucional” como un *oxímoron*, ya que si un sistema político es *democrático* entonces no admite la limitación constitucional, y si es *constitucional* no admite la decisión democrática sobre algunas materias importantes³⁷.

34 STC 01535-2006-PA, FJ. 9.

35 STC 0007-2012-PI, FJ. 12.

36 STC 0007-2012-PI, FJ. 20.

37 STC 0007-2012-PI, FJ. 13.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha hecho hincapié en el análisis de las distintas instituciones enraizadas con el concepto de democracia, tales como: democracia constitucional, democracia directa, democracia representativa. Veamos.

La democracia constitucional

Aunque la afirmación de la democracia supone como axioma la presencia de una Constitución, en tanto ella ejerce el control al poder político, el Tribunal Constitucional ha hurgado diversos matices conceptuales. Así, entiende que la democracia episódica, fáctica, no reglada y desenvuelta en las afueras del Derecho, da lugar a una democracia estable, jurídica y, consecuentemente, reglada y desarrollada conforme a los límites establecidos en la Constitución; da lugar, en otros términos, a la democracia constitucional³⁸.

La democracia directa

En este hilo propedéutico, el TC también ha precisado que “nuestra Constitución ha consagrado también determinados mecanismos de democracia directa o semidirecta como el referéndum, la iniciativa legislativa, la remoción y revocación de autoridades y la demanda de rendición de cuentas (artículo 31° de la Constitución), que son el complemento idóneo para dotar de estabilidad a la democracia representativa³⁹.

Pero así como la propia Constitución reconoce diversos mecanismos de esta democracia, el TC deja a salvo su imposibilidad permanente de usar este complejo mecanismo: dada la diversidad de condiciones necesarias para conseguirla, jamás existiría una verdadera democracia. Incluso hoy se acepta que dada la complejidad del Estado moderno, es imposible que éste pueda desenvolverse, exclusivamente, a través de mecanismos de democracia directa. Considerar que en las sociedades modernas los ciudadanos tienen la capacidad de deliberar y decidir sobre la cosa pública, sin la participación de intermediarios elegidos para tal efecto, es simple ficción⁴⁰.

La democracia representativa

La democracia representativa es una democracia pluralista, pues la representación encuentra en la soberanía popular su fuente de poder y debe ser seno de contrapesos y controles mutuos entre las distintas fuerzas políticas. Pero no puede ser una democracia fragmentaria en la que no exista posibilidad de generar consensos entre las mayorías y minorías parlamentarias. En otras palabras, no cabe que so pretexto de identificar matemáticamente a la democracia representativa con la representación “de todos”, se

38 STC 0030-2005-PI, FJ. 4.

39 STC 0030-2005-AI, FJ. 8.

40 STC 0030-2005-PI, FJ. 4.

termine olvidando que, en realidad, de lo que se trata es que sea una representación “para todos”⁴¹.

En la democracia representativa, aclara el TC, de un lado los representantes no son meros portavoces de sus representados, sino conformantes de un órgano con capacidad autónoma e independiente de decisión, previa deliberación; y de otro, que lo son no de simples intereses particulares (*policys*), sino generales (*politics*)⁴².

Finalmente, el TC precisa su sustento normativo: la democracia representativa también se encuentra recogida en diversos artículos constitucionales, como el 43° (nuestro gobierno “es representativo”), el 93° (“Los congresistas representan a la Nación”), los artículos 110° y 111° (el Presidente de la república personifica a la Nación y es elegido por sufragio directo), los artículos 191° y 194° (elección por sufragio directo de los gobiernos regionales y locales), entre otros⁴³.

4. Presencia de un control constitucional: presupuestos

Una democracia se construye sobre determinadas condiciones y presupuestos; y en todo ello, todos los órganos del Estado han de cumplir un rol exclusivo y excluyente; pero complementario. En tal situación, bien pueden enunciarse *grosso modo* ciertos supuestos:

- i) Presencia de una Constitución rígida, que presuponga la vigencia contemporánea del concepto normativo de Constitución, en donde la parte dogmática se expresa en la regulación del conjunto de los derechos fundamentales, y la parte orgánica que pretende un uso racional y legítimo del poder político.
- ii) Un órgano jurisdiccional –sea concentrado o difuso– que ejerza el control y que lo concrete en forma de decisiones judiciales o fallos plenamente ejecutables.
- iii) Existencia de un conjunto de instrumentos procesales con que cuente la ciudadanía para afirmar la tutela de los derechos y el control de los órganos del Estado emanados de cualquier tipo de autoridad.
- iv) Un sistema político, donde se afirme la división del poder, la supremacía constitucional y un mecanismo agravado de reforma –que no hace más que afirmar una Constitución rígida⁴⁴.

41 STC 0030-2005-PI, FJ. 16.

42 STC 0030-2005-AI, FJ. 7.

43 STC 0030-2005-AI, FJ. 6.

44 ETO CRUZ, Gerardo: “Control constitucional y poder político. Navegando por los archipiélagos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en *Constitución y Procesos Constitucionales*, Tomo I, Lima, Adrus, 2013, pp. 549-616.

SEGUNDA PARTE

Marco introductorio: la génesis de los Tribunales Constitucionales

1. Los orígenes

Entre las piezas claves para entender actualmente la presencia de los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales, está la de remontarse brevemente a los orígenes mismos de estos singulares órganos jurisdiccionales.

Es probable que uno de los orígenes históricos en torno a un órgano que controle los excesos del legislativo se encuentren en los planteamientos de Emmanuel Sieyès⁴⁵, “el oráculo máximo en cuestiones constitucionales”⁴⁶, quien formuló la tesis de que la Asamblea Nacional podría ser controlada, en sus excesos legislativos, a través de un jurado constitucional.

Si bien se atribuye, sin discusión alguna, al célebre Kelsen, el haber sido el mentor o creador del primer Tribunal Constitucional en el mundo⁴⁷; hoy, en rigor se debe igualmente señalar que ya había sido propuesto desde Alemania por el padre de la Teoría del Estado y del cual Kelsen se preciaba ser su discípulo⁴⁸, aunque esta cordial relación no prosperó⁴⁹. Nos referimos a Georg Jellinek, quien ya en 1885 había publicado para el editor vienés Alfred Hölder su breve ensayo, titulado *Ein Verfassungsgerichtshof Für*

45 “Es sólo en los trabajos de elaboración de la Constitución del Año III cuando intervienen en dos momentos el 2 y el 18 de Termidors para proponer un sistema de control de la constitucionalidad de las leyes. ‘Pido, en primer lugar, decía, un Jurado de Constitución, o, para afrancesar un poco la palabra ‘Jury’ y distinguirla en su sonido del de ‘juré’, una jurie Constitucional” (CEDIE, Roger y Jean LEONNET: “El Consejo Constitucional francés”, en *Revista de Estudios Políticos*, N.º 146, 1966, p. 69).

46 STERN, Alfred: “La revolución francesa y sus consecuencias en Europa”, en *Historia Universal*, dirigido por Walter Goetz, Vol. VII: La Revolución Francesa, Napoleón y la Restauración (1789-1848), 6ª edición, Espasa Calpe, Madrid, 1962, p. 95. Un trabajo más específico, puede verse en CARPIO MARCOS, Edgar: “La Jury constitutionnaire en el pensamiento de Sieyès”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 95, mayo-agosto 1999, nueva serie, Año XXXII, pp. 269-320.

47 CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, CEC, Madrid, 1987; vid. específicamente pp. 246-262.

48 KELSEN, Hans: *Autobiografía*, traducción y presentación de Luis Villar Borda, Universidad del Exernado, Bogotá, 2007, pp. 82-84.

49 ALÁDAR MÉTALL, Rudolf: *Hans Kelsen. Vida y obra*, UNAM, México, 1976.

Österreich (un Tribunal Constitucional para Austria)⁵⁰. Profundo conocedor y atento observador de la realidad constitucional austriaca, Jellinek había propuesto el término “Verfassungsgerichtshof” concepto que, en el ensayo de jurista, encontraba “su primera expresión completa”⁵¹. Jellinek históricamente sostenía que debería existir un órgano judicial con las características de un Tribunal arbitral, de un “tercero neutral” y que esté lejos de la realidad política de los partidos, para que la Constitución y su necesario respeto, no acabasen por defender el “arbitrio del partido dominante y de las posiciones de los partidos”⁵².

Fue el célebre líder social demócrata Karl Renner⁵³ el que impulsó una defensa de la democracia política en la flamante Austria después de su división del viejo imperio austrohúngaro. Según se aprecia de la investigación que hace Sara Lagi, Renner dio siempre la impresión de que había tomado prestado de Jellinek diversos planteamientos: por un lado, la idea de que “donde había que dirimir un conflicto esto podía suceder sólo a través de la sentencia de un juez”, y, por el otro, la convicción de que “los estados federales para su específica conformación, necesitaban de un Tribunal Constitucional que resolviese las posibles controversias entre autoridad central y regional”⁵⁴.

El 25 de noviembre de 1918 Kelsen fue nombrado asesor de la sesión para la reforma constitucional de la cancillería de Estado; la vinculación que tenía Kelsen con Renner fue que el primero había publicado diversos artículos de interés capital para el líder socialdemocrático Karl Renner⁵⁵.

Fue así como Kelsen, que por ahora no viene al caso, se encarga de criticar los plantamientos de Jellinek en su “memorandum” (Kelsen partía de dos tipos de argumentaciones; observaba antes que nada que, en el plano estrictamente jurídico, la existencia del *Reichsgerichtshof* era “contradictoria” con las nuevas disposiciones constitucionales, ya que “junto a la vieja Constitución todas las normas que se fundaban sobre ella han sido eliminadas”. Kelsen subrayaba así la fuerte discontinuidad entre el periodo imperial y el republicano: “contra el mantenimiento del nombre “Tribunal

50 Recientemente, se ha publicado después de muchos años, la versión italiana: JELLINEK, Georg: *Una Corte costituzionale per l’Austria*, traducción de Elisabetta Palici di Suni, G. Giappichelli Editore - Torino, Bologna, 2013. Asimismo, puede revisarse el trabajo de JOUANJAN, Olivier: “Une Cour constitutionnelle pour l’Autriche? Sur un projet de Georg Jellinek en 1885”, *Presser universitaires de Strasbourg* #16, 2001.

51 LAGI, Sara: *El Pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920) los orígenes de “de la esencia y valor de la democracia”*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2007, p. 162.

52 LAGI, Sara: Op cit., p. 163.

53 Karl Renner, político austriaco (1870-1950), fue miembro del Partido Socialdemócrata de Austria (SPO) en 1896, en representación del cual inició su vida política en el Reichsrat en 1907. Llegó a ser canciller del gobierno austriaco en el intervalo de 1918 a 1920, y en 1945 llegó a presidente de la República, entre los años 1945 y 1950.

54 LAGI, Sara: op cit., p. 165.

55 LAGI, Sara: op cit., p. 126. KELSEN, Hans: *Autobiografía...*, op. cit., pp. 124-133.

imperial” no habla sólo el hecho de que no existe ya un “imperio”, sino también la necesidad de manifestar a través de la modificación del nombre la falta de continuidad jurídica⁵⁶) en el que exponía algunas ideas sobre la transformación del Tribunal Imperial en Tribunal Constitucional.

El hecho es que, si bien parte de la tesis kelseniana ya habían sido planteada antes por Jellinek; lo cierto es que Kelsen le dio una base teórica y orgánica al órgano que se iba a encargar de la defensa de lo constitucional: La Alta Corte Constitucional⁵⁷.

Y así, sin proponérselo, el célebre jurista del siglo XX⁵⁸, reeditaba en una nueva versión republicana lo que no pudo gestar su viejo antecesor, Emmanuel Sieyès, en los años del terror francés. Se creaba así, un órgano jurisdiccional que desde sus orígenes, desencadenó pasiones políticas y académicas que aún hoy perviven desde el viejo espíritu disolvente de Carl Schmitt⁵⁹, quien pretendió demoler la tesis en torno a quién debe ser el defensor o guardián de la Constitución⁶⁰.

A partir de estas propuestas, históricamente surge la primera ola de los Tribunales Constitucionales en el mundo; y nos referimos al TC de Austria de 1920; el TC de Checoslovaquia de 1919, y el Tribunal de Garantías Constitucionales de España ,previsto en la Constitución Republicana de 1931⁶¹.

2. El actual panorama de la jurisdicción constitucional en América Latina

Como ya se ha precisado, la influencia de la jurisdicción constitucional europea en América Latina no se manifiesta en términos ortodoxos, y también resulta difícil encontrar la primigenia concepción kelseniana de convertir al Tribunal Constitucional en una suerte de legislador negativo, como querría el Jefe de la Escuela de Viena,

56 LAGI, Sara: op cit., p. 166.

57 En efecto, Kelsen en 1918 publicó su clásico ensayo *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México D.F., 2001; a la que replicaría en su momento Carl Schmitt, con su trabajo *El defensor de la Constitución*, que apareció en 1929, en versión alemana (*Der Hüter der Verfassung*); y finalmente Kelsen duplicaría con su obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?)*. Sobre ello, puede verse: BONGIOVANNI, Giorgio: *Reine rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato, H. Kelsen e la Costituzione Austriaca del 1920*, Milano - Dott. A. Giuffrè editore, Milano, 1998.

58 MANTILLA PINEDA, Benigno: *Hans Kelsen. El jurista del siglo XX*, Señal Edit., Medellín, 2003.

59 Vid., en el marco de la extensa obra de y sobre Carl Schmitt, dos en especial: *Carl Schmitt, teólogo de la política*, Héctor Orestes Aguilar (prólogo y selección de textos), FCE, México D.F., 2001; y Dalmacio NEGRO PAVÓN (coordinador): *Estudios sobre Carl Schmitt*, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1996.

60 SCHMITT, Carl y HANS KELSEN: *La polémica Schmitt / Kelsen sobre la justicia constitucional: el defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, estudio preliminar de Giorgio Lombardi, traducción de Manuel Sánchez Sarto y Roberto J. Bric, Tecnos, Madrid, 2009.

61 CRUZ VILLALÓN, Pedro: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, op. cit., pp. 232 y ss.; 277 y ss.; 201y ss.

debido hoy a la presencia de nuevas tipologías de sentencias constitucionales⁶², a la forma en que está estructurado, algunos dentro y otros fuera del Poder Judicial; y en otros casos debido a la coexistencia de un poder judicial, que comparte jurisdicción constitucional con el Tribunal Constitucional. Con todo, siguiendo aquí de cerca a Eduardo Ferrer Mac-Gregor⁶³, se podría esquematizar la siguiente presencia de los órganos de jurisdicción constitucional:

A) La presencia de Tribunales Constitucionales *strictu sensu* (fuera del Poder Judicial)

Se trata aquí de un solo órgano de jurisdicción que resuelve específicos problemas vía un contencioso constitucional.

Los países que cuentan con este sistema son Guatemala, Perú, Chile, Ecuador, Bolivia y República Dominicana. El de Guatemala, bueno es reivindicar que, en rigor, fue el primer Tribunal Constitucional autónomo en América Latina, prefigurado a través de la “Corte de Constitucionalidad de Guatemala”, normada en la Constitución de 15 de setiembre de 1965.

La actual Carta Política de esta república es del 31 de mayo de 1985 y entró en vigor en 1986; allí igualmente se crea la “Corte de Constitucionalidad” establecida como “un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado y ejerce funciones específicas que le asigna la Constitución y la ley de la materia”. Este tribunal conoce específicamente los siguientes procesos constitucionales: la exhibición personal (habeas corpus: arts. 263 y 264); el amparo (art. 265) y la inconstitucionalidad de las leyes (arts. 266 y 267).

Chile si bien tuvo históricamente, al menos nominalmente en la reforma de 1971 que se le hizo a la Constitución de 1925, un Tribunal Constitucional, el golpe de Estado del 11 de setiembre de 1973 suprimió todo ello. La actual Carta de 1980 reformada, mantiene este organismo jurisdiccional. El art. 81 establece que el Tribunal Constitucional está integrado por siete miembros. Entre el amplísimo elenco de atribuciones que le confiere el art. 82, están el *control preventivo* de constitucionalidad de los preceptos legales y el conocimiento de las instituciones del amparo (recurso de protección) y del hábeas corpus (que está subsumido dentro del amparo).

Ecuador, como ya se indicó, reguló en la Constitución de 1945 el Tribunal de

62 DÍAZ REVORIO, F. Javier: *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Significado especial de las sentencias aditivas*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2001.

63 FERRER, MAC-GREGOR, Eduardo: *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica* (Prólogo de Héctor Fix-Zamudio), DFUNDA, México, 2002, pp. 65-86.

Garantías Constitucionales, de innegable influencia de la Constitución española de 1931. La actual Constitución de Ecuador de 1998 mantiene la presencia de un Tribunal Constitucional y entre sus principales competencias están la de conocer el control abstracto de constitucionalidad de las normas jurídicas; del control constitucional de actos administrativos; sobre objeción de inconstitucionalidad que hace el Presidente de la república sobre un proyecto de ley aprobado por el Congreso; realiza un control previo de constitucionalidad de instrumentos internacionales; resuelve los conflictos de competencias o atribuciones entre órganos del Estado; y conoce de las apelaciones o de segunda o definitiva instancia en los casos de amparo, hábeas corpus y del hábeas data.

En el caso del Perú, la presencia primero de un Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1979, y luego en la actual Constitución de 1993 como Tribunal Constitucional, es similar a los otros modelos de un órgano concentrado. El actual Tribunal mantiene, con todo, una particularidad dentro de la singladura de la jurisdicción constitucional latinoamericana; y Domingo García Belaunde ha acuñado una suerte de tipología *sui generis* denominada *modelo "dual o paralelo de jurisdicción constitucional"*, donde coexisten tanto el modelo americano o difuso, con el concentrado⁶⁴. El Tribunal peruano tiene las siguientes competencias: conoce en instancia única la acción de inconstitucionalidad; conoce en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias del hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento; conoce los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución conforme a ley (art. 202).

En el caso de República Dominicana, el Tribunal Constitucional de dicho país fue creado por la Constitución con fecha 26 de enero de 2010. Según el artículo 184° del texto constitucional; dicho Tribunal tiene por objeto garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales; mientras que el artículo 185° menciona que son competencias suyas conocer las acciones directas de inconstitucionalidad, el control preventivo de los tratados internacionales, los conflictos de competencias entre poderes públicos y cualquier otra materia que disponga la ley. Finalmente, el artículo 1° de su Ley Orgánica (Ley N.º 137-11, de fecha 9 de marzo de 2011) señala que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad, siendo autónomo de los poderes públicos y de los demás órganos del Estado.

Bolivia, si bien tiene un antiguo Tribunal Constitucional que se ubicaba dentro del Poder Judicial, con la reforma a la Constitución de 1993, ésta quedó abrogada por la actual Constitución de 2009. Así, en el artículo 196 al 204 se reguló todo un

64 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional* (Estudio Preliminar de José F. Palomino Manchego), 2da. Edic, Grijley, Lima, 2002.

capítulo en torno al llamado “Tribunal Constitucional Plurinacional”. Por ejemplo, el artículo 202° de dicho texto fundamental establece como algunas de sus competencias, las siguientes: la inconstitucionalidad de las leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales; los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público y entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas y entre éstas; la revisión de las acciones de libertad, de amparo constitucional, de protección de privacidad, popular y de cumplimiento; las consultas formuladas por determinados órganos del Estado; el control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales; los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental; entre otros.

Actualmente este Tribunal Constitucional cuenta con la “Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional”, de 6 de julio de 2010, y con un flamante Código Procesal Constitucional, el segundo a nivel mundial.

B) Presencia de Tribunales Constitucionales situados dentro del Poder Judicial

Aquí está el caso de Colombia. En efecto, Colombia crea en la Constitución de 1991, en su Art. 239, una “Corte Constitucional”; probablemente sea este organismo jurisdiccional el que viene desarrollando una extraordinaria labor jurisprudencial. En el art. 241 igualmente se prescribe un amplio elenco de atribuciones que son, entre otras, las siguientes:

Conocer de la acción de tutela jurídica (amparo), acción de hábeas corpus, acciones populares y acciones de clase, relacionadas con la defensa de ciertos derechos constitucionales. Además conoce de la acción de inconstitucionalidad, del control automático y posterior sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos, y de un control preventivo, a través de la revisión previa: a) de los proyectos de ley estatutaria aprobados por el Congreso; b) de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban, y) c) de la decisión definitiva sobre las objeciones presidenciales a los proyectos de ley sustentadas en motivos de inconstitucionalidad⁶⁵.

C) Presencia de Salas Constitucionales pertenecientes a las Cortes Supremas

Aquí se encuentran los regímenes constitucionales de El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua y Venezuela. Lo que caracteriza a todas estas Salas son, en primer lugar, que se encuentran estructuradas dentro del Poder Judicial en su organismo de mayor jerarquía y tienen competencia para el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes, así como los diversos procesos de lo que Cappelletti denominara como

65 FERRER MAC -GREGOR, Eduardo: *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, op. cit., pp. 80-81.

“jurisdicción constitucional de la libertad”, es decir, los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo. En el caso particular de Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo conoce un nuevo proceso similar al que existe en Brasil y en parte en Argentina: la inconstitucionalidad de las omisiones del legislador nacional, estatal o municipal, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de la normatividad constitucional⁶⁶.

Como igualmente apunta Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “otros países han encomendado el control de la constitucionalidad a sus cortes o tribunales supremos ordinarios, aunque no de manera exclusiva (como son) Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay”⁶⁷.

66 BREWER - CARÍAS, Allan R. *La Constitución de 1999*, Edir. Arte, Caracas, 200; p. 232.

67 FERRER MAC-GREGOR, *ibid*, p. 86.

TERCERA PARTE

3. Evolución de la jurisdicción constitucional en el Perú

Toda evaluación histórica sobre la jurisdicción constitucional en el Perú requiere, necesariamente, revisar los antecedentes normativos (constitucionales, pero también legales) que han experimentado los mecanismos de garantía de los derechos fundamentales y de la supremacía normativa de la Constitución, y que, *grosso modo*, pueden quedar resumidos del modo siguiente:

En lo que concierne a la *jurisdicción constitucional orgánica*, debemos reconocer que el constitucionalismo peruano no le dedicó la atención e importancia debidas desde un inicio a los problemas del control de la constitucionalidad de las leyes. En realidad, lo que existió fue el sistema de *control político*, tal como lo demuestra la primera Constitución de la República peruana de 1823, que sentó las bases del control parlamentario de la constitucionalidad de las leyes (artículos 90 inciso 1, 186 y 187). A partir de dicha matriz normativa se estableció el arquetipo para las demás constituciones que hemos tenido: Constitución de 1826 (artículo 50 incisos 1 y 2), Constitución de 1828 (artículos 94 inciso 1, 173 y 174); Constitución de 1834 (artículos 101 inciso 3, 165 y 178); Constitución de 1839 (artículos 103 inciso 1 y 177); Constitución de 1856 (artículos 10, 14, 54, 61); Constitución de 1860 (artículos 59 inciso 4, 107 y 185); Constitución de 1867 (artículo 59 inciso 4); Constitución de 1920 (artículos 16 y 83 inciso 4), Constitución de 1933 (artículos 26 y 123 inciso 4). Sería recién con la Constitución de 1933 (artículos 26, 123 inciso 4 y 133) que se crearían dos niveles de control de la constitucionalidad y de la legalidad: por un lado, el sistema político, ejercido por el propio Parlamento; y, por otro, el control judicial, para dispositivos menores a las leyes.

Sin embargo, una apreciación panorámica de todas estas constituciones permite concluir que la eficacia del control constitucional de las leyes delegado al Parlamento no fue nulo, y en todo caso, si ocurrió, fue “en forma silenciosa, mediante simple mecanismo legislativo”⁶⁸ en virtud del cual el mismo Parlamento utilizaba los propios resortes constitucionales para derogar, modificar o dejar sin efecto cualquier norma; pero nunca cuestionando la constitucionalidad o inconstitucionalidad de sus propias normas⁶⁹. Y es que, después de todo, como expresara Karl Loewenstein, resultaba

68 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: “La Jurisdicción Constitucional en el Perú”, en AA.VV.: *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. II Coloquio Iberoamericano del Derecho Constitucional, 1984, p. 423.

69 Uno de los pocos casos excepcionales en que el Congreso resolvió pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley, fue en la Ley N° 8929, que había aprobado espúreamente un plebiscito de reforma constitucional utilizando un procedimiento inconstitucional.

absurdo dar facultades al propio Congreso para que controle la constitucionalidad de sus propias leyes, lo que era como encomendar a unos conejos que sean guardianes de un jardín de zanahorias⁷⁰.

En ese contexto, si bien la Constitución de 1933 no afrontó una verdadera jurisdicción constitucional en el Perú, ya el Código Civil en 1936 establecía en el art. XXII de su Título Preliminar el típico modelo americano de la revisión judicial de las leyes, al señalar: “[c]uando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”. Sin embargo, como muy bien ha apuntado Domingo García Belaunde, esta norma “no tuvo prácticamente vigencia y, cuando fue invocada se arguyeron contra ella tres tipos de argumentos: a) que se trataba de un enunciado de carácter general que no había sido debidamente reglamentado, b) que en todo caso se trataba de un principio de aplicación al estricto campo del derecho privado y no al derecho público (que es con frecuencia en donde más hallamos este tipo de violaciones), y c) que se trataba de una ley que podría ser exceptuada por otra posterior”⁷¹. Habrían de transcurrir 27 años para que en 1963 y a través de un Gobierno Militar se reglamentara dicha garantía constitucional en la Ley Orgánica del Poder Judicial el que dispuso en su artículo 8 lo siguiente:

“Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera.

Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema. Las sentencias de segunda instancia, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiera recurso de nulidad.

Los Jueces y tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o las leyes”.

Esta misma Ley, incluyó otro precepto con el cual trataba de cubrir cualquier vacío en torno al control de constitucionalidad y legalidad:

“Artículo 12°.- Hay acción ante el Poder Judicial contra todos los actos de la administración pública, departamental y municipal, que constituyan despojo, desconocimiento o violación de los derechos que reconocen la Constitución y las leyes”.

70 LOEWENSTEIN, Karl: *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona., 1987.

71 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: op. cit., p. 425.

Con toda la constelación normativa que existió hasta antes de la Carta Magna de 1979, la jurisdicción constitucional orgánica estuvo prefigurada, tal como lo ha sintetizado magistralmente Domingo García Belaunde, en los siguientes rubros:

- a) “Para cautelar la constitucionalidad de las leyes: artículo XXII del T.P. del C.C. (de 1936) y art. 8 de la LOPJ, siempre a instancia de parte interesada y en vía de excepción o como quiera la doctrina procesal italiana, en vía incidental o como cuestión prejudicial.
- b) Para cautelar la constitucionalidad y legalidad de decretos y resoluciones emanadas del Poder Ejecutivo: la Acción Popular que establece el artículo 133 de la Constitución de 1933, reglamentada por el artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a instancia de parte y en vía de acción.
- c) Para cautelar la legalidad y constitucionalidad de decretos y resoluciones, de oficio por parte del juez a tenor del art. 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”⁷².

Sólo será con la Constitución de 1979 que el proceso de inconstitucionalidad obtuvo carta de naturaleza en nuestro ordenamiento, al asignar al entonces Tribunal de Garantías Constitucionales la competencia para conocer y resolver en instancia única dicho proceso de control normativo. Y es así como, con algunas modificaciones, dicho procedimiento se encuentra contemplado ahora en el artículo 200° inciso 4 de la vigente Constitución de 1993.

A diferencia de lo dicho hasta aquí, la *jurisdicción constitucional de la libertad* sí manifestó un prolífico desarrollo normativo, tanto a nivel legal (como son los casos de la Ley de 21 de octubre de 1897, que reguló por primera vez el hábeas corpus; la Ley de 10 de febrero de 1916, N° 2223, que amplió su cobertura para la defensa de las “garantías individuales” normadas en la Constitución de 1860; o la Ley de 26 de setiembre de 1916, que perfeccionó sus aspectos procesales; y, en no menor medida, el D.L. N° 17083 de 24 de octubre de 1968, que fue el antecedente moderno y directo del amparo), así como a nivel constitucional (por ejemplo, la Constitución de 1920, que otorgó rango constitucional al hábeas corpus, o la Carta de 1933, que estableció como finalidad de dicha garantía la protección de “todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución”). Posteriormente, las denominadas “acciones de garantía” fueron incorporadas en el artículo 295° de la Constitución de 1979, llegando así a su actual configuración en el artículo 200° (incisos 1, 2, 3 y 6) de la vigente Constitución de 1993.

72 GARCÍA BELAUNDE, Domingo: op. cit, p. 426.

4. La justicia constitucional en el Perú, a partir del diseño normativo de los procesos constitucionales en la actual Constitución de 1993

El primer elemento cuyo estudio que debe guiar el diagnóstico que aquí proponemos sobre la justicia constitucional en nuestro país es el relativo a los *procesos constitucionales* que existen en nuestro ordenamiento jurídico para tutelar los derechos fundamentales y garantizar la supremacía de la Constitución, para lo cual vale la pena partir de la configuración normativa de cada uno de ellos, antes mencionada. Esto nos permitirá constatar, en parte, el grado de *efectividad* de la cual ha venido gozando nuestro sistema de justicia constitucional en estos años de funcionamiento, tomando como referencia factores objetivos tales como el *acceso* a dichos mecanismos, la *agilidad* y *sencillez* de su trámite, así como el *ratio de cumplimiento* de las decisiones definitivas recaídas en tales procedimientos.

4.1. Procesos de control orgánico

Situados en este ámbito, la Constitución proclama que los procesos de *inconstitucionalidad* (artículo 200° inciso 4) y de *conflicto de competencias* (artículo 202° inciso 3) son de competencia exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional (vale decir, resuelve en última y definitiva instancia); revistiendo la misma calidad, aunque a favor del Poder Judicial, el proceso de *acción popular* (artículo 200° inciso 5). Sin embargo, a esta configuración inicialmente “concentrada” –al más puro estilo europeo– del control de constitucionalidad de las leyes, cabe agregar la potestad que ostentan todos los jueces del Poder Judicial para *inaplicar* una norma legal ésta cuando contraviene, por la forma o por el fondo, el texto constitucional (artículo 138° segundo párrafo), convivencia que nuestra doctrina ha dado en denominar como “dual” o “paralela”.

En lo que concierne al **proceso de inconstitucionalidad**, nuestra Carta mantiene una legitimación tasada (artículo 203°), conferida como está al Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, el 25% del número legal de Congresistas, 5.000 ciudadanos con firmas comprobadas por el JNE, los presidentes regionales y alcaldes provinciales así como colegios profesionales en materia de su especialidad. A su vez, mediante este proceso constitucional, pueden ser impugnadas leyes de ámbito territorial nacional (vale decir, leyes generales, leyes orgánicas, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, resoluciones legislativas, decretos leyes y leyes de reforma constitucional), así como leyes de ámbito territorial restringido (típicamente, las ordenanzas regionales y municipales).

Por su parte, para el control abstracto de normas *infralegales* (reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general), el constituyente ha previsto el mecanismo del **proceso de acción popular**, que como se dijo antes es exclusivo del Poder

Judicial y así lo ha sido desde el inicio en la evolución de nuestro constitucionalismo histórico; de allí que el Tribunal Constitucional no conozca *strictu sensu* este proceso, aunque ello no impide que cuando la Sala Civil de alguna Corte Superior conozca una acción popular deba suspender dicho trámite si aprecia que la demanda de acción popular se basa en normas respecto de las cuales se ha planteado una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal, hasta que éste expida resolución definitiva, de acuerdo a lo establecido en los artículos VI segundo párrafo del Título Preliminar y 80° del Código Procesal Constitucional.

Finalmente, en lo que respecta al **proceso de conflicto de competencias**, la Constitución prevé escuetamente que su conocimiento es exclusivo del Tribunal Constitucional, distinguiendo entre conflictos de “competencias” y de “atribuciones”. El diseño normativo *infralegal* de este proceso constitucional (al cual autoriza el artículo 200° antepenúltimo párrafo de la Constitución) ha venido a completar esta regulación, estableciendo quiénes son los sujetos legitimados, el procedimiento a seguir, así como los efectos de las sentencias proferidas en esta clase de procedimientos (artículos 109° a 113° del Código Procesal Constitucional). Ello se ha visto reforzado, además, por la copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no sólo en lo que a tipologías y clasificaciones concierne (la consabida distinción entre *conflictos* “positivos”, “negativos” y “por menoscabo”), sino también en la construcción de principios y parámetros para realizar el control constitucional que esta vía supone (como son el “*test de competencia*” y los “*principios*” que éste contiene).

Advertido todo ello, sin embargo, es razonable esperar que, transitados ya treinta largos años de justicia constitucional orgánica (naturalmente, sin contar el intervalo durante el cual los procesos de control abstracto a cargo del Tribunal Constitucional se mantuvieron inactivos debido a la destitución de tres de sus integrantes), algunos aspectos del desarrollo jurisprudencial expuesto por el Tribunal merezcan una reflexión más detallada. Es lo que sucede, por ejemplo, con el problema de las formas de interrelación entre el control concentrado de constitucionalidad de las leyes y la potestad del control difuso a cargo de los jueces del Poder Judicial: y principalmente, el problema de la inaplicación judicial de una ley cuya constitucionalidad ya ha sido declarada por el Tribunal Constitucional. Como se sabe, esta inquietud se trató de responder a través de la creación del denominado “recurso de agravio constitucional a favor del precedente” (STC N.º 04853-2004-PA/TC), a través de una tesis interpretativa que, sin embargo, resultó muy criticada por la doctrina, y no sin alguna cuota de razón. Finalmente, la construcción de esta fórmula, que finalmente fue dejada sin efecto a través de una nueva línea jurisprudencial del Tribunal, no hace otra cosa que poner de manifiesto un conflicto latente no tanto en relación a quién tiene asignada la última palabra en materia de control constitucional de normas *infra-legales* (que es el Tribunal Constitucional, y no se discute), sino a los mecanismos que resultan necesarios para hacer valer esa supremacía interpretativa, cuando sabemos que las sentencias constitucionales estimatorias de segundo grado que inaplican una norma legal no llegan a conocimiento del Tribunal

Constitucional, cerrada como está la vía del recurso de agravio constitucional para esta clase de supuestos (artículo 202° inciso 2 de la Constitución).

No menos complejo es el panorama en el caso de los procesos de conflicto de competencias, pues si bien el récord de jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos permite apreciar un importante nivel de sentencias emitidas hasta la fecha en esta clase de procesos (lo que permite inferir un aceptable nivel de confianza en su efectividad como mecanismo de solución de controversias), también es cierto que la usual apelación al *principio de leal colaboración* entre los niveles de gobierno puede resultar, en determinados casos, *insuficiente* para lograr el fin pacificador que es inherente a estos asuntos, lo que se pone de manifiesto cuando el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una norma regional o local por invadir una competencia compartida con el Gobierno Central, pero no existen los mecanismos para impeler a este último a cumplir con la función que le corresponde (lo que viene siendo usual en el caso de ordenanzas regionales o municipales que protegen el medio ambiente ante la desidia del Poder Ejecutivo en hacer lo propio).

4.2. Procesos de tutela de derechos

Pero, sin lugar a dudas, los procesos constitucionales que, por así decirlo, entran en un contacto más directo con el ciudadano, y en consecuencia, revisten de mayor actualidad e impacto en la vida diaria, son los de tutela de derechos, y que en nuestro ordenamiento lo conforman los procesos de amparo (artículo 200° inciso 2), de hábeas corpus (artículo 200° inciso 1), de hábeas data (artículo 200° inciso 3) y de cumplimiento (artículo 200° inciso 6); todos ellos, de naturaleza compartida entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional.

En lo que respecta al **hábeas corpus**, la Constitución define a esta garantía como un mecanismo orientado hacia la protección del derecho a la libertad personal, básicamente oponible frente detenciones arbitrarias o ilegales. Sin embargo, la novedad que trajo consigo la redacción vigente consistió en ampliar su manto de protección también hacia los denominados “derechos constitucionales conexos”, vale decir, cuando concomitantemente a la libertad personal, se ven afectados derechos tales como al debido proceso o a la tutela procesal efectiva (cuyo contenido aparece regulado hoy en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional). Aunado a ello, en el devenir de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional también ha ampliado su radio de actuación, al identificar una serie de supuestos frente a los cuales procede esta garantía constitucional.

Por lo que concierne al **proceso de amparo**, su tutela se predica respecto de derechos constitucionales distintos a la libertad personal (cuya defensa, como se dijo, tiene lugar en el hábeas corpus), e igualmente distintos a los derechos de acceso a la información pública y a la autodeterminación informativa (que, como se dirá en breve, tienen

como cauce natural de protección al hábeas data). Se trata, a no dudarlo, del proceso constitucional de tutela de derechos *por excelencia*, a juzgar por los datos estadísticos que demuestran su incontestable prevalencia en relación a sus pares, lo que bien puede explicarse en términos de un altísimo grado de confianza en su funcionamiento (del trabajador despedido, del pensionista a quien se le niega prestación social, de la empresa que dice verse afectada por una resolución judicial, etc.), o bien en clave de un uso desmedido o abusivo de esta garantía. Aunado a ello, y al compás de pronunciamientos de impacto emitidos por el Tribunal Constitucional en amparos contra resoluciones judiciales, se mantiene viva la discusión sobre las fórmulas de delimitación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria en orden a la protección de los derechos fundamentales, lo cual es también consecuencia del modelo de justicia constitucional adoptado en nuestro país, que asigna al juez ordinario el papel de primer garante de los derechos fundamentales concernidos, directa o indirectamente, en un proceso judicial. Pero, sin atisbo de duda, el problema más gravitante que aqueja hoy por hoy al amparo tiene que ver con el tiempo que conlleva su tramitación desde que la demanda es interpuesta ante el juez civil o constitucional de primer grado, hasta que llega eventualmente a la sede del Tribunal Constitucional, de cuyo cómputo acaso no quepa excluir la fase de ejecución de la sentencia.

Menos conflictiva ha demostrado ser la dinámica del **proceso de hábeas data**, que como se dijo ya, tutela los derechos de acceso a la información pública y a la autodeterminación informativa. Muy por el contrario, en el primer caso de los mencionados (tutela del derecho de acceso a la información pública), las sentencias del Tribunal Constitucional han tenido por virtud afirmar el *principio de transparencia* en el actuar del Estado, permitiendo así la fiscalización, a través de su exposición pública, de la gestión de la cosa pública, sea que ésta sea realizada por entidades estatales o por entidades privadas que prestan servicios públicos. Mientras que en el segundo supuesto (garantía del derecho a la autodeterminación informativa), es claro el papel que ha cumplido la jurisprudencia del Tribunal a fin de redimensionar los alcances del contenido de la autodeterminación, cuya regulación primigenia contenida en el artículo 2º inciso 6 de la Constitución se ha visto complementada también por lo previsto en la legislación ordinaria (artículo 61º del Código Procesal Constitucional).

Finalmente, en lo que respecta al **proceso de cumplimiento**, destinado a lograr el cumplimiento de las leyes y actos administrativos, encontramos que a partir de la emisión del precedente vinculante recaído en la STC N.º 0168-2005-PC/TC (cuya lógica, por cierto, es transmisible *mutatis mutandi* a la STC N.º 0206-2005-PA/TC para el caso del amparo), la efectividad de este proceso constitucional se ha visto mermada de un modo considerable, principalmente como consecuencia de la aplicación mecánica y no siempre ponderada de lo establecido en dicha sentencia dictada hace más de ocho años; lo que, visto en perspectiva, nos hace pensar, por un lado, en la conveniencia de seguir apostando por un modelo de precedente vinculante de tipo *regla*, en desmedro de uno de tipo *principio* que permita al juez aplicador un mayor margen de maniobra

para decidir favorablemente o no el acceso a una garantía constitucional; y por el otro lado, también torna necesario avanzar hacia una nueva fórmula para recuperar la efectividad de este mecanismo ideado por el constituyente para hacer frente a la desidia de la Administración, lo que seguramente pasará por reforzar su íntima vinculación con los principios constitucionales a los cuales sirve como instrumento, que en nuestro concepto son los principios de seguridad jurídica y de legalidad.

IV PARTE

Rol del Tribunal Constitucional en el desarrollo sustantivo de la Constitución

Nuestro Tribunal Constitucional ha navegado por el calado profundo en los complejos archipiélagos del derecho constitucional concretizado de la parte dogmática de la Constitución. Así en brochazo panorámico el Tribunal Constitucional se ha pronunciado enumerativamente en torno a temas tan útiles como:

1. El derecho a la vida.
2. El derecho al desarrollo y bienestar.
3. El derecho a la igualdad ante la ley.
4. Libertad de conciencia.
5. Libertad de religión.
6. Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento.
7. Derecho a la información.
8. Derecho a la autotutela de la información personalizada.
9. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Derecho de rectificación.
10. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica.
11. A la inviolabilidad del domicilio.
12. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.
13. Derecho de reunión.
14. Derecho de asociación.
15. A la libertad de contratación.
16. A la libertad de trabajo.
17. A la propiedad y a la herencia.
18. Derecho a la participación política.
19. Derecho a la reserva sobre las convicciones y al secreto profesional.
20. A la identidad étnica y cultural.
21. Derecho de petición.
22. A la nacionalidad.
23. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.
24. A la legítima defensa.
25. A la libertad y a la seguridad personales.

Así pues, la principales líneas jurisprudenciales de Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales, pueden quedar quintaesenciadas del siguiente modo:

1. Determinación del contenido de los derechos fundamentales

- Con relación al modo cómo debe procederse en la delimitación de un derecho fundamental, el TC ha recepcionado ampliamente la estela del pensamiento constitucional europeo que, imbuido del paradigma del *neoconstitucionalismo*⁷³, ha desarrollado un amplio bagaje teórico respecto a las formas de interpretación de los derechos fundamentales y su vinculación con la *teoría de la argumentación jurídica*⁷⁴. Así, ha recogido tanto el desarrollo alexiano respecto a la *estructura* de una disposición de derecho fundamental⁷⁵, como la distinta *clasificación* de las normas en normas-regla y normas-principio⁷⁶.
- En lo atinente a los métodos de concreción del contenido de los derechos fundamentales, en un primer momento, ha recurrido a la teoría del **contenido esencial**⁷⁷ (STC 0050-2004-AI, caso de la reforma constitucional del régimen pensionario del Decreto Ley 20530), utilizando un **test de razonabilidad**⁷⁸; pero luego ha encauzado dicha determinación a través del **test de proporcionalidad**⁷⁹,

73 PRIETO SANCHÍS, Luis: *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Palestra, Lima, 2002; CARBONELL, Miguel (editor): *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2007; CARBONELL, Miguel y Leonardo GARCÍA JAMARILLO (editores): *El canon neoconstitucional*, Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, Madrid/México, 2010; POZZOLO, Susanna: *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Palestra, Lima, 2011; POZZOLO, Susanna (editora): *Neoconstitucionalismo, derecho y derechos*, Palestra, Lima, 2011.

74 ALEXY, Robert: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Prólogo de Manuel Atienza, Palestra, Lima, 2007.

75 BOROWSKI, Martin: *La estructura de los derechos fundamentales*, Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho N° 25, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

76 ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, 3ª. reimpresión, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

77 HÄBERLE, Peter: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Traducción de Joaquín Brage Camazano, Dykinson, Madrid, 2003; MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Tabla XII Editores, Trujillo, 2005.

78 CIANCIARDO, Juan: *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Universidad Austral-Editorial Ábaco de Rodolfo Palma, Buenos Aires, 2004.

79 AA.VV.: *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*, Miguel Carbonell y Pedro P. Grández Castro (Coordinadores), Palestra, Lima, 2010; CIANCIARDO, Juan: *Principio de proporcionalidad y concepto de derecho. Una aproximación desde la tesis del positivismo jurídico*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009; GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus: *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2003; BERNAL PULIDO, Carlos: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; LOPERA MESA, Gloria Patricia: *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

ampliamente desarrollado en la jurisprudencia comparada, y recogido a partir del caso del beneficio del PROFA (STC 0045-2004-AI), donde dicho test se especificó al caso del derecho a la igualdad, desarrollando sus clásicos sub-principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

- Igualmente el TC ha recogido ampliamente la **doble dimensión de los derechos fundamentales** (subjetiva y objetiva)⁸⁰, a partir de una recepción de la **teoría institucional de los derechos fundamentales**⁸¹ (STC 0050-2004-AI, caso de la reforma constitucional del régimen pensionario del Decreto Ley 20530), postulada entre otros por Peter Häberle.

2. Derechos civiles y políticos

2.1. Prohibición de discriminación

- El TC ha desarrollado en su jurisprudencia la cláusula contenida en el artículo 2, inciso 2, relativo al mandato constitucional de la no discriminación e igualdad ante la ley. Fundado en el principio-derecho de igualdad, el Colegiado ha concretizado dicho mandato en la prohibición de expulsar de la Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú, a cualquier alumna con basamento en su calidad de madre gestante (STC 5527-2008-PHC/TC, caso Nidia Yessenia Baca Barturén).
- Igualmente, ha estimado el TC que las Escuelas Técnicas Superiores de la Policía Nacional no deben atentar contra el derecho a la integridad personal de los alumnos, libre desenvolvimiento de la personalidad e igualdad, ni contra el debido proceso, en el caso de expulsión de un alumno, por su presunta identidad como homosexual (STC 0926-2007-AA/TC).

2.2. Derechos de libertad protegidos por el hábeas corpus

2.2.1. Dimensiones de la libertad personal

- El Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad personal es un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación o restricción a su libertad física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias.
- La plena vigencia del derecho fundamental a la libertad personal es un elemento vital para el funcionamiento del Estado social y democrático de derecho, pues no

80 CASTILLO CÓRDOVA, Luis: “Principales consecuencias de la aplicación del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, La Coruña, N.º 7, 2003.

81 HÄBERLE, Peter: *op. cit.*

sólo es una manifestación concreta del valor libertad implícitamente reconocido en la Constitución, sino que es presupuesto necesario para el ejercicio de otros derechos fundamentales. (STC 00019-2005-PI/TC).

2.2.2. Desaparición forzada

- El Tribunal Constitucional peruano ha asumido la postura de que la desaparición forzada es un delito de naturaleza permanente y de carácter pluriofensivo, que afecta un conjunto de bienes constitucionales de tanta trascendencia como lo es la libertad personal, la que puede verse traducida en actos que impliquen tratos crueles o inhumanos en contra de la persona (STC 2488-2002-PHC/TC).

2.2.3. Detención preliminar

- El Tribunal Constitucional ha señalado que el plazo de la detención que la Norma Fundamental establece es un plazo máximo, de carácter absoluto, cuyo cómputo es inequívoco y simple, pero no es el único, pues dentro de él podemos encontrar una subcategoría representada por el plazo estrictamente necesario de la detención. Y es que, aún si la detención no hubiera traspasado el plazo máximo, ese dato *per se* no resulta suficiente para evaluar los márgenes de constitucionalidad de la detención, pues esta tampoco puede durar más allá del plazo estrictamente necesario. Así, resulta lesivo al derecho fundamental a la libertad personal la privación de ésta en los supuestos en que ha transcurrido el plazo máximo para la detención, o cuando, estando dentro de dicho plazo, se ha rebasado el plazo estrictamente necesario (STC 6423-2007-PHC/TC).

2.2.4. Arresto domiciliario

- El Tribunal Constitucional a partir del año 2002 viene perfilando su jurisprudencia respecto al tema del arresto domiciliario y en ella se ha manifestado que la misma constituye una medida coercitiva de carácter personal distinta a la detención provisional, pues ella constituye una injerencia de menor grado en la esfera de libertad de la persona. Es esta razón la que llevó al Colegiado Constitucional a manifestar que el lapso de tiempo transcurrido bajo dicha medida coercitiva sea abonado, por el Juez Penal, al cómputo de la pena y contribuir al cumplimiento de la condena. (Criterio jurisprudencial asumido a partir de las STC 01565-2002-PHC/TC, 02363-2006-PHC/TC, 00019-2005-PI/TC, 6201-2007-PHC/TC).

2.2.5. Cadena perpetua

- El Tribunal Constitucional no desconoce la existencia en el texto constitucional de la cadena perpetua como una forma de pena privativa de libertad, pero señala que la misma no se condice con la función constitucional de la pena (reeducación,

rehabilitación y reincorporación del penado), pues esta intemporalidad no va a permitir nunca la concreción de los fines antes aludidos.

- Asimismo, se considera que esta clase de pena constituye una vulneración de la dignidad de la persona, pues por más execrable que sea el hecho criminal cometido por una persona, éste no pierde su condición de tal.
- En definitiva, el establecimiento de la pena de cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal.
- El Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a que regule el régimen penitenciario de la cadena perpetua, estableciendo que dicha pena sea revisada por el Juez a los 30 años de iniciada la ejecución de la condena (STC 0010-2002-AI/TC).

2. 2.6. Derecho a la visita íntima

- El Tribunal Constitucional ha señalado que un interno, sea cual fuere la naturaleza del delito por el cual es sentenciado o procesado, tiene derecho a acceder a visitas íntimas, bajo el razonamiento de que es deber del Estado hacer que su sistema penitenciario permita lograr la afirmación de los fines de la pena (reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado). En este contexto, el Tribunal estima que las visitas de familiares y amigos a los internos, particularmente la visita íntima, constituyen un importante instrumento para garantizar la función resocializadora de la pena y la finalidad rehabilitadora del tratamiento penitenciario.
- Por esta razón, el Estado debe asumir el deber positivo de lograr que todos los establecimientos penitenciarios del país cuenten con las instalaciones apropiadas (privadas, higiénicas y seguras) para permitir la visita íntima. (STC 1575-2007-PHC/TC).

2. 2.7. El indulto y la gracia presidencial

- El Tribunal Constitucional siguiendo con su línea jurisprudencial que señala que no existen zonas exentas del control constitucional, ha acotado las figuras del indulto y la gracia otorgada por el Presidente de la República, las cuales deben estar circunscritas a su estricta finalidad constitucional, cual es la atención a fines humanitarios. Por ello, cuando el indulto o la gracia hayan sido otorgados al margen de dicha finalidad, puede ejercerse sobre ellos el control constitucional, en salvaguarda del principio-derecho de igualdad ante la ley (STC 04053-2007-PHC/TC).

2.3. Derechos de los niños y adolescentes

- El TC también ha brindado un cualificado tratamiento en su jurisprudencia a los derechos de los niños y adolescentes, sobre todo en lo que respecta a la configuración constitucional del régimen de responsabilidad penal juvenil. Así, además de destacar el carácter de sujeto de derecho autónomo del niño y adolescente, y el principio constitucional e internacional del “interés superior del niño”, el TC ha adscrito a nuestro sistema los principios recogidos en distintos tratados internacionales, como la formación de un sistema especial penal juvenil y la obligación del Estado en la formación de programas de reducción de la violencia juvenil (STC 3247-2008-PHC/TC).
- Del mismo modo, el Colegiado también ha considerado que el derecho del adolescente a una adecuada resocialización supone que, al imponerle una restricción de su libertad, se vele porque se encuentre en un lugar cercano a su familia que le permita tener el apoyo moral necesario para la reeducación de su conducta, por lo que el traslado a otra ciudad atenta contra su adecuada rehabilitación (STC 3386-2009-PHC/TC).
- Finalmente, cabe destacar una reciente sentencia del Tribunal Constitucional, dictada en vía de amparo innovativo, en la que se fijó como *doctrina jurisprudencial vinculante* el criterio según el cual la fuerza normativa del *principio constitucional de protección del interés superior del niño* no sólo alcanza al momento de producción de normas, sino también al momento de la interpretación de éstas (STC 04058-2012-PA/TC, fundamento 19). Cabe señalar que dicha sentencia se dictó como consecuencia de una demanda de amparo interpuesta por la madre de una hija alimentista, cuyo proceso de alimentos instaurado en contra del padre de la menor había sido declarado concluido y archivado definitivamente por el sólo hecho de que la recurrente había llegado con dos minutos de retraso a la audiencia única.

2.4. Derecho a la identidad personal

- El TC ha definido que el derecho a la identidad supone el “derecho de toda persona a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)” (STC 2273-2005-PHC/TC, FJ. 21, Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas).
- En consonancia con ello, el TC ha precisado que se vulneran los derechos a la identidad y al reconocimiento de la personalidad jurídica si se deniega el

DNI arbitrariamente (STC 2432-2007-PHC/TC, FJ. 10, Caso Rolando Apaza Chuquitarqui).

2. 5. Tutela del derecho al honor y a la buena reputación a través del amparo

- El TC ha puntualizado que, tratándose del requerimiento de pagos efectuados por entidades privadas, deben efectuarse con escrupuloso respeto de las condiciones que establecen las normas jurídicas, a fin de no lesionar el derecho al honor (STC 005637-2006-AA/TC, FJ. 5).
- De igual forma, ha señalado que el registro de una persona en una lista de deudor de alto riesgo puede afectarla en su derecho al honor, si esa información no es verdadera (STC 06035-2006-AA/TC, FJ. 4). Igualmente, se ha reconocido que las personas jurídicas también pueden ser titulares del derecho a la buena reputación (STC 0905-2001-AA/TC, Caso Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín).
- Recientemente también el TC ha sentado la posición jurisprudencial de que una comunidad nativa goza del derecho fundamental al honor y que, de acuerdo a una concepción culturalmente abierta de este derecho, la afectación colectiva del mismo, supone también la afectación personal del honor de cada uno de sus miembros. Ha recogido también el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual, la reposición del honor puede conseguirse a través de medidas satisfactivas como desagravios públicos (STC 4611-2007-PA/TC).

3. Derechos económicos, sociales y culturales

3.1. Posición del TC frente a los derechos sociales

En armonía con la corriente contemporánea del constitucionalismo social, que entiende que el carácter normativo de los derechos fundamentales no puede sólo exigirse respecto a los derechos civiles y políticos, o derechos de primera generación, el TC ha dispuesto que los derechos sociales contienen mandatos de plena eficacia jurídica, aún cuando estén sujetos al principio de progresividad. Se distancia con esta posición de la tesis que sostenía que los derechos sociales eran meras normas programáticas, en modo alguno exigibles jurídicamente. No obstante, también entiende el Colegiado que dichos mandatos jurídicos sólo pueden ser efectivizados según las características que presente el caso concreto. Así, cuando se encuentre en juego las posibilidades mínimas de existencia del individuo, y se requiera una tutela urgente para remediar una situación de extrema vulnerabilidad, el titular del derecho puede legítimamente concurrir a los procesos constitucionales para satisfacción de sus derechos (STC 2945-2003-AA, caso Azhanca Alhelí Meza García).

3.2. Derecho a la salud

- La jurisprudencia del TC peruano ha evolucionado en cuanto a la interpretación del **carácter fundamental del derecho a la salud**, a través de cuatro estadios: a) en primer lugar, en el caso Juan Islas Trinidad y otros o caso del Penal de Challapalca, este derecho se ubica en la cláusula de los derechos innominados, merced a su vinculación con el derecho a la vida, la integridad y la dignidad de la persona (STC 1429-2002-HC/TC); b) en segundo lugar, en el caso Azanca Alhelí Meza García la salud es apreciada desde la óptica de los derechos sociales y se considera que su carácter de fundamental sólo se adquiere cuando están en juego otros derechos fundamentales, básicamente la vida (STC 2945-2003-AA/TC); b) luego, en el caso José Luis Correa Condori, se dijo que dicha relación con otros derechos no era el que le otorgaba el carácter de fundamental, pero sí lo acentuaba (STC 2016-2004-AA/TC); y d) finalmente, en el caso Internos de la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi, se ha decantado por considerar que es necesario brindar un mayor grado de autonomía a este derecho (STC 5842-2006-PHC/TC).
- El TC también ha desarrollado el **derecho a la salud mental**, a través de tres sentencias principales. En la primera de ellas, STC 3081-2007-PA, el TC abordó por vez primera la **fundamentación y desarrollo** de este derecho. Destaca de esta sentencia, el amplio reconocimiento que hace de los tratados internacionales en esta materia, concluyendo que los mismos están destinados al logro de la rehabilitación y a un tratamiento que estimule la independencia personal, la autosuficiencia y la integración social del discapacitado con proscripción del método intramural y a ser tratado en igualdad de condiciones, sin discriminación y en estricto respeto de sus derechos fundamentales. En el caso concreto, el TC estima que si bien es cierto lo recomendable es el método de tratamiento comunitario y la proscripción del método intramural, tal y como lo prescribe la Declaración de Caracas, ante la realidad de nuestro país y la situación concreta de la madre del paciente que no podía asumir sus cuidados, y en pos de un adecuado seguimiento del tratamiento médico, debe brindarse hospitalización permanente al paciente, dejando sin efecto el Alta Médica que prescribía un régimen de “Hospital de Día”.
- Asimismo, y aún cuando no era necesario para resolver el caso concreto, el TC ingresa a examinar diversos aspectos relacionados con la **política del Estado en materia de salud mental**. Aquí el TC detecta los siguientes problemas en las políticas de salud mental: a) La ausencia de culminación del Plan de Reparaciones recomendado por la Comisión de la Verdad, y la falta de sensibilidad en el tratamiento de los problemas postraumáticos de la violencia política; b) la falta de un estudio completo de la forma como los problemas sociales de migración, desarraigo, corrupción y violencia afectan la salud mental de la sociedad en su

conjunto; c) a pesar de los avances en el establecimiento de normas y planes que recogen los lineamientos internacionales en materia de atención de salud mental, con preferencia del método comunitario sobre el intramural, aún existe desidia por parte de las autoridades en la implementación de los planes, presupuesto sumamente insuficiente y falta de prioridad en el sector, ausencia de apoyo a la Dirección de Salud Mental como órgano rector de las políticas; d) falta de sensibilización comunitaria sobre los derechos de las personas con enfermedades mentales, que permita la instauración del método de tratamiento comunitario; y e) la falta de cobertura en ESSALUD respecto a enfermedades mentales y el déficit de acceso a los medicamentos.

- La segunda sentencia es la del caso Ramón Medina Villafuerte (STC 2480-2008-PA/TC), donde se reproducen los fundamentos del anterior precedente respecto a la necesidad de hospitalización permanente del paciente, pero se avanza en exhortaciones concretas respecto a dos puntos centrales: a) la implementación de un órgano de línea o unidad rectora en políticas de salud mental; y b) la inclusión de la cobertura del Seguro Integral de Salud de las enfermedades y trastornos mentales.

- Por último, la sentencia más reciente en este tema es la del caso Internos de la Sala de Hospitalización de Adicciones del Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado-Hideyo Noguchi (STC 5842-2006-PHC/TC). En éste, el Tribunal se plantea básicamente dos problemas: el **consentimiento para el ingreso a un centro de salud psiquiátrico** y las **condiciones del tratamiento intramural**. Aún cuando no estaban determinadas las personas afectadas en su libertad individual y condiciones adecuadas para el restablecimiento de su salud mental, es importante la labor del Tribunal en procurar resolver el caso, solicitando la información del propio Instituto y la intervención de la Defensoría como *amicus curiae*, debido a la gravedad de la afectación ius-fundamental alegada y ausencia de control constitucional anterior respecto al respeto de los derechos fundamentales en los centros de atención psiquiátrica. Básicamente aquí el Tribunal decide, además de exponer una serie de lineamientos sobre todo extraídos de los tratados internacionales sobre tratamiento de las personas con enfermedades mentales, declarar fundada la demanda por considerar que se ingresaron al centro psiquiátrico a menores sin el consentimiento de sus padres o tutores y de personas mayores sin su consentimiento propio; además de ordenar, con arreglo al presupuesto del Instituto, la separación de los espacios entre hombre y mujeres y entre personas mayores y adolescentes.

3.3. Tutela constitucional de derechos económicos

3.3.1. Derecho a la libertad de contratación

- El TC ha interpretado que el orden público y el bien común actúan como límites a la libre contratación en una doble perspectiva: prohibitiva y promotora. Prohibitiva en el sentido de que ningún pacto puede oponerse al contenido protegido de otros derechos. Y promotora en cuanto cabe que el Estado exija a la persona la celebración de determinados contratos, siempre que no afecte el contenido del derecho a la libre contratación y se tenga por objeto conceder la debida protección a otros derechos (STC N.º 2736-2004-AA/TC, Caso SOAT, FJ. 11).
- De igual forma, el TC ha asumido que la aplicación de una cláusula de contratación que liga a la recurrente a una de las codemandadas (Telefónica del Perú) por un lapso determinado, y al pago de un “cargo fijo” resulta palmariamente inconstitucional, por violar la dimensión negativa de la libertad contractual (STC N.º 0858-2003-AA/TC, FJ. 23).
- Finalmente, ha interpretado que una cláusula contractual manifiestamente irrazonable y fuera del sentido común resulta incompatible con la propia libertad de contratación (STC 06534-2006-PA/TC, Caso Sedapal, FJ. 3) (STC N.º 5311-2007-PA/TC, Caso Codisa, Voto Singular Mags. Beaumont y Eto Cruz, FJ. 20).

3.3.2. Derecho a la libertad de empresa

- El TC ha señalado que la libertad de empresa debe ser ejercida con sujeción a la ley y que su ejercicio debe respetar los diversos derechos de carácter socioeconómico que la Constitución reconoce. En tal sentido, ha interpretado que:
 - La restricción en la utilización de ómnibus carrozados sobre chasis de camión para la prestación del servicio de transporte interprovincial de pasajeros no afecta el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de empresa (STC 04637-2006-PA/TC, Caso Buses Camión, FJ. 37-40).
 - El establecimiento de requisitos para la importación de vehículos usados es una restricción legítima al derecho a la libertad de empresa pues busca proteger el derecho al medio ambiente y a la salud (STC 3048-2007-PA/TC, Caso Autos Usados).
 - La ordenanza que impide otorgar permisos temporales de circulación para vehículos menores es una limitación legítima al derecho a la libertad de empresa pues dicha medida tiene como finalidad la protección y seguridad de los ciudadanos, así como el ordenamiento y mejora del servicio público de transporte de pasajeros (STC 04466-2007-PA/TC, Caso Circulación Mototaxis, FJ. 13).

- La prohibición de que vehículos de transporte pesado circulen en el centro de la ciudad es una restricción legítima a la libertad de empresa, pues se justifica en la protección y promoción de otros bienes constitucionales, como son los urbanísticos, de servicio público y protección de la integridad de los ciudadanos (STC N.º 01739-2008-PA/TC, Caso Vehículos de Transporte Pesado, FJ. 14).
- Si bien los comerciantes informales tienen derecho a desarrollar su actividad al amparo del derecho a la libertad de empresa, ese derecho debe ser ejercido con respeto a los derechos de los demás y a la ley (STC 02576-2008-PC/TC, Caso Vendedores Ambulantes, FJ. 14).
- Asimismo, el TC ha señalado que si se observa que determinado accionar está dando como resultado la mejora en la salud pública de los pacientes del recurrente, no resulta aceptable que el Estado coloque trabas e impedimentos en el desarrollo de la empresa del recurrente, puesto que esto implica bienestar general que la sociedad ha de saber apreciar (STC 01972-2007-AA/TC, Caso Centro Médico del Tumor, FJ. 9).

3.3.3. Derecho a la libertad de comercio

- El TC ha señalado que la libertad de comercio debe ser ejercida con sujeción a la ley y al carácter socio-económico de la Constitución. Por lo tanto, no resulta desproporcionado regular el horario de expendio de bebidas alcohólicas (STC 00850-2008-PA/TC, Caso Comercialización Bebidas Alcohólicas, FJ. 20).

3.3.4. Derecho a la libertad de trabajo

- El TC ha señalado que el comercio ambulatorio se encuentra bajo el ámbito de protección del derecho a la libertad de trabajo. Sin embargo, su ejercicio está condicionado a que se cumplan los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico (STC 9213-2006-PA/TC, FJ. 6).

3.3.5. Derecho a la protección del interés de los consumidores y usuarios

- El TC ha señalado la omisión del legislador de incluir “la indebida, insuficiente o inoportuna información” como causal de desafiliación del sistema privado de pensiones resulta inconstitucional, por atentar contra el principio de protección a los consumidores y usuarios (STC 00014-2007-PI/TC, Caso Libre Desafiliación, FJ. 12).

4. Derechos culturales

4.1. Identidad cultural y étnica

- El TC ha señalado que una expresión del derecho a la identidad cultura y étnica es el derecho a usar el idioma propio ante los tribunales (STC 04719-2007-HC/TC, FJ. 12). Igualmente, ha reconocido que una de las obligaciones que se derivan de este derecho consiste en el fomento de la educación bilingüe e intercultural (STC 04232-2004-AA/TC, FJ. 15).

4.2. Derecho al territorio

- Sobre este aspecto, el TC ha señalado que, de acuerdo con el artículo 13 de la Convención 169 de la OIT, el término “tierras”, para el caso de los pueblos indígenas, incluye el concepto de “territorio”, ya que la unidad de la comunidad a su territorio excede la noción de propiedad patrimonial. Se piensa así en un dominio espiritual y cultural de la tierra (STC 03343-2007-PA/TC, FJ. 32, Caso Cordillera Escalera).

4.3. Derecho a la libre determinación

- El TC ha señalado que el derecho a la libre determinación consiste en la capacidad de los pueblos indígenas de organizarse de manera autónoma, sin intervenciones de índole política o económica por parte de terceros, y la facultad de aplicar su derecho consuetudinario a fin de resolver los conflictos sociales surgidos al interior de la comunidad, siempre que en el ejercicio de tal función no se vulneren los derechos fundamentales de terceros (STC 03343-2007-PA/TC, FJ. 32, Caso Cordillera Escalera).

4.4. Derecho a la consulta previa

- El TC ha reconocido que el derecho a la consulta previa viene a ser una concretización del derecho a la participación en la vida política, económica, social y cultural de la Nación (artículo 2, inciso 17 de la Constitución). Así pues, ha interpretado que la consulta debe realizarse antes de emprender cualquier proyecto relevante que pudiera afectar la salud de la comunidad nativa o su hábitat natural, para lo cual debe brindársele la información suficiente y en el momento oportuno. Asimismo, ha señalado que la consulta legitima la acción gubernamental y particular, facilitando la actuación de los sujetos involucrados en la explotación de los recursos naturales (STC 03343-2007-PA/TC, FJ. 35-36, Caso Cordillera Escalera).

4.5. Derecho al medio ambiente

- El TC ha resuelto casos relacionados al medio ambiente acudiendo al principio de prevención (que aconseja tomar medidas frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan) o al de precaución (que aconseja adoptar medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos). Precisamente, el TC ha utilizado el principio de precaución al ordenar la remoción de antenas telefónicas que afectaban el medio ambiente y la salud de las personas (STC 00964-2002-AA/TC y STC 0091-2004-AA/TC). No obstante, ha sostenido que deben existir indicios razonables y suficientes para la aplicación de este principio (STC 05387-2008-PA/TC, FJ. 15). De igual forma, la posición del Tribunal ha sido pacífica al admitir la restricción al derecho a la libertad de empresa y al trabajo, cuando se trata de proteger el medio ambiente, en el caso de la importación de autos usados (STC 03048-2007-PA/TC, STC 03610-2008-PA/TC y STC 03816-2009-PA/TC).

5. Derechos creados jurisprudencialmente por el TC

5.1. Derecho a la verdad

Para el TC la Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal, traduciéndose en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. (STC 2488-2002-HC/TC, caso Genaro Villegas Namuche). Este derecho deriva directamente del principio de la dignidad humana pues el daño ocasionado a las víctimas no sólo se traduce en la lesión de bienes tan relevantes como la vida, la libertad y la integridad personal, sino también en la ignorancia de lo que verdaderamente sucedió con las víctimas de los actos criminales. Asimismo, el derecho a la verdad, en su dimensión colectiva, es una concretización directa de los principios del Estado democrático y social de derecho y de la forma republicana de gobierno, pues mediante su ejercicio se posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales del terror (FFJJ. 16-17).

5.2. Derecho al agua potable

Para el TC aunque la Norma Fundamental no reconoce de manera expresa o nominal un derecho fundamental al agua potable, tal situación no significa ni debe interpretarse como que tal posibilidad se encuentre eludida o diferida, puesto que los derechos fundamentales no sólo pueden individualizarse a partir de una perspectiva estrictamente gramatical o positiva, sino también apelando a un ejercicio hermenéutico al amparo de una fórmula sistemática o variante de contexto, deducible de las cláusulas

contenidas en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, muchas de las cuales no sólo contienen derechos adicionales a los expresamente reconocidos en la Constitución, sino que incluso ofrecen contenidos mucho más amplios para aquellos que ya cuentan con cobertura constitucional (STC 6546-2006-PA/TC, caso César Augusto Zúñiga López).

5.3. Derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad

El derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad no se encuentra enunciado literalmente en la Constitución de 1993, como sí lo estuvo por la Constitución de 1979. El artículo 2, inciso 1, de la Constitución del 79 decía que toda persona tiene derecho: “A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad”. Este derecho supone que el Estado deba garantizar la libre manifestación de la capacidad de autodeterminación de las personas a través de su libre actuación general en la sociedad. En el caso específico llamado de la Calle de las Pizzas, el TC determinó que los concurrentes a los establecimientos comerciales de esa zona, tales como discotecas, pubs, karaokes, etc., tienen derecho a actividades de jolgorio que se hallan bajo el ámbito de protección del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, el cual no es absoluto, pues su ejercicio debe guardar armonía con los derechos fundamentales de otras personas (STC 0007-2006-PI/TC, caso Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari).

5.4. Derecho a la eficacia de las leyes y los actos administrativos

No sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, los relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento, surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento (STC 0168-2005-PC/TC, caso Maximiliano Villanueva Valverde).

5.5. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (el cual importa atribuir jurídicamente a una persona la aptitud suficiente para ser titular de derechos y obligaciones), si bien no se encuentra previsto de manera expresa en nuestra Constitución, encuentra acogida en el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”, así como en el artículo 3 de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

En este sentido, la expedición del Documento Nacional de Identidad repercute directamente en el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, toda vez que dicho documento, permite el ejercicio de otros derechos fundamentales inherentes al individuo (STC 02432-2007-PHC/TC, caso Rolando Apaza Chuquitarco).

5.6. Derecho al reconocimiento y tutela de las personas jurídicas

Existen dos criterios esenciales que justifican la titularidad de las personas jurídicas como sujetos de derechos fundamentales: a) La necesidad de garantizar el derecho a la participación de toda persona en forma individual o asociada en la vida de la nación, y b) La necesidad de que el principio del Estado democrático de derecho e, incluso, el de dignidad de la persona, permitan considerar un derecho al reconocimiento y tutela jurídica en el orden constitucional de las personas jurídicas. Debe precisarse que, el estatus jurídico de las personas jurídicas de derecho público no necesariamente resultaría el mismo que para las de derecho privado, aún cuando respecto de aquellas pueda también predicarse, en determinados supuestos, una cierta incidencia de los derechos fundamentales. (STC 04972-2006-AA, caso Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.).

5.7. Derecho de los consumidores y usuarios

El artículo 65 de la Constitución expresa la defensa del interés de los consumidores y usuarios, para lo cual garantiza su acceso a la información, salud y seguridad; pero no hace referencia a derechos constitucionales de los consumidores. No obstante, el TC extrajo de esta disposición derechos fundamentales a favor de usuarios y consumidores utilizando la cláusula de derechos no enumerados. En este sentido “cuando la constitución establece la defensa del interés de los consumidores, está ubicándose en una perspectiva de tipo bilateral, es decir, está reconociendo que se trata no sólo de un principio sino de un auténtico derecho fundamental (STC 3315-2004-AA/TC, caso Agua pura Rovic S.A.C.).

5.8. Derecho a la objeción de conciencia

En virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la formación de esta careciera de toda vocación

de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y, por ende, en su dignidad de ser humano. De allí que el Tribunal Constitucional considere, sin necesidad de acudir a la cláusula 3° de la Constitución, que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia (STC N° 0895-2001-AA, FJ. 06, caso Lucio Valentín Rosado Adanaque).

6. Derechos procesales implícitos

El TC también ha desarrollado, los derechos procesales implícitos, los cuales forman parte del debido proceso, como son: El derecho al juez natural, al plazo razonable, al Ne bis in idem, a la prueba y otros. Así ha establecido: “Ciertamente, el derecho a ser juzgado por jueces imparciales no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución. Ello, sin embargo, no ha impedido a este Tribunal reconocer en él a un derecho implícito que forma parte de un derecho expreso. A saber, del derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución”. (STC 6149-2006-PA y 6662-2006-PA, FJ. 48 y 49, Caso Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y Compañía de exploraciones Algamarca S.A.).

QUINTA PARTE

Rol del Tribunal Constitucional en el desarrollo procesal de la Constitución

La defensa de la Constitución no sólo se manifiesta a través de los factores externos que permiten una vigencia sociológica o real de la *norma normarum*. Se expresa, también, a través de sus propios mecanismos internos que hoy, la literatura más especializada la denominaba, desde la vieja polémica Kelsen-Schmitt, como la “defensa de la Constitución”, por el hoy concepto más específico de jurisdicción constitucional, piedra de toque hoy de la moderna disciplina del derecho procesal constitucional.

En tal perspectiva, bien cabe hablar de un desarrollo sustantivo y procesal de la Constitución

Desde un enfoque procesal, que es lo que aquí interesa en estos treinta años de jurisdicción constitucional, encontramos un conjunto de abordaje que ha hecho el Colegiado Constitucional, a partir del archipiélago de heterodoxos conceptos e interrelaciones que hoy rodean al derecho procesal constitucional.

Lo que a continuación apreciaremos, son los diversos ejes temáticos que el Tribunal Constitucional ha abordado, a fin de delimitar y resolver las controversias de diversos procesos constitucionales.

5.1. El debido proceso

Aunque se ha entendido que el debido proceso constituyen los diversos derechos fundamentales de las partes en un proceso, el Tribunal Constitucional ha desarrollado con calado profundo una concepción *formal* y *material* de este emblemático derecho fundamental, que suele ser esgrimido por los abogados cuando se plantean amparos contra resoluciones judiciales, contra procesos administrativos o contra entidades corporativo-privadas. Veamos:

5.1.1. Debido proceso formal

El Tribunal Constitucional ha evidenciado algunas manifestaciones. Así, para este Colegiado, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos fundamentales⁸².

82 STC 09518-2005-PHC. FJ. 2.

El derecho fundamental al debido proceso, tal como ha sido señalado por este Tribunal en reiterada jurisprudencia, es un derecho –por así decirlo– continente puesto que comprende, a su vez, diversos derechos fundamentales de orden procesal. A este respecto, se ha afirmado que su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos (STC 07289-2005-AA/TC, FJ. 5).

Al respecto, es importante precisar que, sin perjuicio de esta dimensión procesal, el Tribunal Constitucional ha reconocido en este derecho una dimensión sustancial, de modo tal que el juez constitucional está legitimado para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones judiciales. De ahí que este Colegiado haya señalado, en anteriores pronunciamientos, que el derecho al debido proceso en su faz sustantiva “se relaciona con todos los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer” (STC 9727-2005-HC/TC, FJ. 7)⁸³.

El debido proceso, por otro lado, precisa el Tribunal Constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo –como en el caso de autos–, o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal⁸⁴.

El debido proceso, según lo ha establecido la doctrina en forma consolidada, es “un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho de defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos individuales sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo al Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos. [Bustamante Alarcón, Reynaldo, “El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo”, Cit. por Javier Dolorier Torres en “Diálogo con la Jurisprudencia”, Año 9, número 54, marzo 2003, Gaceta Jurídica, Lima, pág.133]. Con similar criterio, Luis Marcelo De Bernardis define al debido proceso como “el conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la justicia en el caso concreto”⁸⁵.

83 STC 07022-2006-PA, FJ. 5.

84 STC 00090-2004-PA, FJ. 24.

85 STC 0090-2004-AA/TC, FJ. 22.

5.1.2. Debido proceso sustantivo o material

El Tribunal Constitucional ha definido esta otra noción. Así, sostiene que la dimensión sustancial del debido proceso abre las puertas para un control no sólo formal del proceso judicial sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no sólo formal de la decisión judicial, sino también la razonabilidad y proporcionalidad con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes. Como lo ha precisado la Corte Constitucional Colombiana en criterio que lo asume el Tribunal Constitucional peruano,

“El derecho al debido proceso es un derecho fundamental constitucional, instituido para proteger a los ciudadanos contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo en las actuaciones procesales sino de las decisiones que adoptan y pueda afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquellos”.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha expresado que a partir del debido proceso también es posible un control que no es sólo procesal o formal, sino también material o sustancial, respecto de la actuación jurisdiccional vinculado esta vez con la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones que emite en el marco de sus potestades y competencias. En este sentido aclara que,

“el debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal, que se traduce ... en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja, que no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también como un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia”.

El debido proceso en su dimensión sustancial quiere significar un mecanismo de control sobre las propias decisiones y sus efectos, cuando a partir de dichas actuaciones o decisiones se afecta de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental (y no sólo los establecidos en el artículo 4° del CPConst.). No se trata desde luego que la justicia constitucional asuma el papel de revisión de todo cuanto haya sido resuelto por la justicia ordinaria a través de estos mecanismos, pero tampoco de crear zonas de intangibilidad para que la arbitrariedad o la injusticia puedan prosperar cubiertas con algún manto de justicia procedimental o formal. En otras palabras, en el Estado Constitucional, lo “debido” no sólo está referido al cómo se ha de actuar sino también a qué contenidos son admitidos como válidos. Tal como refiere Bernal Pulido, el Estado Constitucional bien puede ser definido en su dimensión objetiva como un “conjunto de procesos debidos” que vinculan la actuación de los poderes públicos a los principios, valores y reglas del Estado democrático.

De este modo, también a partir de la dimensión sustancial del debido proceso, cualquier decisión judicial puede ser evaluada por el juez constitucional no sólo con relación a los derechos enunciativamente señalados en el artículo 4° del CPConst. sino a partir de la posible afectación que supongan en la esfera de los derechos constitucionales⁸⁶.

5.2. Tutela procesal efectiva

Uno de los temas que mayor tránsito argumentativo se muestra en la jurisprudencia constitucional es este tópico. Entiende el Tribunal Constitucional que la tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso⁸⁷.

La tutela procesal efectiva como derecho protegible dentro del ordenamiento constitucional tiene un claro asidero en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, reconduciendo y unificando lo dispuesto en el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución, pues en éste se incluye separadamente el derecho al debido proceso y a la tutela judicial⁸⁸.

Es pertinente recordar que, según la doctrina de nuestro ordenamiento constitucional la tutela jurisdiccional es un derecho “continente” que engloba, a su vez, dos derechos fundamentales: el acceso a la justicia y el derecho al debido proceso (Cf. STC 0015-2001-AI/TC). Tal condición del derecho a la tutela jurisdiccional se ha expresado también en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional que, al referirse al derecho a la tutela procesal efectiva, ha establecido en su primer párrafo que éste comprende el acceso a la justicia y el debido proceso⁸⁹.

5.3 Una visión sintética de la jurisdicción constitucional de la libertad

Siguiendo la clásica concepción que en su momento delineara Mauro Cappelletti, nuestra jurisdicción constitucional se expresa en cuatro procesos constitucionales: hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento. Veamos cómo en la

86 STC 01209-2006-PA, FJ. 28 a 31, ver RTC 1209-2006-PA, Aclaración de fecha 27 de octubre del 2006.

87 STC 6712-2005-PHC, FJ. 13.

88 STC 6712-2005-PHC, FJ. 8.

89 STC 3938-2007-PA, FJ. 1.

dinámica de esta particular jurisdicción ha venido marcando la cartografía procesal que vincula a todos los operadores jurídicos del sistema jurídico.

5.3.1. Hábeas corpus

a) Noción

Iniciamos en esta parte el desarrollo jurisprudencial que el Tribunal Constitucional ha venido configurando a uno de los antiquísimos instrumentos procesales de raigambre histórica y que se configura como el remedio *non plus ultra* para la tutela de la libertad personal, en sus diversas manifestaciones.

En este contexto, a partir del delineamiento del legislador positivo (C.P.Const.) que ha acogido una concepción amplia y no restrictiva de los *contenidos sustantivos* que tutela el hábeas corpus; esto es, ya no sólo como un remedio para la defensa de la libertad física o ambulatoria, sino como un instrumento protector de los derechos conexos a la libertad individual. Así, el TC ha venido desarrollando a través de la interpretación constitucional una serie de *contenidos constitucionales* que, finalmente, tendrían encaje dentro del marco protector del hábeas corpus. Veamos:

“Si bien el hábeas corpus en su origen histórico surge como remedio contra aprehensiones ilegales, representando la defensa de aquello que los antiguos romanos denominaban *ius movendi et ambulandi* o los anglosajones consignaban como *power of locomotion*, su desarrollo posterior lo ha hecho proyectarse hacia situaciones y circunstancias que si bien son próximas a un arresto, no se identifican necesariamente con él. Su ámbito de acción es básicamente de resguardo y tutela de la libertad personal en sentido lato. Incluso, en la actualidad, algunas figuras del hábeas corpus abandonan los límites precisos de la libertad física para tutelar derechos de índole distinta. [Cfr. Exp. N° 2663-2003-HC/TC]”⁹⁰.

De otro lado, el Tribunal Constitucional recoge parte de los antecedentes del hábeas corpus y se pronuncia sobre la antigua concepción clásica que existía en torno a ella.

“Desde antigua data, la libertad (como estado natural de una persona) ha sido uno de los atributos más valiosos con los que cuenta un ser humano; tal situación supuso que la libertad sea objeto de protección y tutela frente a las privaciones. Así, el antecedente más remoto de tutela lo encontramos en el interdicto de *hómīne líbero exhibendo* el cual constituyó una especie de “acción popular”, ejercitable por cualquiera y de manera indeterminada, que estaba encaminada a tutelar la libertad de aquel

90 STC 06936-2005-PHC, FJ. 2.

hombre libre privado dolosamente de ella. Esta concepción de hábeas corpus ha sido catalogada como la *percepción clásica* de este instituto y como el instrumento *nom plus ultra* de tutela de la libertad individual, pues, como ya se ha señalado, servía para tutelar el atributo que los romanos llamaron *ius movendi et ambulandi* o lo que los anglosajones denominaron *power of locomotion*⁹¹.

Dentro de este desarrollo conceptual del hábeas corpus, el Tribunal Constitucional ha venido insistiendo en “otros” derechos conexos a la tutela de la libertad. Veamos:

“...Que, sobre la base de tal reclamación, este Colegiado considera pertinente recordar el carácter especial del proceso constitucional del hábeas corpus, que según la Norma Fundamental, procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual o los derechos constitucionales conexos [artículo 200º, inciso 1) de la Constitución]. Por tanto, siendo el habeas corpus un mecanismo procesal expeditivo, sumarísimo y de tutela urgente que protege la libertad personal y derechos conexos a ella [entre otros, aquellos previstos en el artículo 25º del CPCo], su ámbito de protección como garantía constitucional no puede ser, bajo ningún supuesto, desnaturalizado... Que, como se aprecia, hoy en día el proceso de habeas corpus se configura como proceso constitucional indispensable para la protección de la libertad individual, así como -y esto también es de relevancia- para la protección de otros derechos fundamentales conexos a aquella como son la vida, la integridad física, la verdad en materia de desapariciones forzadas o la protección contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, e incluso la salud de las personas...”⁹².

Desde otra perspectiva, el Tribunal Constitucional, además de reconocer los derechos conexos a la libertad, enfila, aunque de modo tangencial, la naturaleza de este instituto, descartando el carácter de procedimiento formal, y afirmando su función expeditiva y apremiante, tocando así su verdadera naturaleza sumarísima.

“... Como se aprecia, hoy en día el PHC se configura como proceso constitucional indispensable para la protección de la libertad individual, así como -y esto también es de relevancia- para la protección de otros derechos fundamentales conexos a aquella como son la vida, la integridad física, la verdad en materia de desapariciones forzadas o la protección contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, y tal como se expondrá más adelante, incluso la salud de las personas, sobre todo en caso de aquellos que sufren problemas de enfermedades mentales. La dimensión tutelar del PHC exige al

91 STC 3509-2009-PHC, FJ. 2.

92 RTC 3200-2009-PHC, FJ. 2.

juez constitucional no una función pasiva o formalista sino por el contrario una actuación expeditiva y apremiante que, sostenida en la vocación de protección de bienes constitucionales tan preciados, identifique adecuadamente el fundamento o la razón de una demanda, así como los derechos afectados, de modo tal que pueda prevenir su vulneración o de ser el caso reparar con la mayor prontitud la afectación que se estuviera produciendo...”⁹³.

Igual postura es intermitentemente reiterada:

“... El proceso constitucional de hábeas corpus es de naturaleza netamente excepcional, dirigido a tutelar la libertad individual de la persona y evitar que ésta sea recortada o perturbada indebidamente por autoridad, funcionario o persona alguna...”⁹⁴.

b) Procedencia

Si bien existen tres grandes supuestos de procedencia del hábeas corpus como son: a) por violación o amenaza de violación, b) contra actos provenientes de normas, y c) contra resoluciones judiciales; en los últimos tiempos, a partir de estos presupuestos procesales, se han venido delineando diversas figuras o requisitos de admisibilidad. Con todo, si echamos un vistazo comparativo entre el hábeas corpus y el amparo; en materia de hábeas corpus el TC aún mantiene una *postura restrictiva*, en cuanto el Colegiado Constitucional considera de competencia de la jurisdicción ordinaria la mayoría de los asuntos sometidos a su examen. Veamos:

“... El Código Procesal Constitucional señala que el hábeas corpus procede en los siguientes supuestos: a) Cuando se amenacen o violen los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona (artículo 2); b) Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución (artículo 3); c) Cuando una resolución judicial firme vulnere en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva (artículo 4); y, d) Todos los señalados taxativamente en el artículo 25...”⁹⁵.

— Procedencia frente a amenazas

Como quiera que una primera matriz de procedencia de los procesos constitucionales de la libertad es frente a la violación y amenaza, el Tribunal Constitucional ha indicado

93 STC 5842-2006-PHC, FJ. 6.

94 STC 1560-2005-PHC, FJ. 8.

95 STC 3467-2005-PHC, FJ. 2.

los presupuestos mínimos de una amenaza. Veamos las diversas formas de cómo se aprecia esta situación.

“... El hábeas corpus no sólo procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera la libertad individual o derechos conexos, sino también ante la amenaza de que se pueda producir tal vulneración. Para tal efecto debe reunir determinadas condiciones tales como: a) la inminencia de que se produzca el acto vulnerador, esto es, que se trate de un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios; y b) que la amenaza a la libertad sea cierta, es decir, que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones...”⁹⁶.

En otra perspectiva el Tribunal Constitucional ha indicado que:

“... Una primera cuestión que este Tribunal estima pertinente analizar son los supuestos de procedencia de los procesos constitucionales que prevé el Código Procesal Constitucional en el artículo 2º y en el último párrafo del artículo 25º. El artículo 2º señala que “(...) los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización. (...)”. En este supuesto, y de conformidad con el artículo 200º, inciso 1, de la Constitución, el Código Procesal Constitucional establece la procedencia de los procesos constitucionales, particularmente el del hábeas corpus, no sólo cuando existe una violación actual a los derechos fundamentales tutelados, sino también cuando exista una amenaza cierta e inminente... Esto implica que, para determinar si existe certeza de la amenaza del acto vulnerador del derecho fundamental a la libertad personal, se requiere la existencia de un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, lo cual excluye considerar conjeturas o presunciones. En tanto que, para que se configure la inminencia del mismo, es preciso que se trate de un atentado al derecho a libertad personal que esté por suceder prontamente o esté en proceso de ejecución, no reputándose como tal a los simples actos preparatorios, tal como lo ha establecido este Tribunal anteriormente (Exp. N° 0008-2005-HC/TC)...”⁹⁷.

Y así concluye el TC:

“...En tal sentido cabe señalar que el juez constitucional al recibir una demanda de hábeas corpus, tiene como primera función verificar si ésta cumple los

96 STC 2665-2003-PHC, FJ. 3 *in fine*.

97 STC 5872-2005-PHC FJ. 1.

genéricos requisitos de procedibilidad previstos en los artículos 2º, 3º, 4º y 5º del CPConst., pues solo así podrá comprobar si la relación jurídica procesal es válida y, por tanto, es factible que se pronuncie sobre el fondo del asunto controvertido...”⁹⁸.

— Procedencia de hábeas corpus contra resoluciones judiciales.

La entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional supuso la incorporación normativa de un conjunto de institutos jurídico procesales que no habían sido regulados por su antecesora (Ley 23506); dentro ellos destacamos la posibilidad de interponer procesos constitucionales contra resoluciones judiciales emitidas en la tramitación de procesos jurisdiccionales, siempre que en ellas se evidencie una afectación al derecho fundamental a la tutela procesal efectiva. Pero la posibilidad de plantearlo no era automático, sino que estaba supeditada a la constatación de un requisito, representado por la firmeza de la resolución a la cual se le reputaba contener el acto lesivo del derecho fundamental.

Dicho requisito constituye un acierto del legislador, pues con ello el Colegiado Constitucional conserva sus competencias y no se superpone a las funciones del Poder Judicial. Este criterio ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional del siguiente modo:

“... A su vez, el Código Procesal Constitucional establece en su artículo 4º, segundo párrafo, que el hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

Que así pues no todas las resoluciones judiciales pueden ser objeto de control por el proceso constitucional de hábeas corpus; antes bien y en línea de principio, sólo aquellas resoluciones judiciales firmes que vulneren en forma manifiesta la libertad individual o los derechos conexos a ella, lo que implica que el actor, frente al acto procesal alegado de lesivo, previamente haya hecho uso de los recursos necesarios que le otorga la ley. Y es que, si luego de obtener una resolución judicial firme, no ha sido posible conseguir en vía judicial la tutela del derecho fundamental presuntamente vulnerado, quien dice ser agredido en su derecho podrá acudir al proceso constitucional, a efectos de solicitar su tutela...”⁹⁹.

Dentro de esta misma concepción del artículo 4º del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional ha indicado que la resolución judicial firme es el requisito de procedibilidad del hábeas corpus.

98 STC 6218-2007-PHC, FJ. 8.

99 STC 6032-2008-PHC, FF.JJ. 2 y 3.

“... Que conforme al artículo 4 del Código Procesal Constitucional, constituye un requisito de procedibilidad para el hábeas corpus interpuesto contra una resolución judicial, la firmeza de la resolución que se cuestiona. Ello implica que antes de la interposición de la demanda para el proceso constitucional, debe agotarse los recursos y remedios pertinentes al interior del proceso subyacente...”¹⁰⁰.

En igual tesitura expone el Colegiado:

“... Que a la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional se observó que una de las principales innovaciones que traía con respecto de la Ley 23506, que lo antecedió, fue la posibilidad de interponer procesos constitucionales contra resoluciones judiciales, siempre que estas afectaran a la tutela judicial efectiva, categoría jurídica introducida por el propio Código, respecto de la cual estableció un requisito de procedibilidad, cual era que la resolución objeto de cuestionamiento tuviera firmeza. Dicha novedad está contenida en el artículo 4º del citado Código, que en su segundo párrafo señala que: “... El hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva...”.

Que ya en reiterados fallos este Colegiado ha declarado, respecto del requisito de firmeza, que ello implica que: “... antes de la interposición de la demanda... debe agotarse los recursos y remesas pertinentes al interior del proceso subyacente...” (STC 3470-2005-HC/TC)...”¹⁰¹.

El TC ha venido intermitentemente enfatizando lo que es competencialmente inherente a la justicia ordinaria y en qué supuestos entra la jurisdicción constitucional. Veamos:

“... No puede acudir al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos y que, como es la determinación de la responsabilidad criminal, son de incumbencia exclusiva de la justicia penal. El hábeas corpus es un proceso constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución y no para revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal son las más adecuadas conforme a la legislación ordinaria. En cambio, no puede decirse que el hábeas corpus sea improcedente para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en un proceso penal, cuando ella se haya expedido con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben observarse en toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido al derecho a la protección jurisdiccional de los

100 RTC 3470-2005-PHC, FJ. 2.

101 RTC 4825-2008-PHC, FF.JJ. 2 y 3.

derechos y libertades fundamentales y, por otro, por promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo...”¹⁰².

Reitera más sobre lo mismo en otra posición:

“...Que asimismo este Colegiado ha sostenido que “[...] no puede acudir al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos, como lo es la determinación del tipo penal o la responsabilidad criminal, que son de incumbencia exclusiva de la justicia penal. El hábeas corpus es un proceso constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución, y no a revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal es el más adecuado conforme a la legislación ordinaria” (STC N.º 1230-2002-HC, Caso Tineo Cabrera, Fundamento 7).

Que por ello resulta pertinente subrayar que el proceso constitucional no debe ser utilizado como vía indirecta para revisar una decisión jurisdiccional final que implica un juicio de reproche penal sustentado en actividades investigatorias y de valoración de pruebas, aspectos que son propios de la jurisdicción ordinaria y no de la justicia constitucional, que examina casos de otra naturaleza...”¹⁰³.

— La conexidad como requisito para tutelar el debido proceso

Como ya se tiene dicho, la evolución del hábeas corpus hacia su concepción amplia supuso la introducción, dentro de su ámbito de protección de derechos distintos a la libertad individual, formalmente concebida, que *prima facie*, no siendo objeto de tutela vía este proceso, sí lo sería en tanto y en cuanto su afectación generara un perjuicio a la libertad individual de modo simultáneo. Estos derechos son, entre otros conexos a la libertad individual, la tutela procesal efectiva, debido proceso e inviolabilidad de domicilio.

En otras palabras es condición *sine qua nom* para tutelar el derecho a la *tutela procesal efectiva* vía el proceso constitucional de hábeas corpus, la conexión de este con la libertad individual. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional cuando, desarrollando el tema a través de su jurisprudencia, ha señalado que:

“... no cualquier reclamo que alegue a priori afectación de los derechos conexos a la libertad individual puede franquear la procedibilidad de una demanda de hábeas corpus, pues para ello se requiere *prima facie* que se cumpla con el requisito de la *conexidad*. Este requisito comporta que el reclamo alegado esté

102 STC 01230-2002-PHC, FJ. 7 párrafo 2.

103 RTC 1922-2005-PHC, FJ. 3 y 4.

siempre vinculado a la libertad individual, de suerte que los actos que se aduzcan como atentatorios de los derechos constitucionales conexos resulten también lesivos del derecho a la libertad individual. O dicho de otra manera, para que la alegada amenaza o vulneración de los denominados derechos constitucionales conexos se tutele mediante el proceso de hábeas corpus éstas deben redundar en una amenaza o afectación de la libertad individual...”¹⁰⁴.

El TC aclara las eventuales “conexidades” que permiten residenciar un hábeas corpus:

“... si bien dentro de un proceso constitucional de la libertad como es el hábeas corpus este Tribunal Constitucional puede pronunciarse sobre la eventual vulneración de los derechos al debido proceso... como ya se dijo, ello ha de ser posible siempre que exista conexión entre estos derechos y el derecho fundamental a la libertad individual, o lo que es lo mismo, que la afectación del derecho constitucional conexo incida también negativamente en la libertad individual...”¹⁰⁵.

Como quiera que el debido proceso comprende un complejo marco de derechos fundamentales del procesado, el TC ha venido delineando este concepto genérico imbricándolo con la libertad individual “conexa”. Veamos algunos planteos:

“... Como se podrá apreciar, el ámbito de protección del hábeas corpus ha sido extendido a la tutela del debido proceso, lo que supone el otorgamiento, al Juez Constitucional, de la facultad de emitir pronunciamiento ante la eventual vulneración del derecho fundamental antes mencionado; siendo necesario para ello la verificación, en el caso concreto, de la conexidad entre éste (debido proceso) y la libertad individual...”¹⁰⁶.

“... Como se podrá apreciar, el ámbito de protección del hábeas corpus ha sido extendido a la tutela del debido proceso, lo que supone el otorgamiento, al Juez Constitucional, de la facultad de emitir pronunciamiento ante la eventual vulneración del derecho fundamental antes mencionado; siendo necesario para ello la verificación, en el caso concreto, de la conexidad entre éste (debido proceso) y la libertad individual... Es más, el Colegiado Constitucional ha aseverado que: “... no cualquier reclamo que alegue a priori afectación de los derechos conexos a la libertad individual puede franquear la procedibilidad de una demanda de hábeas corpus, pues para ello se requiere prima facie que se cumpla con el requisito de la conexidad. Este requisito comporta que el reclamo

104 RTC 4052-2007-PHC, FJ. 3.

105 RTC 4052-2007-PHC, FJ. 4.

106 STC 3509-2009-PHC, FJ. 4.

alegado esté siempre vinculado a la libertad individual...” (STC. 4052-2007-PHC/TC).

Así las cosas, es pertinente, de cara a la correcta resolución del presente caso, verificar si la alegada vulneración del debido proceso efectuada por el recurrente lleva aparejada el requisito de *conexidad* al que se ha hecho referencia en los fundamentos precedentes. Así analizado el expediente, se puede concluir de la instrumental obrante de fojas 153 a 161 que el recurrente tiene la medida coercitiva personal de comparecencia con restricciones, como por ejemplo la de no ausentarse del lugar de su residencia sin previo aviso del Juez, comparecer, cada 15 días y de manera personal al juzgado a informar y justificar sus actividades bajo apercibimiento de revocársele la medida coercitiva impuesta. Todo ello, a juicio de este Colegiado, constituye una injerencia en la esfera de libertad de la persona del recurrente, con lo que le está completamente legitimado a este Tribunal analizar el fondo de la controversia constitucional planteada...”¹⁰⁷.

“... es pertinente señalar que la anuencia o negativa de procedencia de una demanda de hábeas corpus contra una resolución judicial no se configura per se con la existencia, o no, de una medida coercitiva de la libertad dictada al interior del proceso penal, o incluso anexa a la resolución que se cuestiona, sino que tal incidencia en el derecho en la libertad personal debe dimanar de manera directa y negativa de la propia resolución que se cuestiona mediante el proceso de la libertad, pues una vez verificada la incidencia y el agravio de aquella en el derecho a la libertad personal recién se apreciará la concurrencia del requisito de firmeza exigido en los proceso de la libertad...”¹⁰⁸.

“...Que no obstante ello resulta oportuno prima facie llevar a cabo un análisis formal de procedencia de la demanda de hábeas corpus antes que emitir un pronunciamiento de fondo. Y es que si bien es cierto que el artículo 1° del Código Procesal Constitucional establece que los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de estos derechos, también es cierto que si luego de presentada la demanda ha cesado la agresión o amenaza de violación del derecho o derechos invocados, es obvio que no existe la necesidad de emitir un pronunciamiento de fondo, ya que en tal caso se ha producido la sustracción de materia...”¹⁰⁹.

107 STC 3509-2009-PHC, FJ. 4 y 5.

108 RTC 3124-2008-PHC, FJ. 2, segundo párrafo.

109 RTC 5230-2009-PHC, FJ. 3.

— **Procedencia del hábeas corpus para proteger la *non reformatio in peius***

“En lo que respecta al extremo alegado en la demanda referido a la indebida modificación realizada por la Sala Suprema en el tipo penal que sustenta la condena del demandante, la ejecutoria suprema de fecha 28 de abril de 1998 (tal como consta a fojas 537 de autos) señala lo siguiente (...)

De ello se advierte que el único extremo que fue modificado por la Corte Suprema fue el correspondiente pena de multa que no había sido fijada por la sala superior. Antes de determinar si tal modificación constituye una vulneración de la interdicción de la reforma en peor, es preciso reiterar la naturaleza del proceso de hábeas corpus, el cual, conforme al artículo 200, inciso 1 de la Constitución es un proceso constitucional destinado a tutelar la libertad individual y derechos conexos. En este sentido la interdicción de la reforma en peor, en tanto componente del debido proceso, puede ser tutelada mediante hábeas corpus en tanto derecho conexo con la libertad individual (artículo 25 del Código Procesal Constitucional, *in fine*). Ello implica que de la alegada vulneración del debido proceso se desprenda una restricción de la libertad individual.

Sin embargo la modificación de la sanción penal establecida en la ejecutoria suprema cuestionada constituye una pena pecuniaria, hecho que en definitiva no incide en el derecho a la libertad individual del recurrente, por lo que no puede ser cuestionado en este proceso. Por lo tanto este extremo de la demanda ha de declararse improcedente”¹¹⁰.

— **Procedencia frente a otro proceso constitucional**

Si bien resulta casi insólito plantear un proceso constitucional contra otro de la misma envergadura, en los hechos la dinámica jurisdiccional permite apreciar no sólo las figuras del amparo contra amparo; sino y, diríamos, excepcionalmente, un amparo contra un hábeas corpus; o más excepcional aún, un hábeas corpus contra otro hábeas corpus. Veamos los casos en los que el Tribunal Constitucional ha señalado estas situaciones.

“... Del recuento de los antecedentes descritos, aparece que la presente demanda de hábeas corpus ha sido promovida contra autoridades judiciales que han venido conociendo de un anterior proceso de hábeas corpus, situación que de alguna forma impone precisar si dicha alternativa procesal, atípica por lo demás en nuestra jurisprudencia, es viable dentro del marco jurídico actualmente vigente, tanto más cuanto que el Código Procesal Constitucional establece, en el artículo 5°, inciso 6), que “No proceden los procesos constitucionales cuando:

¹¹⁰ STC 03671-2007-PHC, FJ. 2 (parte), 3 y 4.

[...] Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional [...]”.

Aunque no existe en nuestra jurisprudencia casuística en la que se haya dilucidado sobre la procedencia de procesos de hábeas corpus promovidos contra procesos de hábeas corpus, dicha hipótesis, si bien difícil de verificarse en la práctica, tampoco resulta imposible de presentarse a la luz de eventuales cuestionamientos frente a determinadas situaciones conflictivas. El presente caso, y las particularidades que lo rodean, así lo patentizan, pues lo que se reclama en la demanda tiene que ver con una presunta afectación a los derechos constitucionales del recurrente, acontecida dentro de la tramitación de un proceso de hábeas corpus. Por otra parte, no se trata de cualquier afectación a cualquier derecho, sino de aquellos atributos que normalmente legitiman la interposición de un hábeas corpus contra resoluciones judiciales emanadas de procesos ordinarios. Lo que se denuncia, en pocas palabras, está relacionado con la vulneración al debido proceso en su manifestación de derecho a un plazo razonable en la administración de justicia, producida al no existir pronunciamiento dentro de un plazo perentorio sobre un recurso de apelación; y vulneración a la libertad individual, a consecuencia de no definirse, oportunamente, un reclamo constitucional en el que se denuncian presuntas agresiones a la libertad individual por parte de autoridades judiciales.

Como se ha señalado, no existe en nuestra jurisprudencia antecedentes de procesos de hábeas corpus promovidos contra procesos de la misma naturaleza. Sin embargo, lo más cercano a dicha opción es lo que la jurisprudencia ha venido en denominar amparo contra amparo, régimen procesal que, como lo ha precisado recientemente este mismo Colegiado en los expedientes 3846-2004-PA/TC (Caso Municipalidad Provincial de San Pablo) y 2707-2004-AA/TC (Caso Superintendencia Nacional de Administración Tributaria), sigue siendo plenamente legítimo, no obstante lo dispuesto en el artículo 5°, inciso 6), del Código Procesal Constitucional, habida cuenta de que la citada disposición restrictiva debe entenderse como referida a procesos donde se ha respetado escrupulosamente la tutela procesal efectiva en sus distintas manifestaciones, conforme al artículo 4° del mismo cuerpo normativo, y tomando en cuenta, adicionalmente, que una interpretación que cierra por completo la posibilidad del amparo contra amparo sería contraria a la Constitución.

Si bien en el presente caso no se trata de un amparo contra otro amparo, sino, más bien, de un hábeas corpus contra otro hábeas corpus, no por ello deja de ser pertinente enfocar dicha hipótesis dentro del contexto general del Código Procesal Constitucional, cuyo texto se refiere a la improcedencia de un proceso constitucional contra otro proceso constitucional. A este respecto, una interpretación de dicho dispositivo, dentro de criterios similares a los que se han

realizado para el caso del amparo, permitiría concluir que, de darse tal hipótesis, aquella necesariamente tendría que estar condicionada a la vulneración por parte de un juez constitucional (en este caso de hábeas corpus) de los derechos a la tutela procesal efectiva y, concurrentemente, a la libertad individual, conforme lo establece el artículo 4° del Código Procesal Constitucional para el caso de los hábeas corpus contra resoluciones judiciales emanadas de procesos ordinarios. Queda claro, por lo demás, que esa, y no otra, sería la situación en la que podría legitimarse el régimen aquí enunciado, amén de asumirse con un carácter residual y necesariamente restrictivo...”¹¹¹.

c) El recurso de agravio constitucional en el hábeas corpus: su actual dinámica procesal

Asimismo, el Tribunal ha dispuesto que en los casos donde se haya anulado un proceso penal o una investigación fiscal que verse sobre el delito de tráfico ilícito de drogas o lavado de dinero, en atención a la protección del orden jurídico constitucional, procede que contra la sentencia estimatoria de segundo grado del hábeas corpus se interponga un recurso de agravio constitucional excepcional. Veamos cómo ha sustentado esta postura el TC:

“Si corresponde al Tribunal Constitucional la protección del orden constitucional, este debe estar provisto de las herramientas e instrumentos procesales idóneos para tal efecto, para evitar que por “defecto”, se terminen constitucionalizando situaciones que, aunque aparecen revestidas de un manto de “constitucionalidad”, en la práctica contienen un uso fraudulento de la Constitución o bajo el manto protector de los derechos fundamentales, se pretenda convalidar la vulneración de aquellos o una situación en la que se ha configurado un abuso de derecho.

Anteriormente este Colegiado en la STC 4853-2004-PA, había establecido que también procede admitir el Recurso de Agravio Constitucional (RAC) cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que una decisión estimatoria de segundo grado “ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este Colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del Código Procesal Constitucional”.

Este precedente fue dejado sin efecto en el STC N.º 03908-2007-PA/TC, por las razones allí expuestas, a las que debe agregarse, además, que cuando se estableció el precedente vinculante antes contenido en la STC 4853-2004-PA, no solo no se resolvía un caso concreto, por lo que se establecía una regla genérica, sino que además, se sustentaba en una interpretación sui generis de

¹¹¹ STC 3491-2005-PHC, FF.JJ. 3, 4, 5, y 6.

la expresión “resolución denegatoria” –contraria a su real sentido jurídico y al consenso sobre su significado–, y pretendía no una defensa de la Constitución, sino de los precedentes que este Colegiado ha fijado.

Por ello, este Colegiado considera que, en aplicación del artículo 201° de la Constitución, más allá de los supuestos establecidos en el artículo 202° de la misma, es competente para revisar, vía RAC, las sentencias estimatorias que bajo el pretexto de proteger ciertos derechos fundamentales, convaliden la vulneración real de los mismos o constitucionalicen situaciones en las que se ha producido un abuso de derecho o la aplicación fraudulenta de la Constitución; todo ello, en abierta contravención de los dispositivos, principios y valores materiales de la Constitución.

En el presente caso, el análisis del tema de fondo, planteado en autos, pasa por analizar como se vincula la pretensión contenida en la demanda, con el contenido de lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución, el mismo que expresamente establece que “El Estado combate y sanciona el tráfico ilícito de drogas”.

Por ello, independientemente del contenido de la sentencia dictada en segunda instancia, en aplicación del artículo 201 de la Constitución, este Tribunal Constitucional entiende que es competente para conocer el caso de autos, entendiendo que el RAC presentado en autos, es uno de naturaleza excepcional, ante la vulneración del orden constitucional, en particular, de lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución, lo cual incluso tiene su correlato en las obligaciones que el Estado Peruano ha asumido en relación al combate del Tráfico Ilícito de Drogas en particular, y del crimen organizado transnacional, en general”¹¹².

Y de forma más reciente, el Tribunal ha ampliado este recurso de agravio “excepcional”, para el caso de los procesos constitucionales relacionados con el delito de terrorismo en los que se haya dictado sentencia estimatoria en segundo grado, estableciendo a este respecto:

“(…) este Colegiado, atendiendo a la importancia para el mantenimiento del régimen constitucional y democrático que implica el combate contra el terrorismo, considera necesario complementar la regla jurisprudencial establecida a través de las sentencias N° 2663-2009-HC/TC y 2748-2010-HC/TC, y en tal sentido entender que, más allá de los supuestos establecidos en el artículo 202° de la Constitución, este Tribunal es competente para revisar, vía Recurso de Agravio Constitucional, las sentencias estimatorias expedidas

112 STC 2663-2009-PHC/TC, FF.JJ. 6-11.

en procesos constitucionales relativos al delito de terrorismo que en segunda instancia hayan declarado fundada la demanda”¹¹³.

d) Una nueva variante de la suplencia de la queja: la conversión procesal

La posibilidad de efectuar conversiones entre procesos constitucionales de la libertad, ha sido una tarea que el Tribunal Constitucional había abordado tíbiamente, dado que existía diverso tratamiento ante supuestos aparentemente idénticos. Ello llevó a que el Colegiado Constitucional, en uno de sus más recientes fallos, reconociendo dicha problemática, haya abordado el tema precisando que el modelo de jurisdicción constitucional que tenemos en nuestro país es un primer argumento que sirve para poder convertir un proceso de hábeas corpus en uno de amparo, toda vez que el juez que conoce de los procesos constitucionales, más allá del *nomen iuris* que ostenten dentro de la organización del Poder Judicial, es un Juez Constitucional, que le interesa impartir en estricto la tutela jurisdiccional efectiva y es obvio que la conversión procesal se encuentra rodeada de diversos principios procesales que subyacen en estos procesos constitucionales.

Por otro lado, el TC estima que la conversión procesal se encuadra en el principio de *suplencia de la queja deficiente*, por medio del cual el Tribunal puede suplir las deficiencias formales en que haya incurrido la parte actora, al momento de plantear su demanda, encauzando correctamente el trámite procesal deficientemente formulado, siempre y cuando no se altere con ello los términos sustanciales del petitorio planteado.

Por último, el tercer argumento que utiliza el TC como razonamiento para justificar la legitimidad de la conversión procesal son los *principios* que inspiran esta clase de procesos, más concretamente los principios de *elasticidad* o adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales, establecido en el cuarto párrafo del ya mencionado artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en virtud del cual los jueces deben atender a los fines que persiguen los procesos constitucionales, sin sujetarse a las formalidades que no incidan en la protección de algún otro bien constitucional.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional ha procedido a formular aquellas reglas de carácter procesal que han de servir como principio y límites a la actividad conversiva. Veamos.

“Primero: No es obligatorio para los jueces constitucionales de primera instancia, mas sí para los de segunda y última instancia, lo cual no significa que ante la observancia de afectación de un derecho fundamental distinto a la libertad personal los a-quo puedan admitir a trámite la demanda entendiéndola como

113 STC 1711-2014-PHC/TC, F.J. 7.

amparo; sin embargo esta facultad de los jueces constitucionales de primera instancia se convierte en un mandato obligatorio para los jueces constitucionales tanto de segunda como última instancia.

Segundo: Se deberá observar que el plazo de caducidad de la demanda no haya vencido, pues de lo contrario estaríamos alentando la posibilidad de que una persona a la que, por imprudencia o desidia, se le venció el plazo para interponer un proceso constitucional de amparo se sirva del hábeas corpus para ingresar su pretensión y esta sea objeto de tutela.

Tercero: Se deberá verificar la legitimidad para obrar del demandante, máxime si tenemos en cuenta que la legitimidad para obrar en ambos procesos son sustancialmente distintos, pues mientras en el hábeas corpus la legitimación es flexible, es decir, puede ser interpuesto, además del directamente afectado, por cualquier persona en su representación, sin necesidad de contar con poder para tal efecto; en cambio en el amparo la demanda sólo puede ser interpuesta por el directamente afectado o por otra persona en su representación con poder para ejercer dicha potestad. Esta regla puede ser relativizada en tanto y en cuanto haya, sido posible la toma de dicho del propio beneficiario y este muestre su conformidad con la instauración del proceso constitucional.

Cuarto: En ningún caso se podrá variar ni el petitorio ni la fundamentación fáctica de la demanda, pues lo contrario supondría que el juez sustituya a la parte accionante dentro del proceso lo cual no se condice con la naturaleza imparcial que han de tener los juzgadores, además al modificar los hechos el juez estaría “pervirtiendo” la realidad o, si se quiere, creando una realidad ajena a la planteada por las partes, lo que si le estaría absolutamente vedado. Del mismo modo el juez constitucional no podrá variar el petitum o petitorio, porque de lo contrario se estaría violando el principio de congruencia procesal. Pero ello no significa, como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional, que “...En el caso de los procesos constitucionales de control de actos u omisiones, también denominados procesos constitucionales de la libertad, dicho petitum, más allá de las particularidades de cada caso, siempre deberá consistir en que se constate la afectación del contenido constitucionalmente protegido de determinado derecho fundamental...” (RTC 3509-2009-PHC/TC, FJ. 4), en otras palabras dependerá siempre del juez constitucional el determinar, a partir de los hechos incorporados por el demandante, el derecho que corresponde ser tutelado, con lo que cobra vigencia el aforismo romano “Da mihi factum, dado tibi ius” que significa “Dame los hechos que yo te doy el derecho”.

Quinto: Ha de existir riesgo de irreparabilidad del derecho, la conversión será posible en la medida en que esté orientada a evitar la ocurrencia de un daño irreparable en el derecho alegado por la parte demandante.

Sexto: Se deberá preservar el derecho de defensa del demandado. Al aplicar este requisito el Juez Constitucional habrá de ser muy escrupuloso en verificar si el demandado ejerció de modo sustancial su derecho de defensa, pues este Colegiado considera que en ningún caso se puede habilitar la tutela de un derecho fundamental si es que se está dejando desprotegido a otro de la misma clase...”¹¹⁴.

e) Las modalidades del hábeas corpus

Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha ensayado una variada tipología en relación a los procesos constitucionales, la misma que responde a una finalidad esencialmente didáctica, que pone de manifiesto los distintos derechos que pueden ser materia de protección a través de tales mecanismos procesales. Para mayor claridad de lo que venimos diciendo, transcribimos a continuación la clasificación brindada por el Tribunal Constitucional, empezando por el proceso constitucional de hábeas corpus:

- Hábeas corpus reparador

“...Respecto del hábeas corpus reparador, es preciso señalar que dicha modalidad representa la modalidad clásica o inicial del hábeas corpus, la misma que se promueve para obtener la reposición de la libertad de una persona indebidamente detenida. Se presenta, por ejemplo, cuando se produce la privación arbitraria o ilegal de la libertad física como consecuencia de una orden policial; de un mandato judicial en sentido lato; de una negligencia penitenciaria cuando un condenado continúa en reclusión pese a haberse cumplido la pena; por sanciones disciplinarias privativas de la libertad, entre otros. (Exp. N.º 2663-2003-HC/TC)...”¹¹⁵.

- Habeas corpus restringido

“...En anterior pronunciamiento (Exp. N.º 2663-2003-HC/TC), este Tribunal ha establecido que el hábeas corpus restringido “(...) se emplea cuando la libertad física o de locomoción es objeto de molestias, obstáculos, perturbaciones o incomodidades que, en los hechos, configuran una seria restricción para su cabal ejercicio. Es decir que, en tales casos, pese a no privarse de la libertad al sujeto, ‘se la limita en menor grado’. Entre otros supuestos, cabe mencionar la prohibición de acceso o circulación a determinados lugares; los seguimientos perturbatorios carentes de fundamento legal y/o provenientes de órdenes dictadas por autoridades incompetentes; las reiteradas e injustificadas citaciones policiales; las continuas retenciones por control migratorio o la vigilancia domiciliaria arbitraria o injustificada, etc.”. Entonces, dado que el objeto del hábeas corpus restringido consiste en atender no aquellos supuestos en los cuales

114 STC 5761-2009-PHC/TC, FF.JJ. 26 y 27.

115 STC 06167-2005-PHC, FJ. 34.

el derecho a la libertad personal es afectado totalmente, sino que procede en aquellos casos en los cuales existe una restricción menor en la libertad física de la persona, se convierte en el instrumento idóneo para tutelar el derecho fundamental a la libertad de tránsito...”¹¹⁶.

“... Conviene precisar que en el hábeas corpus restringido, si bien no está de por medio una medida de detención, no quiere ello decir que la discusión o controversia a dilucidar resulte un asunto de mera constatación empírica. Por el contrario, en estos casos, como en otros similares, es tan importante verificar la restricción a la libertad que se alega como lo señalado por las partes que participan en el proceso, además de meritar las diversas instrumentales que puedan haber sido aportadas. Al margen de la sumariedad del proceso, es necesario, pues, evaluar con algún detalle lo que se reclama y el elemento probatorio con el que se cuenta. Ello por el imperativo de tutelar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional...”¹¹⁷.

- **Habeas corpus correctivo**

“... El proceso constitucional de hábeas corpus no sólo protege la libertad física propiamente dicha, sino que su ámbito de protección se extiende a otros derechos fundamentales. En efecto, su tutela comprende también la amenaza o acto lesivo del derecho a la vida, la integridad física y psicológica o el derecho a la salud de las personas que se hallan reclusas en establecimientos penales e incluso de personas que, bajo una especial relación de sujeción, se encuentran internadas en establecimientos de tratamiento, públicos o privados.

Por ello, es legítimo que ante la afectación de tales derechos fundamentales o de aquellos derechos directamente conexos al de la libertad personal o ante la lesión de derechos diferentes al de la libertad, cuya afectación se genere como consecuencia directa de una situación de privación o restricción del derecho a la libertad individual, puedan ser protegidos a través del proceso de hábeas corpus, que la tipología elaborada por la doctrina ha denominado como hábeas corpus correctivo...”¹¹⁸.

- **Hábeas corpus preventivo**

“...Es preciso tomar en consideración que, tal como lo dispone el inciso 1) del artículo 200° de la Constitución, el hábeas corpus no sólo procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera la libertad individual o derechos conexos, sino también ante la amenaza de que se pueda producir

116 STC 10101-2005-PHC, FJ. 1.

117 STC 10101-2005-HC FJ. 10.

118 STC 02700-2006-PHC, FF.JJ. 2 y 3.

tal vulneración. En este caso, la actuación del juez constitucional es anterior al acto violatorio de la libertad individual o derechos conexos, pues se procede ante una amenaza.

Sobre el hábeas corpus preventivo y a efectos de valorar la amenaza frente a la cual procede este proceso constitucional, este Colegiado ha sostenido que: “ (...) se debe comprobar: a) la inminencia de que se produzca el acto vulnerador, es decir, que se configure un atentado a la libertad personal que esté por suceder prontamente o en vía de ejecución, no entendiéndose por tal a los simples actos preparatorios; y b) que la amenaza a la libertad sea cierta, es decir, que exista un conocimiento seguro y claro de la amenaza a la libertad, dejando de lado conjeturas o presunciones”. (Exp. 3171-2003 HC/TC)...”¹¹⁹.

- Hábeas corpus traslativo

“... Es empleado para denunciar mora en el proceso judicial u otras graves violaciones al debido proceso o a la tutela judicial efectiva; es decir, cuando se mantenga indebidamente la privación de la libertad de una persona o se demore la determinación jurisdiccional que resuelva la situación personal de un detenido”.

En efecto, en el caso Ernesto Fuentes Cano vs. Vigésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima (Exp. N.º 110-99-HC/TC), el Tribunal Constitucional textualmente señaló lo siguiente:

“Que, el tercer párrafo del artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado mediante Decreto Ley N.º 22128, dispone que toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad y, en el caso de autos, se inicia el proceso en marzo de 1993, y en diciembre de 1997 se encontraba en el estado de instrucción, por haber sido ampliada ésta; y el hecho de no haberse completado la instrucción no justifica que se mantenga privada de su libertad a una persona que ya lo había estado por más de veinte meses, no dándole cumplimiento así al artículo 137º del Código Procesal Penal, en caso de efectivizarse esta nueva orden de captura”...”¹²⁰.

- Hábeas corpus instructivo

“...Esta modalidad podrá ser utilizada cuando no sea posible ubicar el paradero de una persona detenida-desaparecida. Por consiguiente, la finalidad de su interposición es no sólo garantizar la libertad y la integridad personal, sino, adicionalmente, asegurar el derecho a la vida, y desterrar las prácticas de ocultamiento o indeterminación de los lugares de desaparición.

119 STC 06167-2005-PHC, FJ. 39.

120 STC 2663-2003-PHC, FJ. 6.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ernesto Castillo Páez vs. República del Perú, (párrafo 84 de la sentencia del 3 de noviembre de 1997), estableció lo siguiente:

“Habiendo quedado demostrado como antes se dijo (supra, párrafo 71), que la detención del señor Castillo Páez fue realizada por miembros de la Policía del Perú y que, por tanto, se encontraba bajo la custodia de éste, la cual lo ocultó para que no fuera localizado, la Corte concluye que la ineficacia del recurso de hábeas corpus es imputable al Estado, configurando con ello una violación del artículo 25° de la Convención en relación con el artículo 1.1.”...”¹²¹.

- Hábeas corpus innovativo

“... Procede cuando, pese a haber cesado la amenaza o la violación de la libertad personal, se solicita la intervención jurisdiccional con el objeto de que tales situaciones no se repitan en el futuro, en el particular caso del accionante. Al respecto, Domingo García Beláunde [Constitución y Política, Eddili, Lima 1991, pág.148], expresa que dicha acción de garantía “debe interponerse contra la amenaza y la violación de este derecho, aun cuando éste ya hubiera sido consumado”. Asimismo, César Landa Arroyo [Tribunal Constitucional, Estado Democrático, Editorial Palestra, Lima 2003, pág. 193], acota que “... a pesar de haber cesado la violación de la libertad individual, sería legítimo que se plantee un hábeas corpus innovativo, siempre que el afectado no vea restringida a futuro su libertad y derechos conexos”...”¹²².

- Hábeas corpus conexo

“... El hábeas corpus conexo procede ante la amenaza o violación de los derechos constitucionales conexos a la libertad individual. En el Perú ha sido la Ley N° 23506 la que implícitamente ha dado lugar al hábeas corpus conexo, al establecer de modo enunciativo en su artículo 12° que el hábeas corpus procede en los diecisiete supuestos mencionados, de los cuales no todos estuvieron referidos en estricto a la libertad individual, sino también a derechos constitucionales conexos a ella...”¹²³.

“... Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con éste. Adicionalmente, permite que los derechos innominados –previstos en el artículo 3° de la Constitución– entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados...”¹²⁴.

121 STC 2663-2003-PHC, FJ. 6.

122 STC 2663-2003-PHC, FJ. 6.

123 STC 4750-2007-PHC, FJ. 2.

124 STC 2663-2003-PHC, FJ. 6 acápite h) segundo párrafo.

- Configuración jurisprudencial del hábeas corpus conexo

“... El Tribunal Constitucional (Exp. N.º 2663-2003-HC/TC. Fundamento 6. h) ha precisado que, el hábeas corpus conexo “cabe utilizarse cuando se presentan situaciones (...) como la restricción del derecho a ser asistido por un abogado defensor libremente elegido desde que una persona es citada o detenida; o de ser obligado a prestar juramento; o compelido a declarar o reconocer culpabilidad contra uno mismo, o contra el o la cónyuge, etc. Es decir, si bien no hace referencia a la privación o restricción en sí de la libertad física o de la locomoción, guarda, empero, un grado razonable de vínculo y enlace con éste. Adicionalmente, permite que los derechos innominados –previstos en el artículo 3º de la Constitución– entroncados con la libertad física o de locomoción, puedan ser resguardados...”¹²⁵.

- Configuración legal del hábeas corpus conexo

“... El Código Procesal Constitucional en la misma tónica que la Ley N.º 23506 ha establecido en su artículo 25º que el hábeas corpus procede ante la acción u omisión que amenace o vulnere los derechos que enunciativamente conforman la libertad individual, también en los diecisiete supuestos mencionados; incluso ha ido más allá, pues en su parte in fine ha establecido que el hábeas corpus procede en defensa de los derechos constitucionales conexos con la libertad, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad de domicilio...”¹²⁶.

- Hábeas corpus excepcional

Aun cuando el TC no ha tenido oportunidad de pronunciarse por esta clase de hábeas corpus, no cabe duda de su importancia dentro del Estado Constitucional. La propia Constitución de 1993 ha establecido en su artículo 200, parte final, que cabe la interposición de los procesos constitucionales de la libertad durante la vigencia de un régimen de excepción, con el objeto de controlar si las restricciones a los derechos fundamentales se han realizado bajo los marcos de la razonabilidad y proporcionalidad. Con esta postura, nuestra Constitución ha adoptado la tesis conocida en la doctrina como la de *contralor judicial parcial*, y supone pues la presencia de un hábeas corpus excepcional dentro de nuestro ordenamiento constitucional, como una forma de interdictar posibles daños a la libertad personal efectuados durante un estado de excepción. Veamos, con este propósito la posición de los autores del Código Procesal Constitucional, respecto a esta especial tipología de hábeas corpus:

“Nuestra Constitución regula los estados de excepción en el artículo 137, y el artículo 200, parte final, establece que el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y

125 STC 4750-2007-PHC, FJ. 4.

126 STC 4750-2007-PHC, FJ. 5.

de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137. Es innegable así la procedencia del hábeas corpus en los estados de excepción, que denominamos de excepción por las condiciones reinantes en que se dicta. Debe anotarse, que la tramitación correcta de esta hábeas corpus debe hacerse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que se utilizan para determinar la validez de los actos que restringen derechos en los estados de excepción. La aplicación de la razonabilidad es pertinente, si tratándose de derechos suspendidos, las razones que sustentan el acto restrictivo del derecho no tienen relación directa con las causas y motivos que justificaron la declaración del régimen de excepción, o si la demanda se refiere a derechos constitucionales que no han sido suspendidos. La aplicación del principio de proporcionalidad, si tratándose de derechos suspendidos, el acto restrictivo del derecho resulta manifiestamente innecesario o injustificado, atendiendo a la conducta del agraviado o a la situación del hecho sumariamente evaluada por el juez”¹²⁷.

5.3.2. Amparo

a) Noción

El amparo ingresa a nuestra jurisdicción constitucional a través de la Constitución de 1979; si bien hoy la historiografía rescata versiones antiguas como modernas que precedieron al amparo constitucional, tales como los viejos interdictos novoandinos, tanto como los procesos de hábeas corpus que se tramitaron en la vía civil para tutelar derechos fundamentales distintos a la libertad individual. El Tribunal Constitucional peruano ha venido realizando una impresionante creación pretoriana asimilando lo más graneado de jurisprudencias ecuménicas que hoy conforman el cosmopolitismo del Estado constitucional contemporáneo. Y no sólo ello, sino que el Colegiado Constitucional se ha tomado la licencia de desarrollar, vía los *obiter dicta* de las sentencias, parte de las complejas categorías conceptuales que hoy vertebran la autonomía conceptual del amparo peruano. Así, el TC describe la siguiente noción de lo que es el amparo.

“[El proceso] de amparo es una garantía destinada a proteger los derechos consagrados en la Constitución Política del Estado; su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la amenaza o vulneración del derecho constitucional, y su naturaleza es restitutiva y no declarativa de derechos. El amparo no es un proceso constitucional mediante el cual se pueda declarar un derecho ni hacer

127 AA.VV.: *Código Procesal Constitucional. Estudio Introductorio, Exposición de Motivos, Dictámenes e Índice Analítico*, 3ª. Edición, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, 2008, pp. 59-60.

extensivos los alcances de una norma legal a quienes no están expresamente comprendidos en ella [...]”¹²⁸.

b) Finalidad

Igualmente y siguiendo el carril de categorías conceptuales el TC tomando como eje las regulaciones del Código precisa el *thelos*:

“El proceso de amparo se configura como un proceso autónomo que tiene como finalidad esencial la protección de los derechos fundamentales frente a violaciones actuales o a amenazas (ciertas e inminentes) de su transgresión. De esta forma, convierte el alto significado de los derechos fundamentales en algo efectivo de hecho, abriendo la puerta para una protección formal y material de los mismos, permitiendo al Tribunal Constitucional cumplir con la función de supremo intérprete de los derechos fundamentales”¹²⁹.

c) Naturaleza jurídica

Respecto a su naturaleza jurídica, si bien el Colegiado Constitucional no ha ingresado a ubicar a este instrumento procesal dentro de alguna categoría conceptual, el Tribunal sí ha precisado el carácter de doble dimensión de este proceso, asimilando la vertiente germano occidental de lo que es la naturaleza binaria de los derechos fundamentales en su dimensión objetiva y subjetiva, cuyo encaje y entronque derechos humanos-procesos constitucionales presentan una simetría armónica. Veamos:

– Doble naturaleza

“En tanto proceso constitucional, comparte su doble naturaleza. Es decir, “la función de la Constitución en la dirección de los derechos fundamentales individuales (subjetivos) sólo es una faceta del recurso de amparo. Este tiene una doble función, junto a la subjetiva, otra objetiva: `asegurar el derecho Constitucional objetivo y servir a su interpretación ¡y perfeccionamiento! ´”.

En tanto proceso fundamentalmente subjetivo, es promovido por la violación de derechos fundamentales, alegación compleja que no puede ir dirigida únicamente a lograr que el Tribunal determine el contenido de un derecho tutelable por el amparo, sino que se vuelve indispensable la conexión de éste con un acto concreto -de autoridad o particulares- que haya producido una afectación sobre el mismo.

128 STC 01875-2004-PA, FJ. 2.

129 STC 00023-2005-PI. FJ. 13.

Su dimensión objetiva, determina que para resolver se hace necesaria la interpretación de los preceptos constitucionales relacionados con el caso planteado, específicamente a través de los principios constitucionales en los que se regula el derecho o categoría jurídica protegible que se alega vulnerada, la cual se convierte en criterio cierto para orientar la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por parte de los demás órganos estatales y, particularmente, de los órganos judiciales”¹³⁰.

d) La problemática del amparo contra amparo

Una creación pretoriana y que hoy se manifiesta bajo los parámetros de la discutida y polémica “autonomía procesal” es la figura que formalmente está proscrita por el art. 5, inc. 6 del C.P.Const. del “amparo contra amparo”. A este respecto, bien vale aclarar que el Colegiado Constitucional con la antigua ley 23506 admitió esta figura y luego con la puesta en vigor del Código ha reafirmado su posición con todo lo opinable que pueda resultar esta llamada “autonomía procesal”; si bien como observará el lector el TC actualmente la ha diseñado bajo ciertas reglas establecidas en el precedente vinculante 4853-2004-PA/TC. Veamos.

d.1) Fundamento constitucional del amparo contra amparo

“En principio conviene destacar que, conforme se desprende del artículo 5.6 del Código Procesal Constitucional, en el marco de la regulación actual, ya no sería posible iniciar una demanda de amparo para cuestionar “(...) una resolución firme recaída en otro proceso constitucional (...)”.

No obstante, este Colegiado ha establecido al respecto que “(...) la posibilidad del “amparo contra amparo” tiene fuente constitucional directa en el segundo párrafo del artículo 200.2 de la propia Constitución, donde se establece que el Amparo “(...) No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”. A partir de esta consideración, el Tribunal ha precisado que “(...) cuando el Código Procesal Constitucional se refiere en su artículo 5, inciso 6), a la improcedencia de un proceso constitucional que cuestiona una resolución judicial firme recaída en otro proceso constitucional, esta disposición restrictiva debe entenderse referida a procesos donde se han respetado de modo escrupuloso el debido proceso y la tutela procesal efectiva en sus distintas manifestaciones, conforme al artículo 4 del mismo Código Procesal Constitucional(...)”. (Caso Municipalidad Provincial de San Pablo, Exp. N.º 3846-2004-PA/TC)”¹³¹.

130 STC 0023-2005-PI. FJ. 14.

131 STC 4853-2004-PA, FJ. 5.

d.2) El amparo contra amparo: su naturaleza excepcional

“Aceptada la tesis de la procedencia del “amparo contra amparo”, debe precisarse de inmediato que ello sólo es admisible de manera excepcional. Se debe tratar de una transgresión manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, por acciones u omisiones de los órganos judiciales que permitan al Tribunal Constitucional constatar fácilmente que dichos actos u omisiones trascienden el ámbito de la legalidad y alcanzan relevancia constitucional, de modo que su uso no puede habilitarse para cuestionar deficiencias procesales de naturaleza legal o, eventualmente, para suplir negligencias u omisiones en la defensa de alguna de las partes. Se debe tratar, en consecuencia, de violaciones acreditadas fehacientemente a consecuencia de la actuación de los órganos judiciales durante el trámite de un proceso constitucional y que tengan directa vinculación con la decisión final de las instancias judiciales.

Dada la naturaleza excepcional de los procesos constitucionales el “amparo contra amparo” se configura como una excepción dentro de la excepción, por lo que los jueces deben valorar la intensidad de la afectación y el nivel de acreditación que se presente a efectos de no permitir que cualquier alegación pueda merecer una nueva revisión de los procesos constitucionales. Este Colegiado considera pertinente dejar establecido que su uso excepcional sólo podrá prosperar por única vez y conforme a las reglas que se desarrollan más adelante. Varias son las razones de orden jurídico e institucional que respaldan esta tesis:

- a) El principio de seguridad jurídica, indispensable para el goce y disfrute de los derechos y libertades en el Estado democrático, en la medida en que permitir amparos sucesivos generaría una permanente inestabilidad e inseguridad en los justiciables;
- b) El principio de inmutabilidad de las decisiones judiciales, sobre todo cuando en los procesos constitucionales se trata de restablecer situaciones producidas a consecuencia de afectaciones a los derechos constitucionales;
- c) El principio de oportunidad y eficacia de la protección de los derechos. Esto está, además, íntimamente vinculado a los principios de sumariedad o urgencia que caracteriza a los procesos constitucionales, en la medida en que dejar abierta la posibilidad de amparos sucesivos, terminaría por desnaturalizar el carácter mismo de los mecanismos destinados a proteger en forma oportuna y eficaz los derechos más importantes en la sociedad democrática;
- d) Finalmente y, en todo caso, quien considere que, después de haberse resuelto un proceso de “amparo contra amparo”, persiste una situación de lesión a un derecho fundamental, puede recurrir a los tribunales u organismos

internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte, tal como lo dispone el artículo 205 de la Constitución y el artículo 114 del Código Procesal Constitucional¹³².

d.3) Una síntesis de la procedencia del amparo contra amparo

De acuerdo con lo señalado en la Sentencia recaída en el Expediente N° 4853-2004-AA/TC y bajo el marco de lo establecido por el Código Procesal Constitucional así como de su posterior desarrollo jurisprudencial, el proceso de amparo contra amparo es un régimen procesal de naturaleza atípica o excepcional cuya procedencia se encuentra sujeta a determinados supuestos o criterios. De acuerdo con estos últimos a) Solo procede cuando la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta. Tratándose incluso de contraamparos en materia laboral dicha procedencia supone el cumplimiento previo o efectivo de la sentencia emitida en el primer proceso amparo (Cfr. 04650-2007-PA/TC, Fundamento 5); b) Su habilitación sólo opera por una sola y única oportunidad, siempre que las partes procesales del primer y segundo amparo sean las mismas; c) Resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales desestimatorias como contra las estimatorias, sin perjuicio del recurso de agravio especial habilitado específicamente contra sentencias estimatorias recaídas en procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, en los que se haya producido vulneración del orden constitucional y en particular del artículo 8° de la Constitución (Cfr. Sentencias emitidas en los Exp. N° 02663-2009-PHC/TC, Fundamento 9 y N° 02748-2010-PHC/TC, Fundamento 15); d) Su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales, independientemente de la naturaleza de los mismos; e) Procede en defensa de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida por el Tribunal Constitucional; f) Se habilita en defensa de los terceros que no han participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias, debidamente acreditadas, no pudo acceder al agravio constitucional; g) Resulta pertinente como mecanismo de defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional (Sentencia recaída en el Expediente N° 03908-2007-PA/TC, Fundamento 8); h) No procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional; i) Procede incluso cuando el proceso se torna inconstitucional en cualquiera de sus otras fases o etapas, como por ejemplo la de ejecución de sentencia (Cfr. STC N° 04063-2007-PA/TC, Fundamento 3; STC N° 01797-2010-PA/TC, Fundamento 3; RTC N° 03122-2010-PA/TC, Fundamento 4; RTC N° 02668-2010-PA/TC, Fundamento 4, entre otros)¹³³.

132 STC 4853-2004-PA, FF.JJ. 6-7.

133 STC 3893-2010-PA/TC, FJ. 3; STC 02805-2011-AA, FJ 3; sobre las razones por las cuales no procede el amparo contra decisiones del Tribunal Constitucional, véase la STC 0457-2012-PA, FJ. 3 (POR PUBLICAR).

e) Las nuevas tendencias: el amparo contra resoluciones judiciales provenientes de otros procesos constitucionales (hábeas corpus, hábeas data, cumplimiento, acción popular y proceso de inconstitucionalidad)

No queríamos terminar, a modo de epílogo, este ámbito del amparo, sin dejar de referirnos a aquellos casos cuando el acto lesivo dimana no ya simplemente de una resolución judicial ordinaria sino que, en este caso, lo particular del tema es que dicha resolución que se pretende enervar proviene curiosamente de otro proceso constitucional de amparo, o de “otros” procesos constitucionales que pueden ser de dos ámbitos: a) los provenientes de la jurisdicción constitucional de la libertad y cuyo sector no sólo se manifiesta en el amparo contra amparo, sino también en: i) amparo contra hábeas corpus; ii) amparo contra hábeas data; iii) amparo contra proceso de cumplimiento; y b) los provenientes de la jurisdicción constitucional orgánica, que en este caso sería un amparo contra una acción popular, no descartándose que en la evolución jurisprudencial (aunque sea de suyo extraño y de primera impresión imposible) un amparo versus un proceso de inconstitucionalidad o un amparo versus un conflicto competencial.

Graficado el panorama en estos términos, se tratará, en lo que sigue, de desarrollar estas innovadoras figuras procesales que se han venido presentando en los últimos tiempos, dentro de la tensión entre la *norma* y la *realidad*. Se trata, en consecuencia, de hechos que, aunque son de por sí excepcionales (cuanto más si están prohibidos expresamente en el artículo 5º inciso 6 del Código Procesal Constitucional), pese a ello, la dinámica de la jurisdicción constitucional no ha ignorado esta particular problemática.

Desde luego, el excurso teórico de este tipo de procesos no puede homologarse a lo que normalmente ocurre en torno al amparo contra cualquier resolución judicial. Ni tampoco puede equipararse en los presupuestos de un amparo contra amparo, pues la fórmula del contra-amparo, si bien ya se ha expuesto en los acápites precedentes, y también el Tribunal Constitucional ha delineado los presupuestos en su evolución del amparo contra amparo; en el caso de estas nuevas figuras procesales, bien merecen un tratamiento específico.

e.1.) Lo que está en juego: la autonomía procesal del Tribunal Constitucional

Antes de abordar la especificidad de cada proceso de amparo contra otro proceso constitucional, bien merece recordar lo que expresamente ha establecido el legislador en esta materia.

En efecto, el artículo 5º inciso 6 del Código Procesal Constitucional dispone de modo expreso: “No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 6. Se cuestione una resolución firme recaída en otro proceso constitucional (...)”.

Sin embargo, como ya se ha abordado *in extensu*, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una exégesis desde la Constitución de esta disposición normativa, habilitando el amparo contra amparo, entendido como una modalidad *sui generis* o especial del amparo contra resoluciones judiciales.

Se podría advertir aquí que, en esta dinámica interpretativa, nos enfrentamos ante la aplicación de una autonomía procesal *autárquica* o *paralegislativa*, en mérito de la cual los tribunales, cortes o salas constitucionales crean reglas procesales o procedimentales; muchas de las cuales, si surgen de la dimensión creativa, pero ligada a lo establecido en la legislación de la materia, denominamos autonomía procesal *interpretativa* o *delegada*; mas, cuando los tribunales desarrollan sendas creaciones, innovando reglas procesales que no sólo no están previstas, sino que, con mayor preocupación aún, dicha regla expresamente se opone a lo que el legislador ha prohibido, ciertamente estamos aquí ante una virtual autonomía procesal *autárquica* o *paralegislativa*.

Vienen estas breves disquisiciones a colación porque, tal como ya se ha desarrollado en forma por demás amplia en el marco de la evolución del amparo contra resoluciones judiciales, se ha podido apreciar que el contra-amparo es una figura que en la práctica se viene utilizando con bastante frecuencia. Y si bien esta situación es ya excepcional, tal como así lo ha entendido el Tribunal Constitucional, la situación resulta más excepcional aún en los casos de promoción de un amparo contra otro proceso constitucional.

e.2.) Una aproximación teórica a la resolución de procesos de amparo contra otros procesos constitucionales (hábeas corpus, hábeas data, proceso de cumplimiento, acción popular, entre otros)

En principio, y en términos abstractos, es factible que una persona pueda residenciar un proceso constitucional de amparo contra cualquiera de estas resoluciones judiciales recaídas en otros procesos constitucionales. En este caso, debe darse el presupuesto de que quien plantea el amparo sea la misma persona titular de algún derecho fundamental que pretendió hacerlo valer en un primigenio proceso constitucional (llámese hábeas corpus, si se trata de la libertad individual o aspectos conexos a ella; un hábeas data, para la pronta tutela del derecho de acceso a la información o la auto-tutela de la información personalizada; un proceso de cumplimiento, para hacer efectiva una norma o un acto administrativo). Siendo esto así, estamos pues ante el primer presupuesto teórico y práctico:

a) Que una persona titular de un derecho fundamental haya entablado un proceso constitucional y la resolución final haya sido desestimatoria; como consecuencia de ello, el agravio constitucional o el acto lesivo persiste; con el agravante de que la utilización del primer proceso constitucional no sólo le fue adverso, sino que ello se produjo con violación del derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso.

b) **Que el acto lesivo que motivó el proceso constitucional se mantenga efectivo y, luego, la resolución final de dicho proceso constitucional afectó el debido proceso, bien sea en su vertiente formal o material**

En esta hipótesis, nos encontramos pues ante un segundo proceso constitucional que se activa, no sólo para enervar la resolución denegatoria del primer proceso constitucional – bien sea de hábeas corpus, hábeas data o proceso de cumplimiento– sino que persigue restituir el derecho fundamental que le fue denegado al actor en el anterior proceso. Es obvio que si se trata de un amparo contra hábeas corpus, el amparo establecerá en su sentencia la orden clara y precisa de lo que debe resolver el juez, o en su defecto, vía el amparo, disponer la restitución del ámbito de protección que se le habría solicitado.

En este supuesto, es necesario que no haya operado la sustracción de la materia, en tanto el amparo contra el proceso constitucional de que se trate, tendrá como fin restitutorio la reversión de la afectación y, por tanto, dejar sin efecto la resolución desestimatoria del primer proceso.

c) **Debe existir la identidad del titular del derecho fundamental afectado.** Y ello es así, pues plantear un amparo como segundo proceso, presupone que con el primer proceso no se dejó sin efecto el acto lesivo que aún persiste. En este sentido, debe pues existir una correspondencia o identidad del titular del derecho fundamental afectado. A todo ello, se debe agregar que el amparo pretenderá, como proceso de cierre, enervar una resolución que causa doble agravio: i) por un lado, porque al ser un fallo final desestimatorio –bien improcedente, bien infundado– se ha expedido con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva; y ii) porque el amparo va a resarcir y restituir el derecho fundamental afectado que debió corresponderle al proceso constitucional específico.

d) Finalmente, para que prospere un amparo contra otro proceso constitucional –hábeas corpus, hábeas data, proceso de cumplimiento– **es necesario que sólo lo entable, como regla, el demandante que perdió en el primer proceso constitucional;** pues si se trata de un amparo que lo residencia quien perdió en el primer proceso constitucional, aquí debe funcionar el principio *pro actione*, o *favor processum*, es decir, si alguien obtiene en un primer proceso constitucional una sentencia estimatoria, la parte emplazada o perdedora tendría de suyo restringido activar un amparo contra un hábeas corpus o hábeas data o un proceso de cumplimiento.

Más aún, siendo claro que toda sentencia constitucional estimatoria, por su propia naturaleza, es de actuación inmediata (artículo 22° del Código Procesal Constitucional, en concordancia con lo establecido en la STC N.º 0607-2009-PA/TC), el demandante del segundo amparo, para que pueda plantearlo, debe cumplir *prima facie* con la ejecución del primer proceso constitucional, que ahora pretende enervar.

Así lo ha entendido, por lo demás, la STC N.º 04650-2007-PA/TC, al disponer que, tratándose de un segundo amparo interpuesto contra uno primero que ordena la reposición del trabajador en su puesto de labores, se requiere que el empleador haya dado fiel cumplimiento a esta primera orden, en defecto del cual la demanda deberá ser rechazada liminarmente; así como la STC N.º 01671-2008-PA/TC, cuya interpretación es que, si en un proceso de hábeas corpus se dispuso la libertad del favorecido, un segundo proceso constitucional (esta vez, de amparo) no puede impedir el cumplimiento de aquella orden, en cuyo caso contrario la demanda de amparo deberá ser rechazada liminarmente.

e) Finalmente, un último aspecto que bien puede delinear esta problemática procesal, es que la judicatura constitucional –tanto los jueces ordinarios, como el propio Tribunal Constitucional– debe mantener, como regla general, lo siguiente: **si quien plantea un amparo fue el demandado en el primer proceso constitucional** de hábeas corpus, hábeas data o proceso de cumplimiento (o de acción popular), **corresponderá emitir una sentencia desestimatoria**, salvo que la sentencia que declara fundado el primer proceso constitucional firme, se haya emitido en términos que afectan groseramente el debido proceso o la tutela judicial; o bien, que dicha sentencia estimativa está en contracorriente de los precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Constitucional. Sólo en este extremo, es posible enervar mediante un amparo, la sentencia estimativa de un hábeas corpus, un hábeas data o un proceso de cumplimiento.

Examinemos, finalmente, las variantes que ha conocido, hasta el momento, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en materia de amparo contra resoluciones emanadas de otros procesos constitucionales.

e.3.) Amparo contra hábeas corpus

Lo primero que, acaso, cabe preguntarse es si, en el caso del amparo contra hábeas corpus, rigen los mismos criterios de procedencia que en el caso del amparo contra amparo, tal como se encuentran determinados en la jurisprudencia constitucional.

Pues bien, la problemática no ha sido ajena a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Concretamente, en la STC N.º 01761-2008-PA/TC, el Colegiado estimó que el amparo contra hábeas corpus sólo procede en supuestos específicos y excepcionales, que en ninguna medida pueden equipararse a aquellos del amparo contra amparo.

Y esto es así, expresó esta sentencia, a causa de las siguientes consideraciones: i) el relevante rol del legislador en el Estado democrático y social de Derecho, específicamente en el desarrollo de los derechos fundamentales y en el desarrollo y mejor precisión de las competencias de los poderes del Estado u órganos constitucionales;

ii) el principio de división de poderes, conforme al cual se exige que tanto el poder jurisdiccional como el poder legislativo deben respetar estrictamente su respectivo ámbito de competencias, entre otros contenidos; iii) el criterio de interpretación de la ley conforme a la Constitución (que exige identificar contenidos de la ley que resulten compatibles con la Norma Fundamental) y su efecto reflejo, el criterio de interpretación de la Constitución conforme a ley (que exige al juez constitucional que en la interpretación de los preceptos constitucionales se deba tomar en cuenta, en la medida de lo posible, aquella interpretación de la Constitución formulada por el legislador democrático al expedir las respectivas leyes); y iv) principalmente el rol del proceso de habeas corpus en la protección urgente de la libertad personal y derechos conexos a ésta¹³⁴.

Así pues, el Tribunal concluye que, dada la finalidad “ultra” tuitiva del hábeas corpus, “la interposición del proceso de amparo, que discute o pone en tela de juicio lo resuelto en un hábeas corpus, no puede significar la suspensión de la ejecución de lo decidido en éste”¹³⁵; razón por la cual, el juez constitucional se encuentra habilitado para rechazar liminarmente la demanda de amparo interpuesta contra una sentencia de hábeas corpus, si ésta aún no ha sido cumplida.

Finalmente, el Colegiado constitucional determinó que el amparo contra hábeas corpus sólo procede teniendo en cuenta las siguientes reglas: a) cabe contra aquellas resoluciones estimatorias en que la vulneración de derechos fundamentales resulte manifiesta y plenamente acreditada; b) procede en defensa de la doctrina vinculante y precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional; y c) no procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional¹³⁶.

Ahora bien, en nuestra opinión, y tal como ya se dijo antes, el *amparo contra hábeas corpus* debe partir, como regla general que, quien lo interponga, sea la misma persona titular del derecho fundamental a la libertad individual, en sus múltiples manifestaciones, o aspectos conexos a ella. En efecto, está en juego aquí la procedencia de tutela de la libertad individual que le fue denegada a través de un proceso de hábeas corpus en el que, pese a ser el instrumento procesal *non plus ultra* para la tutela de esta dimensión básica de la persona, el justiciable no obtuvo sentencia estimatoria.

En el otro extremo, bien puede darse el caso de que, en el *amparo contra hábeas corpus*, quien lo interponga sea la parte emplazada que perdió en el hábeas corpus. Puede ser incluso un juez, una autoridad o un funcionario o, eventualmente, alguna persona natural o jurídica. Más aún, si el favorecido obtuvo sentencia estimatoria en

134 STC N.º 01761-2008-PA/TC, FJ. 27.

135 STC N.º 01761-2008-PA/TC, FJ. 28.

136 STC N.º 01761-2008-PA/TC, FJ. 30.

el hábeas corpus contra un proceso penal, el tercero civil en dicho proceso puede interponer, contra el hábeas corpus, un proceso de amparo.

Situados en este contexto, estimamos que se debe ponderar y preferir el bien jurídico mayor de estirpe constitucional, que es la libertad individual tutelada por el hábeas corpus, proceso éste que no podría ser enervado por otro proceso constitucional como el amparo.

Es más, aquí bien puede esgrimirse la tesis de que el núcleo duro de resistencia consiste en tutelar el hábeas corpus primigenio, en vez del amparo dirigido a enervarlo. En todo caso, para esta hipótesis, la solución ya la estableció el propio Código Procesal Constitucional, en su artículo 5, inciso 6, vale decir, que no procede un proceso de amparo contra otro de hábeas corpus.

e.4.) Amparo contra hábeas data

El proceso de hábeas data, dispone el artículo 200° inciso 3 de la Constitución, procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos en los incisos 5 y 6 de su artículo 2 (acceso a la información pública y autodeterminación informativa). Ello no puede querer decir, sin embargo, que en el curso de este proceso, al final de éste, o al momento de su ejecución, el juez constitucional esté exento de afectar algún derecho fundamental de las partes (bien del demandante, bien del demandado).

Un supuesto particular lo podemos apreciar en la **RTC N.º 0073-2012-PA/TC**, pues el Tribunal admite aquí que lo resuelto en un proceso de hábeas data puede ser controlado, en vía de ejecución a través de un proceso de amparo.

En efecto, en el caso concreto, el demandante había obtenido una sentencia estimatoria firme de hábeas data, a nivel del Poder Judicial, la cual ordenaba a la Municipalidad Distrital de Los Olivos, exhibir el Cuadro de Asignación de Personal (CAP) correspondiente al año 1994. No obstante lo cual, en vía de ejecución, la municipalidad emplazada argumentó que la referida documentación no se hallaba en original al haber sido sustraída, y que a pesar de ello, los órganos judiciales le habían impuesto una sanción de multa, además de exigir la remisión del CAP. Por ello, el perdidoso en el hábeas data, interpuso un proceso de amparo, para cuestionar lo allí decidido.

Luego de recordar que el *amparo contra hábeas data* constituye un régimen procesal de naturaleza atípica o excepcional, sujeto a determinados supuestos o criterios, el Tribunal Constitucional encontró improcedente la demanda de amparo (en aplicación del artículo 5° inciso 6 del Código Procesal Constitucional), por considerar que la sanción de multa y la orden de exhibición resultaban “coherente[s] y legítim[as] en términos constitucionales”, habida cuenta que el proceso de hábeas data se

encontraba en fase de ejecución de sentencia, etapa en la cual sólo cabía acatar o cumplir lo dispuesto en la sentencia firme, siendo inviable readmitir o reevaluar el debate principal que fue solucionado en su debida oportunidad con la sentencia firme (vale decir, que la documentación solicitada no se hallaba en original por haber sido sustraído).

Pero el cuestionamiento de lo resuelto en un hábeas data, a través de un proceso de amparo, exige, a juicio del Tribunal, la vulneración *manifiesta y evidente* de un derecho constitucional, cualquiera que sea la naturaleza de éste. Así, por ejemplo, en la **RTC N.º 04525-2011-PA/TC**, el Tribunal Constitucional examinó el argumento esgrimido por el demandante en el amparo (Banco Continental), que cuestionaba que el juez del hábeas data no había tomado en cuenta que el requerimiento de información se había efectuado luego de haber transcurrido más de 10 años de antigüedad de la información solicitada (contrato de préstamo personal, de garantía prendaria, liquidación de ventas y las comunicaciones cursadas al Banco), plazo éste establecido en el artículo 183º de la Ley N.º 26702, Ley General de Banca y Seguros.

Sin embargo, para desestimar la demanda de amparo, el Tribunal Constitucional verificó que los órganos judiciales demandados sí habían tomado en cuenta el factor antigüedad de la información solicitada, al considerar que, pese a este hecho, el Banco no había negado la existencia de la información, y que la misma no necesariamente tenía fecha cierta.

e.5.) Amparo contra proceso de cumplimiento

Aun cuando algún sector de la doctrina descarta que el de *cumplimiento* sea un auténtico proceso constitucional, lo cierto es que los requisitos para su procedencia han sido expresamente delimitados por la propia Constitución, la cual establece que su finalidad no es otra que reaccionar frente a la renuencia de la autoridad o funcionario que no acata una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley (artículo 200º inciso 6).

El control constitucional de lo resuelto en un proceso de cumplimiento, a través de un amparo, sin embargo, no es una hipótesis alejada de la realidad, a juzgar por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Y ello, no sólo por ser posible verificar, en una sentencia de cumplimiento, una afectación de un derecho fundamental, sino además, por resultar viable que una sentencia estimatoria de cumplimiento pueda vulnerar el precedente vinculante recaído en la **STC N.º 0168-2008-PC/TC** (Caso Máximo Villanueva), en torno a los requisitos mínimos que debe satisfacer el *mandamus* para ser pasible de exigencia a través del proceso de cumplimiento.

Una muestra de ello es la **STC N.º 05296-2007-PA/TC**, sobre una demanda de amparo interpuesta contra una sentencia de cumplimiento, para cuya interposición,

sin embargo, “había transcurrido el plazo establecido en la ley”. No obstante, luego de ponderar los bienes en conflicto (seguridad jurídica versus los valores superiores de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales), el Tribunal decidió entrar al fondo del asunto, y declarar la nulidad de la sentencia estimatoria de cumplimiento, expedida por la Sala Mixta Descentralizada de Utcubamba, no sólo porque su argumentación se encontraba vedada por la propia lógica del sistema jurídico, sino por atentar contra la copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en relación al estatus pensionario del personal que integra tanto las Fuerzas Armadas como la Policía Nacional; remitiendo copias de los actuados al Consejo Nacional de la Magistratura, así como a la Oficina de Control de la Magistratura.

Por su parte, en la **STC N.º 04117-2010-PA/TC**, el Tribunal Constitucional conoció el cuestionamiento, vía amparo, de una sentencia estimatoria firme de cumplimiento, que ordenaba que la sede del Gobierno Regional de Lima Provincias se instale en la ciudad de San Vicente de Cañete, departamento de Lima, en razón a una interpretación literal del artículo 32º de la Ley N.º 27783, Ley de Bases de la Descentralización. El Tribunal declaró fundada la demanda (y, en consecuencia, nula la sentencia expedida en el cumplimiento), argumentando que, del tenor del mencionado artículo 32º, se advertía que para que se dé cumplimiento a dicha norma legal era necesario analizar y contar previamente con el informe respectivo que dé cuenta del mayor número poblacional en una u otra capital de provincia, convirtiéndose así en un mandato sujeto a la controversia compleja de la previa realización de un censo poblacional, lo que, a todas luces, era inadmisibile en un proceso ejecutivo y sumario como el de cumplimiento.

En la misma línea se encuentra, finalmente, la **STC N.º 04836-2008-PA/TC**, que sólo es una muestra de un universo más amplio de sentencias similares, pues aquí también el Tribunal Constitucional declaró fundada una demanda de amparo contra una sentencia estimatoria firme de cumplimiento, que había sido expedida vulnerando las normas legales, así como las reglas establecidas en el precedente vinculante recaído en la **STC N.º 0168-2005-PA/TC**; reglas éstas a partir de las cuales, se entendía que cualquier acto administrativo que dispusiera que el bono por función fiscal tiene carácter pensionable, no constituía un mandato de ineludible y obligatorio cumplimiento.

Sin embargo, una suerte distinta, han seguido otros expedientes que plantean una problemática similar, aunque esta vez descartados por el Tribunal, en razón a una pretensión oculta y subalterna de volver a cuestionar lo resuelto definitivamente en un anterior proceso de cumplimiento.

Es el caso de la **STC N.º 06837-2008-PA/TC**, en cuya oportunidad el Tribunal Constitucional admitió, desde luego, la procedencia de la figura *in comento*, mas, a renglón seguido, constató que la decisión judicial del proceso de cumplimiento

cuestionada no vulneraba jurisprudencia ni precedente alguno del Tribunal Constitucional (singularmente, las SSTC N.ºs 0206-2005-PA/TC y 0168-2005-PC/TC); en razón a ello, declaró infundada la demanda de amparo interpuesta.

Finalmente, debería estar claro que, como cualquier resolución judicial firme, la del cumplimiento también puede ser analizada, en clave constitucional, a través de la motivación brindada por el juez constitucional. Éste es, por ejemplo, el problema que plantea la **STC N.º 01873-2011-PA/TC**, en la que se declaró fundada una demanda de amparo interpuesta contra una sentencia firme recaída en un primigenio proceso de cumplimiento, por considerar el Tribunal Constitucional que los jueces emplazados no habían motivado adecuadamente la medida de embargo en forma de retención en las cuentas corrientes del Gobierno Regional de Lambayeque; concretamente, que no existió una razonable y coherente motivación sobre la naturaleza del bien de uso privado que las instancias judiciales le habían asignado a las cuentas bancarias en cuestión; por lo que se les ordenó emitir nueva sentencia, con arreglo a lo señalado en dicha sentencia.

e.6.) Amparo contra acción popular

Pese a que, ciñéndonos a lo que establece la Constitución, el proceso de acción popular es de competencia *exclusiva* del Poder Judicial (como así lo define el artículo 200º inciso 5 de la Constitución), una perspectiva realmente tuitiva de los derechos fundamentales, no puede descartar que lo decidido en dicho proceso, pueda ser cuestionado a través de un amparo, siempre y cuando a través de este último, no se busque invadir competencias y fueros propios de la jurisdicción *constitucional ordinaria*, cuya competencia exclusiva y excluyente en materia de procesos constitucionales, sólo es justamente el de la acción popular

Importa recordar, pues, que según la Constitución, la acción popular tiene por finalidad, controlar las infracciones de la Constitución y de la ley, contenidas en reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen. Si esto es así, bien pueden plantarse las siguientes hipótesis de trabajo.

En primer lugar, está el supuesto de que el amparo lo interponga quien perdió en el proceso de acción popular. Éste es el caso de la **RTC N.º 01286-2011-PA/TC**, en cuya ocasión el Tribunal Constitucional analizó una demanda de amparo contra una sentencia expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que había desestimado una demanda de acción popular interpuesta por el ahora demandante, contra los artículos 1º y 2º del Decreto Supremo N.º 011-2003-EM, modificatorios del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas. No obstante, sin entrar al fondo del asunto, el Tribunal declaró improcedente la demanda de amparo contra acción popular, luego de constatar que la misma había sido interpuesta fuera del plazo legalmente establecido. En la misma

línea de lo establecido, cabe ubicar la **RTC N.º 03907-2011-AA/TC**, sobre demanda de amparo contra acción popular incoada por el Seguro Social de Salud (Essalud), perdedora en un proceso de acción popular contra el Decreto Supremo N.º 043-2003-EF, sobre Registro de obligaciones previsionales del Régimen Pensionario del Decreto Ley N.º 20530; demanda ésta que también fue desestimada por vencimiento del plazo de prescripción.

Sin embargo, es posible ensayar aún una segunda hipótesis, cual es que el segundo proceso de amparo no esté orientado a cuestionar aspectos de fondo de lo resuelto en la acción popular, sino más bien (o sólo) **cuestiones de forma**, así apreciados por el órgano judicial competente del Poder Judicial. Es, por ejemplo, lo que se desprende de la **RTC N.º 04141-2010-PA/TC**, cuyo origen era una demanda de amparo contra acción popular (sobre la ilegalidad del Decreto Supremo N.º 080-2006-EF, que transfiere en propiedad un terreno del Estado), que planteaba la pregunta siguiente: según la Constitución, el proceso de acción popular, ¿procede sólo respecto de normas de alcance general, o también sobre normas particulares? Al resolver el caso, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de amparo, en razón a la naturaleza *particular* del decreto supremo involucrado¹³⁷.

Finalmente, el último supuesto al que cabe aludir, es el referido al amparo cuya finalidad radica en controvertir el fondo de lo decidido por el Poder Judicial en un proceso de acción popular. Es el caso de la **STC N.º 02643-2010-PC/TC**, sobre una demanda de cumplimiento dirigida a lograr la inaplicación de una norma (Decreto Supremo N.º 01-94-EM), declarada como barrera burocrática ilegal por el Indecopi,

137 Sin embargo, en su momento, consideramos que este razonamiento era desproporcionado, por restrictivo, razón por la cual emitimos un voto singular, recordando que, “si bien es cierto que la interpretación de los presupuestos y requisitos procesales es competencia de la jurisdicción ordinaria, no es menos cierto también que los supuestos de acceso a la jurisdicción comporta la elección de la interpretación más favorable a la admisión o a la resolución del problema de fondo planteado en la demanda (...) En el caso de autos, se tiene que los órganos judiciales, al desestimar la demanda de acción popular por un asunto de forma, eligieron la interpretación más gravosa y perjudicial para la resolución del problema de fondo planteado en la demanda. Y es que del dispositivo legal antes glosado –que marca la pauta para la procedencia de la demanda de acción popular– no es posible inferir con meridiana claridad o exactitud si el requisito referido al carácter general de la norma impugnada resulta pregonable solo de las resoluciones, o solo de las normas administrativas, o solo de los reglamentos, o si no a todas las normas juntas. De dicho dispositivo no es posible inferir una u otra interpretación sobre el particular. Por ello, considero que resulta evidentemente desproporcionado y manifiestamente arbitrario que los órganos judiciales hayan argumentado e interpretado sin más la ausencia del carácter general de la norma impugnada (D.S. N.º 080-2006-EF) al regular ésta una situación particular, cuando precisamente el legislador no ha definido con exactitud qué alcance –particular o general– deben tener los decretos supremos para ser cuestionados por la vía constitucional de la acción popular”. Por ello, nuestro voto en esta causa fue por declarar fundada la demanda de amparo contra acción popular, y en consecuencia, ordenar a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitir nueva resolución, pronunciándose sobre el fondo en la acción popular.

pero respecto de cuya constitucionalidad existían sendos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Así, al momento de resolver la causa, el Tribunal observó que la declaración del INDECOPI, materializada en la resolución administrativa cuyo cumplimiento se exigía a través del proceso constitucional, contravenía en realidad la confirmatoria de constitucionalidad reiteradamente declarada por la Corte Suprema. En atención a ello, determinó el Tribunal que el acto administrativo en cuestión carecía de la juridicidad necesaria para constituirse en *mandamus*, declarando improcedente la demanda incoada.

e.7.) ¿Es factible un amparo contra proceso de inconstitucionalidad o contra proceso competencial?

Por principio, esta eventual hipótesis de trabajo de plano debería descartarse, en tanto se trataría de enervar una resolución firme que proviene del control orgánico de la Constitución, bifurcado a través del control abstracto vía los procesos de inconstitucionalidad y los procesos de conflictos de atribuciones o de competencias, delineados así por la Constitución.

En efecto, el amparo podría ser factible sólo y tan sólo, en una eventual ejecución de sentencia, no se dé cumplimiento a lo que haya dispuesto el Tribunal Constitucional, en estos dos procesos. Se trata, entonces, no de plantear un amparo contra una sentencia resuelta en estos dos procesos ya aludidos; sino, eventualmente, contra algún auto o resolución judicial, que desvirtúa la ejecutabilidad de lo que habría resuelto el Tribunal Constitucional con carácter definitivo e inapelable.

Veamos, tentativamente, algunas figuras, de lo hasta aquí expresado.

- a) En el caso que el Tribunal Constitucional haya declarado desestimativo un proceso de inconstitucionalidad o uno competencial, bien puede plantearse un amparo contra una resolución judicial que aplica control difuso de la norma legal en cuestión. Y esto es así, lógicamente, en aplicación simple y llana del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, según el cual “[l]os 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”.
- b) Un segundo supuesto, en cambio, lo tenemos cuando una resolución judicial (o administrativa), es inconstitucional, en tanto vulnera (por exceso o por defecto) lo dispuesto por el Tribunal en una sentencia de inconstitucionalidad o en una de orden competencial. Contra ella, desde luego, estará habilitado el proceso de amparo, dirigido a contrarrestar el desacato manifiesto a una sentencia del Tribunal Constitucional.
- c) Finalmente, lo que sí cabe descartar de plano, por inaudito y contradictorio, es la posibilidad de que a través de un amparo pueda cuestionarse lo resuelto de modo

definitivo e inapelable en un proceso de inconstitucionalidad, materialización ésta última del carácter pacificador y depurativo que conlleva todo control orgánico de la Constitución. En efecto, si el Tribunal Constitucional es el órgano de cierre de la justicia constitucional en nuestro sistema jurídico, y a causa de ello sus sentencias son definitivas e inapelables, la primacía de la seguridad jurídica y de la superioridad interpretativa de este órgano, en lo que al control de constitucionalidad de las leyes concierne, aconseja evidentemente que la suya sea la palabra final; aún a costa de que, algunas veces, esa respuesta no sea la correcta (o la más adecuada, desde la perspectiva del legislador).

Con todo, no se puede descartar la hipótesis, tan inherente al carácter mutante de la interpretación constitucional, de que lo que hoy el Tribunal considera contrario a la Constitución, más adelante deje de serlo (y a la inversa). Con seguridad, ejemplo de lo dicho son los *overrulings* practicados hasta la fecha por el Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia (SSTC N.ºs 0090-2004-AA/TC, sobre la necesidad de motivar el pase a la situación de retiro del personal militar; 03361-2004-AA/TC, sobre la necesidad de motivar las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación de jueces y fiscales; 01412-2007-PA/TC, sobre la temporalidad en la aplicación del criterio anterior; 001-2009-AI/TC, en relación a la justicia militar; entre otros). Pero también es el caso de que, a través de un proceso de amparo, el demandante cuestione, pasado un cierto tiempo, la constitucionalidad así declarada por el Tribunal Constitucional en su sentencia, por considerarla no acorde con las actuales circunstancias sociales y/o culturales. ¿Podría ser visto este cuestionamiento, eventualmente amparado por un juez constitucional del Poder Judicial en un proceso constitucional, un desacato a la sentencia en su día expedida por el supremo intérprete de la Constitución?

Varias razones abonan a favor de una respuesta negativa a esta interrogante. La primera y más importante de las cuales, naturalmente, es el carácter dinámico y temporal de la interpretación constitucional. De hecho, es probable que la primera medida que deba tomarse para petrificar los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, sea la de cubrir a los pronunciamientos por él expedidos en vía de control abstracto, con la cosa juzgada *material*, de modo tal que éstos queden a salvo de cualquier intento de modificación o revisión. Sin embargo, es claro que una importante cuota de flexibilidad, aún de estas sentencias, es tan necesaria como inevitable, y así parece haberlo entendido también el propio Tribunal Constitucional¹³⁸.

138 RTC N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, en cuyo FJ. 9, se dejó establecido que “[a] efectos de examinar cuándo una nueva demanda de inconstitucionalidad afecta el límite objetivo de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, se ha de analizar: a) Si la norma constitucional que ha sido empleada como parámetro de juicio es la misma o es otra distinta; b) Si la norma constitucional parámetro de juicio ha variado en su sentido; c) Si la norma legal impugnada, objeto de control, ha variado en el sentido por el cual se dictó la sentencia desestimatoria; d) Si la conclusión a que conduce la aplicación de un principio interpretativo distinto es sustancialmente diferente a la que se aplicó en la sentencia desestimatoria”.

Como epílogo final, cabe aquí señalar que, frente a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, lo único que puede superponerse es el hoy llamado “control de convencionalidad”, en virtud del cual un órgano de jurisdicción supranacional, como es, en este caso, para nuestra región, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede –no cabe duda–, dejar sin efecto algún fallo que proviene del Tribunal Constitucional o del Poder Judicial, en tanto este control de convencionalidad coteje si dichos fallos están o no de acuerdo con el hoy llamado “*bloque de convencionalidad*”.

En este sentido, un eventual amparo contra un proceso de inconstitucionalidad, como hipótesis de trabajo, puede llegar a ser conocido por la referida Corte, y terminar controlando un fallo que estaba dirigido a ejercer un control abstracto de una norma. Esto podría ocurrir si en esta eventual interpretación hecha por el Tribunal Constitucional, no se ajusta a la doctrina jurisprudencial y al bloque de convencionalidad que existe en nuestra región. Hablamos aquí, pues, de una jurisdicción supranacional, una interpretación supraconstitucional, de un amparo nacional que deviene luego en un amparo internacional o transnacional¹³⁹, y un control de convencionalidad de un fallo de un Tribunal Constitucional que resulta “*inconvenional*”.

e.8.) *Excursus*. Un supuesto especial: el amparo contra laudos arbitrales

La Constitución de 1993, al igual que el texto constitucional de 1979, reconoce la denominada “jurisdicción arbitral”. En este sentido, en el artículo 139, inciso 1 señala: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral”.

Como expresa Abad, desde la vigencia de la Constitución de 1979 surgieron dudas sobre “la procedencia del amparo contra laudos arbitrales, es decir, contra la decisión que emiten los árbitros ante una controversia determinada e, incluso, respecto a las decisiones previas a la culminación de un arbitraje”¹⁴⁰.

Señalamos anteriormente que mediante la Ley N° 27053¹⁴¹ se modificó el inciso b) del artículo 6 de la Ley N° 23506, a fin de establecer una causal de improcedencia específica relacionada con los amparos contra resoluciones arbitrales. En este sentido, la mencionada norma estableció que no procedían los procesos constitucionales: “2) Contra resolución judicial o arbitral emanada de un procedimiento regular”.

139 Vid. a FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: *Juicio de amparo y Derecho Procesal Constitucional*, prólogo de Hermógenes Acosta de los Santos, Acción Ciudadana para la Justicia y la Transparencia / CONAEJ, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia / FINJUS, Santo Domingo (República Dominicana), 2010.

140 ABAD YUPANQUI, Samuel. op. cit., p. 403.

141 Publicada el 19 de enero de 1999 en el diario oficial *El Peruano*.

En su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional aceptó la posibilidad de presentar una demanda de amparo contra un laudo arbitral. En este sentido señaló¹⁴²:

“(…) es un hecho incontrovertible que la posibilidad de cuestionarse por vía del proceso constitucional un laudo arbitral, esto es, una resolución expedida por un Tribunal Arbitral, no puede considerarse una opción equivocada ni menos inconstitucional, habida cuenta de que si bajo determinadas circunstancias procede el proceso constitucional contra resoluciones provenientes tanto de la jurisdicción ordinaria como contra resoluciones de la jurisdicción militar, como este mismo Colegiado lo ha podido determinar en la ratio decidendi de anteriores pronunciamientos, no existe razón alguna (tampoco y mucho menos legal, ya que se trata de derechos constitucionales) que impida el uso del proceso constitucional frente a la jurisdicción arbitral, quedando por precisar, en todo caso, cuáles son las circunstancias o los casos bajo los cuales procede o se habilita semejante cuestionamiento”.

El Tribunal aplicó al caso de las demandas contra laudos arbitrales los mismos criterios sobre los amparos contra resoluciones judiciales, admitiendo la posibilidad de una revisión de los mismos sólo en el caso que se hubiesen afectado derechos de índole procesal. Al respecto precisó¹⁴³:

“(…) la posibilidad de que mediante una resolución de la jurisdicción (incluida la arbitral) se lesione un derecho constitucional distinto a los estrictamente procesales (verbigracia, derecho de propiedad, contratación, asociación, etc.) y que frente a tal contingencia procedan las garantías, no es una tesis admitida por el derecho procesal constitucional peruano o por su doctrina, pues ello supondría que la garantía (llámese hábeas corpus o amparo) estaría destinada a revisar directamente el fondo de los procesos respectivos, como si el proceso constitucional fuese en realidad una suprainstancia jurisdiccional. Por ello, a menos de que lo que se vulnere por una autoridad jurisdiccional sea un derecho procesal con rango constitucional (debido proceso o tutela judicial efectiva) o una norma constitucional sustantiva que pueda tener implicancias procesales, no será viable el uso del proceso constitucional”.

A pesar de lo dispuesto en la Ley N° 23506 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Código Procesal Constitucional del 2004 no estableció ninguna disposición relacionada con la procedencia de las demandas de amparo contra laudos arbitrales. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha salvado esta omisión y, siguiendo en buena medida los lineamientos generales de su jurisprudencia anterior, ha precisado importantes aspectos relacionados con esta materia. En primer lugar,

142 STC 0189-1999-AA/TC, FJ. 3.

143 STC 0189-1999-AA/TC, FJ. 5.

ha reiterado la procedencia del amparo contra laudos arbitrales, señalando que tal situación debe ser admitida sólo en tres supuestos, uno de ellos referido a la afectación de derechos de índole procesal. En este sentido ha señalado¹⁴⁴:

“(…) aunque resulta perfectamente legítimo acudir al proceso constitucional a efectos de cuestionar el carácter lesivo de los actos expedidos por la jurisdicción arbitral (...) ello sólo es posible cuando allí se obre de modo arbitrario, y por demás inconstitucional. (...)”

En el contexto descrito y en la lógica de concretizar de un modo más aproximativo los supuestos en que se habilitaría el control constitucional sobre la jurisdicción arbitral, este Tribunal estima oportuno enfatizar que, desde un punto de vista casuístico, serían entre otras tres las situaciones o hipótesis principales en las que podría configurarse la citada variable fiscalizadora: a) Cuando la jurisdicción arbitral vulnera o amenaza cualquiera de los componente formales o sustantivos de la tutela procesal efectiva (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva, etc.). Esta causal sólo puede ser invocada una vez que se haya agotado la vía previa; b) Cuando la jurisdicción arbitral resulta impuesta ilícitamente, de modo compulsivo o unilateral sobre una persona (esto es, sin su autorización), como fórmula de solución de sus conflictos o de las situaciones que le incumben; c) Cuando, a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, ésta verse sobre materias absolutamente indisponibles (derechos fundamentales, temas penales, etc.)”.

En segundo lugar, el Tribunal ha determinado que, antes de interponer la respectiva demanda de amparo contra un laudo arbitral, se deben haber agotado los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico nacional para impugnarlo, es decir, que de modo previo se debe haber acudido a las instancias jurisdiccionales ordinarias con la finalidad de tutelar los derechos afectados. Al respecto ha señalado¹⁴⁵:

- Tratándose de materias de carácter disponible, los árbitros se encuentran facultados para conocer y resolver las controversias cuya resolución les ha sido encomendada, y para rechazar ilegítimas interferencias que pudieran darse. Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulten lesivos del derecho a la tutela procesal efectiva de alguna de las partes. En estos casos, quien se considere afectado en su derecho podrá interponer un proceso constitucional, siempre que, de manera previa a la interposición de dicho proceso, la persona afectada en sus derechos haya agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje establece para impugnar el laudo arbitral que dice afectarlo.

144 STC 4972-2006-PA/TC.

145 STC 1567-2006-PA/TC, FJ. 15 al 19.

- La base legal de esta exigencia se encuentra en disposiciones específicas del Código Procesal Constitucional, como el artículo 5° inciso 4° y el artículo 45°, que establecen la necesidad de agotar las vías previas que pudiesen existir para cuestionar un acto lesivo de los derechos fundamentales, antes de interponer la demanda respectiva que daría inicio a un proceso de amparo.
- El fundamento de la exigibilidad de agotar la vía previa, como requisito de procedencia del proceso de amparo, lo constituye la independencia jurisdiccional con que cuenta el arbitraje y en la efectiva posibilidad de que, ante la existencia de un acto infractor, éste sea cuestionado y corregido de conformidad con los principios y garantías jurisdiccionales consagrados en el artículo 139° de la Constitución y desarrollados por la Ley General de Arbitraje.

En consecuencia, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se puede concluir que el amparo contra los laudos arbitrales sólo procede en determinados supuestos y siempre que se haya agotado la respectiva vía previa judicial.

Sin embargo, debe recordarse que el Tribunal también ha señalado que procede una demanda de amparo contra resoluciones judiciales, no sólo cuando se afecta la tutela procesal efectiva o el debido proceso, sino en cualquier supuesto en que se afecten derechos fundamentales. En este sentido, si el Tribunal ha equiparado el proceso de amparo contra resoluciones judiciales con el de amparo contra laudos arbitrales, puede afirmarse que también en este último caso la demanda respectiva debería proceder cuando se afecte cualquier derecho fundamental. Sin embargo, autores como Abad discrepan de esta posibilidad por cuanto “el amparo contra decisiones jurisdiccionales en general sólo debería circunscribirse a la tutela procesal efectiva, criterio que a nuestro juicio debería extenderse a la materia arbitral para no ingresar a evaluar el fondo de sus decisiones”¹⁴⁶.

No obstante, no ha sido sino con la expedición de la STC N.º 0142-2011-PA/TC, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha experimentado un importante giro en el devenir de su evolución, impulsado en buena cuenta por las recientes modificaciones operadas a nivel de la legislación ordinaria en materia de arbitraje (y en particular, la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.º 1071, Ley General de Arbitraje).

146 ABAD YUPANQUI, Samuel. op. cit., p. 408. Vid. también al respecto GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo: “Creación de un procedimiento inédito en materia de anulación de laudo por parte del Tribunal Constitucional”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo N.º 33, septiembre de 2010, pp. 291 y ss.; AMPRIMO PLÁ, Natala: “Recurso de anulación del laudo. ¿Eficaz vía paralela frente al proceso de amparo?”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo N.º 28, abril de 2010, pp. 261 y ss.; GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo: “Proceso de amparo contra laudo arbitral”, en *Gaceta Constitucional*, Tomo N.º 25, enero de 2010, pp. 271 y ss.

En efecto, partiendo de la consideración de que la especial naturaleza del arbitraje no supone en lo absoluto su desvinculación del esquema constitucional, el Tribunal reconoce que, si bien los criterios antes descritos no han perdido su vigencia e importancia, éstos requieren ser acoplados de una manera más directa a lo que expresamente ha previsto el Código Procesal Constitucional. Esta necesidad suya de unificar la jurisprudencia en materia de amparo arbitral, aunada a la constatación de una buena cantidad de procesos de este tipo que estaban en trámite ante la jurisdicción constitucional, es lo que finalmente ha llevado al Tribunal a emitir un precedente vinculante, bajo la clave (antes ignorada en el análisis del asunto) de que el amparo no es más un proceso alternativo, sino uno subsidiario o residual.

En ese sentido, el Tribunal ha señalado, con la fuerza propia que le otorga el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que el “recurso de anulación” previsto en el Decreto Legislativo N.º 1071 (y, por razones de temporalidad, los recursos de “apelación” y “anulación” para aquellos procesos sujetos a la Ley N.º 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección de los derechos constitucionales, lo que determina la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5º inciso 2 del referido Código. En particular, el Tribunal ha excluido expresamente del ámbito del amparo tres supuestos concretos de impugnación, en los que cabe interponer más bien el recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N.º 1071, y estos son: **a)** la protección de los derechos constitucionales, incluso cuando éstos sean el debido proceso o la tutela procesal efectiva; **b)** la falta de convenio arbitral; y **c)** cuando, pese a haberse aceptado voluntariamente el convenio, las materias sobre las cuales ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales indisponibles. Se precisa, en todo caso, que contra lo resuelto por el Poder Judicial en vía de este recurso, es posible interponer un amparo contra resolución judicial.

A pesar de todo, el Tribunal Constitucional admite tres situaciones excepcionales en las cuales sí cabe interponer un amparo contra laudo arbitral, a saber: **a)** cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes; **b)** cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial; y **c)** cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14º del Decreto Legislativo N.º 1071.

Con todo, se mantiene la exigencia de que, en los supuestos a) y b) antes reseñados, el afectado formule un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado. Se precisa también que la sentencia constitucional que declare fundada la demanda de amparo arbitral deberá ordenar la emisión de un nuevo laudo pero que, en ningún supuesto, el juez o Tribunal Constitucional podrán resolver el fondo del asunto sometido a esta jurisdicción especial. Finalmente, y en una interpretación que

despeja muchas dudas generadas a nivel de la doctrina y jurisprudencia nacionales, el Tribunal ha aclarado que una consecuencia lógica y necesaria del carácter jurisdiccional del arbitraje consiste en que los tribunales arbitrales pueden ejercer el control difuso de constitucionalidad previsto en el artículo 138° segundo párrafo de la Constitución, amén de la doble dimensión que caracteriza a los procesos arbitrales; si bien para ello deberán seguir, por extensión, los criterios sentados en la jurisprudencia constitucional para el común de la justicia ordinaria, a saber: que se trate de una norma aplicable de la que dependa la validez del laudo arbitral, que no sea posible obtener de ella una interpretación conforme a la Constitución, y que se verifique la existencia de un perjuicio claro y directo respecto al derecho de algunas de las partes¹⁴⁷.

5.3.3. Hábeas data

Debido a la creciente importancia que en el mundo globalizado ha alcanzado la información, hoy nuestra sociedad ha sido calificada significativamente como una “sociedad de la información”. En este tipo de sociedad, las tecnologías de la información, a la par de constituir elementos útiles para el desarrollo, se constituyen también en riesgos potenciales para determinados derechos fundamentales. La intimidad, el derecho al honor y la dignidad humana rozan constantemente con la libertad informativa que hoy a través del Internet trasciende fácilmente las fronteras nacionales. Para proteger a la persona contra el uso indiscriminado de la información personal, en el derecho comparado existe la figura del hábeas data que, en nuestro país también ha sido incluido en el catálogo de procesos constitucionales por el constituyente de 1993. Por otro lado, este proceso ha sido habilitado para proteger un derecho de raigambre más tradicional y que resulta imprescindible en toda sociedad democrática: el derecho al acceso a la información.

a) Noción

En este contexto, el Tribunal Constitucional ha sostenido que “El hábeas data es un proceso constitucional que tiene por objeto la protección de los derechos reconocidos en los incisos 5) y 6) del artículo 2 de la Constitución, que establecen, respectivamente, que “toda persona tiene derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan por ley o por razones de seguridad nacional”; y que “[...] los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no deben suministrar informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. De este modo, la Constitución protege a través del proceso de hábeas data tanto el derecho de todo ciudadano al acceso a la información pública, como el derecho a mantener en reserva

147 Un análisis detallado de este giro en la jurisprudencia del Tribunal, sobre la procedencia del amparo arbitral puede verse en el Número Especial sobre “Control Constitucional y Arbitraje” de la *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N° 4, Nueva Época, Tribunal Constitucional, Lima, 2011.

la información que pueda afectar su intimidad personal y familiar (autodeterminación informativa)”¹⁴⁸.

b) **Ámbito de protección**

– Protección del derecho a la autodeterminación informativa a través del hábeas data

La protección del derecho a la autodeterminación informativa a través del hábeas data comprende, en primer lugar, la capacidad de exigir jurisdiccionalmente la posibilidad de acceder a los registros de información, computarizados o no, cualquiera que sea su naturaleza, en los que se encuentren almacenados los datos de una persona. Tal acceso puede tener por objeto que se permita conocer qué es lo que se encuentra registrado, para qué y para quién se realizó el registro de información así como la (o las) persona(s) que recabaron dicha información. En segundo lugar, el hábeas data puede tener la finalidad de agregar datos al registro que se tenga, sea por la necesidad de que se actualicen los que se encuentran registrados, o con el fin de que se incluyan aquellos no registrados, pero que son necesarios para que se tenga una cabal referencia sobre la imagen e identidad de la persona afectada. Asimismo, con el derecho en referencia, y en defecto de él, mediante el hábeas data, un individuo puede rectificar la información, personal o familiar, que se haya registrado; impedir que esta se difunda para fines distintos de aquellos que justificaron su registro o, incluso, tiene la potestad de cancelar aquellos que razonablemente no debieran encontrarse almacenados¹⁴⁹.

– Protección del derecho al acceso a la información pública a través del hábeas data

Del mismo modo, el TC ha determinado que el derecho al acceso a la información público, como derecho protegido por el proceso constitucional de hábeas data, se encuentra comprendido por dos dimensiones, una individual y otra colectiva, pues su ejercicio no interesa sólo a un ciudadano, individualmente considerado, sino a la sociedad en su conjunto, en tanto bien coadyuvante al mantenimiento y consolidación de un Estado democrático. Veamos esta postura del TC:

“El derecho de acceso a la información pública evidentemente se encuentra estrechamente vinculado a uno de los contenidos protegidos por la libertad de información. Y al igual de lo que sucede con esta última, debe indicarse que el derecho de acceso a la información pública tiene una doble dimensión. Por un lado, se trata de un derecho individual, en el sentido de que garantiza que nadie sea arbitrariamente

148 STC 10614-2006-PHD, FF.JJ. 2 y 3.

149 STC 10614-2006-PHD, FJ. 4.

impedido de acceder a la información que guarden, mantengan o elaboren las diversas instancias y organismos que pertenezcan al Estado, sin más limitaciones que aquellas que se han previsto como constitucionalmente legítimas. A través de este derecho se posibilita que los individuos, aisladamente considerados, puedan trazar, de manera libre, su proyecto de vida, pero también el pleno ejercicio y disfrute de otros derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, en su dimensión individual, el derecho de acceso a la información se presenta como un presupuesto o medio para el ejercicio de otras libertades fundamentales, como puede ser la libertad de investigación, de opinión o de expresión, por mencionar alguna.

Tal condición instrumental del derecho de acceso a la información pública se puede apreciar en el caso de autos. En efecto, conforme se expresa en la carta notarial dirigida al entonces segundo vicepresidente de la República, no encontrándose obligado a dar las razones de la información requerida, el recurrente alega que la información requerida es importante para poder ejercer su libertad de investigación sobre la diplomacia presidencial en el Perú.

En segundo lugar, el derecho de acceso a la información tiene una dimensión colectiva, ya que garantiza el derecho de todas las personas de recibir la información necesaria y oportuna, a fin de que pueda formarse una opinión pública, libre e informada, presupuesto de una sociedad auténticamente democrática.

Desde este punto de vista, la información sobre la manera como se maneja la res pública termina convirtiéndose en un auténtico bien público o colectivo, que ha de estar al alcance de cualquier individuo, no sólo con el fin de posibilitar la plena eficacia de los principios de publicidad y transparencia de la Administración pública, en los que se funda el régimen republicano, sino también como un medio de control institucional sobre los representantes de la sociedad; y también, desde luego, para instar el control sobre aquellos particulares que se encuentran en la capacidad de poder inducir o determinar las conductas de otros particulares o, lo que es más grave en una sociedad como la que nos toca vivir, su misma subordinación.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional no puede sino destacar que el derecho de acceso a la información pública es consustancial a un régimen democrático. En efecto, el derecho en referencia no sólo constituye una concretización del principio de dignidad de la persona humana (art. 1° de la Constitución), sino también un componente esencial de las exigencias propias de una sociedad democrática, ya que su ejercicio posibilita la formación libre y racional de la opinión pública. La democracia, se ha dicho y con razón, es por definición el “gobierno del público en público” (Norberto Bobbio). De ahí que disposiciones como la del artículo 109° o 139°, inciso 4), de la Constitución (por citar sólo algunas), no son sino concretizaciones, a su vez, de un principio constitucional más general, como es, en efecto, el principio de publicidad de la actuación estatal¹⁵⁰.

c) Clases de hábeas data

Del mismo modo que en el proceso de hábeas corpus y con el fin de determinar mejor su objeto, el Colegiado Constitucional ha procedido a realizar una clasificación del hábeas data. Veamos.

1. Hábeas data puro: Reparar agresiones contra la manipulación de datos personalísimos almacenados en bancos de información computarizados o no.

1.1. Hábeas data de cognición: No se trata de un proceso en virtud del cual se pretende la manipulación de los datos, sino efectuar una tarea de conocimiento y de supervisión sobre la forma en que la información personal almacenada está siendo utilizada.

1.1.1. Hábeas data informativo: Está dirigido a conocer el contenido de la información que se almacena en el banco de datos (qué se guarda).

1.1.2. Hábeas data inquisitivo: Para que se diga el nombre de la persona que proporcionó el dato (quién).

1.1.3. Hábeas data teleológico: Busca esclarecer los motivos que han llevado al sujeto activo a la creación del dato personal (para qué).

1.1.4. Hábeas data de ubicación: Tiene como objeto que el sujeto activo del poder informático responda dónde está ubicado el dato, a fin de que el sujeto pasivo -el accionante- pueda ejercer su derecho (dónde).

1.2. Hábeas data manipulador: No tiene como propósito el conocimiento de la información almacenada, sino su modificación.

1.2.1. Hábeas data aditivo: Agrega al banco de datos una información no contenida. Esta información puede consistir: en la actualización de una información cierta pero que por el paso del tiempo se ha visto modificada; también puede tratarse de una información que tiene como objeto aclarar la certeza de un dato que ha sido mal interpretado; o incorporar al banco de datos una información omitida que perjudica al sujeto pasivo.

1.2.2. Hábeas data correctivo: Tiene como objeto modificar los datos imprecisos y cambiar o borrar los falsos.

1.2.3. Hábeas data supresorio: Busca eliminar la información sensible o datos que afectan la intimidad personal, familiar o cualquier otro derecho fundamental de la persona. También puede proceder cuando la información que se almacena no guarda relación con la finalidad para la cual ha sido creado el banco de datos.

1.2.4. Hábeas data confidencial: Impedir que las personas no autorizadas accedan a una información que ha sido calificada como reservada. En este tipo, se incluye

la prohibición de datos que por el paso del tiempo o por sentencia firme se impide su comunicación a terceros.

1.2.5. Hábeas data desvinculador: Sirve para impedir que terceros conozcan la identificación de una o más personas cuyos datos han sido almacenados en función de determinados aspectos generales como la edad, raza, sexo, ubicación social, grado de instrucción, idioma, profesión.

1.2.6. Hábeas data cifrador: Tiene como objeto que el dato sea guardado bajo un código que sólo puede ser descifrado por quien está autorizado a hacerlo.

1.2.7. Hábeas data cautelar: Tiene como propósito impedir la manipulación o publicación del dato en el marco de un proceso, a fin de asegurar la eficacia del derecho a protegerse.

1.2.8. Hábeas data garantista: Buscan el control técnico en el manejo de los datos, a fin de determinar si el sistema informativo, computarizado o no, garantiza la confidencialidad y las condiciones mínimas de seguridad de los datos y su utilización de acuerdo con la finalidad para la cual han sido almacenados.

1.2.9. Hábeas data interpretativo: Tiene como objeto impugnar las valoraciones o conclusiones a las que llega el que analiza la información personal almacenada.

1.2.10. Hábeas data indemnizatorio: Aunque no es de recibo en nuestro ordenamiento, este tipo de habeas data consiste en solicitar la indemnización por el daño causado con la propalación de la información.

2. Habeas data impuro: Solicitar el auxilio jurisdiccional para recabar una información pública que le es negada al agraviado.

2.1. Hábeas data de acceso a información pública: Consiste en hacer valer el derecho de toda persona a acceder a la información que obra en la administración pública, salvo las que están expresamente prohibidas por la ley¹⁵¹.

5.4 Proceso de cumplimiento

a) Noción

Si bien en doctrina se consideró desde su inclusión en el texto constitucional de 1993 al proceso de cumplimiento no como un proceso constitucional *strictu sensu*, dado que no protegía ningún derecho constitucional líquido, sino como un “proceso constitucionalizado”, posición que también compartió en su momento el Tribunal Constitucional, hoy el Colegiado ha inflexionado dicha postura y ha afirmado que el proceso de cumplimiento sí protege un derecho fundamental concreto, que ha

151 STC 6164-2007-HD/TC, FJ. 2.

denominado “derecho a la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos”. Veamos esta postura del Colegiado Constitucional.

“El control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces.

Es sobre la base de esta última dimensión que, conforme a los artículos 3.º, 43.º y 45.º de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65.º del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento.

En efecto, el inciso 6.º del artículo 200.º de la Constitución establece que el proceso de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley. Como hemos expuesto precedentemente, el acatamiento de una norma legal o un acto administrativo tiene su más importante manifestación en el nivel de su eficacia. Por tanto, así como el proceso de hábeas data tiene por objeto esencial la protección de los derechos a la intimidad, acceso a la información pública y autodeterminación informativa, el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos.

Con este proceso constitucional el Estado social y democrático de derecho que reconoce la Constitución (artículos 3.º y 43.º), el deber de los peruanos de respetar y cumplir la Constitución y el ordenamiento jurídico (artículo 38.º) y la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 51.º) serán reales, porque, en caso de la renuencia de las autoridades o funcionarios a acatar una norma legal o un acto administrativo, los ciudadanos tendrán un mecanismo de protección destinado a lograr su acatamiento y, por ende, su eficacia”¹⁵².

152 STC 0168-2005-PC, FFJJ 5-11.

En dicha línea, el TC peruano ha sintetizado la finalidad del proceso de cumplimiento, declarando que, de acuerdo a la normativa procesal vigente, su objeto es:

“El proceso de cumplimiento previsto en el inciso 6), artículo 200º, de la Constitución de 1993, y en el artículo 66º, del Código Procesal Constitucional, tiene por objeto ordenar que el funcionario o autoridad público renuente: 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. Así, lo que se busca obtener con este proceso es asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y los actos administrativos”¹⁵³.

b) El derecho a la efectividad de las disposiciones legales y actos administrativos y el principio general de efectividad de las disposiciones constitucionales

Ahondando en el objeto y finalidad del proceso de cumplimiento, el Tribunal ha mantenido la posición de que el derecho a la efectividad de las disposiciones legales y actos administrativos encuentra su cauce procesal a través de este proceso, aún cuando lo ha reconducido a casos de indubitable claridad y certeza del *mandamus*. Sin embargo, en una variante, derivada de la especial problemática de los pueblos indígenas, ha dispuesto también que el principio de regularidad del ordenamiento jurídico exige la efectividad, con mayor razón, de las disposiciones constitucionales, exigencia para la cual puede utilizarse también el proceso de cumplimiento. Veamos esta postura del TC:

“No obstante ello, es preciso advertir que la asociación recurrente entiende que la obligación de la entidad demandada consistente en emitir “reglamentos” o “directivas” en el presente caso, no se deriva de alguna ley o norma de rango legal que lo disponga así expresamente; sino que, en realidad, estima que la fuente directa de tal deber es el propio Convenio N° 169, por ser éste un tratado internacional que ha sido debidamente ratificado por el Estado peruano.

Esta definición de la fuente normativa donde se encuentra inserto el deber de emisión o adecuación de los reglamentos del Ministerio de Energía y Minas trae aparejado, sin embargo, un problema de orden procesal. Y es que, de acuerdo a la configuración constitucional y legal del proceso de cumplimiento, éste se haya arbitrado para ordenar el cumplimiento de normas legales o actos administrativos, mas no de normas de rango constitucional, como es el caso del Convenio N° 169 de la OIT. Al respecto, debe recordarse que, conforme lo ha señalado este Colegiado en reciente jurisprudencia, el Convenio 169 de la OIT tiene rango constitucional y forma parte del parámetro o bloque

153 STC 03410-2006-PC, FJ. 2.

de constitucionalidad, con la consiguiente posibilidad no sólo de resistir infracciones provenientes de fuentes infraconstitucionales (fuerza pasiva), sino de innovar nuestro ordenamiento jurídico, incorporando en éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por aquél a título de derechos de rango constitucional (fuerza activa) (STC 0022-2009-PI/TC, Caso Tuanama, FJ. 10).

No obstante ello, este Colegiado considera que el hecho de que el mandato cuyo cumplimiento se pretende se encuentre inserto en un tratado de derechos humanos y ostente, por ello, rango constitucional, antes que ser un impedimento para el cumplimiento exigido, representa más bien un argumento de fuerza para requerir judicialmente su efectivización. Y es que si en nuestro ordenamiento se brinda adecuada protección al derecho a la efectividad de las disposiciones legales o los actos administrativos, con mayor razón se puede exigir, a través de este proceso, se tutele el derecho a convertir en realidad jurídico-constitucional aquello que está inscrito en una norma de rango constitucional. Dicho en otras palabras, si según el artículo 66, inciso 2 del C.P.Const., el funcionario o autoridad renuente está obligado a emitir un reglamento cuando así lo ordena una norma legal expresa, más legítimo resulta afirmar que éste se encuentra obligado a emitir dicha norma si ella viene exigida por un tratado internacional de rango constitucional directamente aplicable que impone similares obligaciones a la entidad demandada en orden a sus competencias normativas. Tanto es así que en distintos sistemas constitucionales comparados, esta exigencia jurídico-constitucional de controlar las omisiones normativas en que puedan incurrir las autoridades competentes y que originan como resultado la vulneración de los derechos fundamentales de las personas, fenómeno que en doctrina constitucional se conoce como la “inconstitucionalidad por omisión”, ha sido recogido en diversos textos constitucionales, donde se ha habilitado un proceso específico para este fin, como es el de la “acción de inconstitucionalidad por omisión”. Así, ha sucedido por ejemplo en el caso de la Constitución de Portugal que lo ha regulado en el artículo 283; la Constitución brasileña que lo prescribe en el artículo 103.2; la Constitución de Venezuela que lo contempla en el artículo 336.7; la Constitución de Ecuador que lo recoge en el artículo 436.10; la Ley 7315/1989, Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, que lo regula en el artículo 73.f; la Ley XXXII, Ley de Organización y Funcionamiento del Tribunal Constitucional de Hungría, que lo prevé en el artículo 1.e); y, a nivel estadual, la Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina que lo desarrolla en el artículo 207.2.d; la Constitución del Estado de Chiapas en México, donde esta figura se ubica en el artículo 56, fracción III; la Constitución del Estado de Veracruz, también en México, que lo estipula en el artículo 65.III; la Constitución del Estado de Tlaxcala, en este mismo país, que lo recoge en el artículo 81.VI; y la Constitución del Estado de Quintana Roo que lo regula en el artículo 105.III.

El reconocimiento creciente en los ordenamientos constitucionales comparados de este instituto procesal como forma jurídica idónea para controlar las omisiones inconstitucionales en que puede incurrir la autoridad competente, encuentra sustento en el principio de fuerza normativa de la Constitución que atraviesa el paradigma mismo del Estado Constitucional contemporáneo. Así, el carácter normativo que la Constitución ostenta no sólo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas (que no se atente contra lo constitucionalmente prohibido), sino que aquellas obligaciones que ella señala, entre las que puede encontrarse la de desarrollar normativamente determinado precepto constitucional, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado (que se cumpla con lo constitucionalmente ordenado). Sólo de esta manera puede garantizarse la plena y completa realización del proyecto constitucional que una comunidad política ha abrigado a través de su Norma Fundamental.

Como este Colegiado ya ha reconocido, para el caso de la exigencia del cumplimiento de las normas legales y los actos administrativos “el control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. Sin embargo, no sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces” (STC 0168-2005-PC/TC, FJ. 8).

Es en contexto de exigencia de regularidad del sistema jurídico, que no supone otra cosa que la manifestación de la fórmula del Estado de Derecho, esto es de un poder político sujeto a normas jurídicas, (lo cual incluye como es obvio la efectividad o capacidad de cumplimiento de dichas normas), donde se funda el derecho a la efectividad de las normas legales y actos administrativos, que este Colegiado ha recogido ampliamente a través de su jurisprudencia y que ha derivado del mandato contenido en el artículo 45 de la Constitución, según el cual “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen”. En efecto, este Tribunal ha sostenido que: “Es sobre la base de esta última dimensión [de efectividad del ordenamiento jurídico] que, conforme a los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos” (STC 0168-2005-PC/TC, FJ. 9). Sin embargo, en el entendido de que no puede protegerse adecuadamente un derecho fundamental o un principio constitucional sin la garantía del

mecanismo procesal adecuado para su exigibilidad, el constituyente arbitró la incorporación en la Constitución de 1993 del proceso de cumplimiento con el objeto de dar fiel cumplimiento a los mandatos contenidos en las leyes o actos administrativos. Así, lo ha enfatizado este Colegiado: “Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65 del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento” (STC 0168-2005-PC/TC, FJ. 9).

Precisamente, con base en el principio de regularidad del ordenamiento jurídico, el cual supone, como ya se dijo, la efectividad de las normas que conforman dicho sistema normativo, este Tribunal debe también reconocer la existencia de un principio general de la efectividad de las disposiciones constitucionales. Y es que si la eficacia inherente a toda norma jurídica se postula en relación a las normas legales y actos administrativos, con mayor razón deberá serlo también con relación a las normas constitucionales, que son las que ostentan la mayor jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico. Dicho principio de efectividad de las disposiciones constitucionales se desprende, además, del propio carácter normativo del texto constitucional que, aunque contenga disposiciones abiertas cuyo contenido obligatorio a veces es difícil determinar *prima facie*, también contiene determinadas normas-reglas de fácil explicitación, entre las que puede encontrarse la referencia expresa al desarrollo de una legislación determinada que dé cumplimiento a una norma constitucional.

Ahora bien, la fundamentación de una obligación constitucional de desarrollo normativo de los mandatos positivos contenidos en el Texto Constitucional, tanto en consideraciones de la fuerza normativa de la Norma Fundamental, como en la eficacia inherente que toda disposición jurídica debe ostentar, y la necesidad de adecuar los cauces jurídicos del Estado de Derecho a la exigencia de las nuevas formas del Estado Social y de nuevos derechos fundamentales como los derechos culturales, se profundiza en contextos como los nuestros donde la renuencia de las autoridades y funcionarios a sujetarse a los mandatos de la Constitución puede originar verdaderas figuras de “fraude a la Constitución” o “Constituciones nominales”, que a lo único que conducen es al descrédito del modelo del Estado Constitucional de Derecho, las instituciones democráticas y el gobierno de las leyes, con el riesgo que ello conlleva de proliferación de la violencia social o de propuestas políticas que descreen de la democracia y que sólo pueden terminar en la anulación de todo el sistema de libertades de las personas.

La obligación impuesta al legislador o a otra autoridad estatal de desarrollar la Constitución no debe, sin embargo, ser entendida como una obligación rígida o invasiva de las competencias constitucionales asignadas a los órganos de producción normativa. Por el contrario, este Tribunal entiende que el rol del legislador u otra autoridad estatal en el desarrollo normativo de la Constitución no es una mera labor de órgano ejecutor de los mandatos dispuestos por la Norma Fundamental; le cabe pues al órgano normativo un margen amplio de configuración de las disposiciones constitucionales, con los límites que la Constitución impone, e incluso una cierta discrecionalidad en el momento en el cual realizar la labor de desarrollo normativo; sin embargo, este Tribunal también asume que dicho desarrollo discrecional de la competencia normativa no puede suponer tampoco una absoluta libertad normativa, pues ello sería tanto como dejar los propios derechos fundamentales en manos del legislador, sobre todo cuando estos derechos requieren para su plena vigencia del desarrollo normativo llevado a cabo por éste o cuando requieren su actuación normativa para frenar situaciones de grave y manifiesta inconstitucionalidad.

La revalorización de los derechos fundamentales como “conquistas frente a la mayoría” o como “límites al poder político” exige pues asumir una postura según la cual el legislador o cualquier otra autoridad política tienen un límite en su libertad de configuración normativa de la Constitución, tanto en un sentido negativo (de respeto), como en un sentido positivo (de desarrollo normativo), lo cual supone necesariamente asignar a éste el deber constitucional de llevar a cabo dicho desarrollo, más aún cuando se presentan las circunstancias descritas en el párrafo anterior, como infravaloración de los derechos sociales o situaciones inconstitucionales”¹⁵⁴.

4.6. Una visión sintética de la jurisdicción constitucional orgánica

4.6.1. Proceso de inconstitucionalidad

No cabe duda que la justicia constitucional bajo la inventiva de Kelsen, fue precisamente creada para ejercer la labor de *legislador negativo*; y ello se aprecia en la propia construcción escalonada de la estructura jerárquica del orden jurídico que Rudolf Smend diseñara y que Kelsen se encargó de darle el acabado arquitectónico. Bajo estos marcos y premisas es que hoy en los tribunales constitucionales y con distintos *nomen iuris* se perfila el proceso cuyo control abstracto para nulificar las leyes es en nuestro caso el llamado “proceso de inconstitucionalidad”, y que en torno a esta figura procesal descansa acaso una de las grandes columnas en la construcción de lo Estados contemporáneos: los *controles interórganos* del que hablara en su momento Karl

154 STC 5427-2009-PC/TC, FF.JJ. 8-17.

Loewenstein y Manuel Aragón, entre otros. Veamos nuevamente como el TC ensaya conceptualizaciones y que si bien corresponde a la ciencia procesal constitucional diseñarlos, ello como reiteramos, no impide Tribunal hacer una labor de catequesis, al aprovechar en la estructura interna de las sentencias los *obiter dicta* para divulgar conceptos como los que a continuación siguen.

a) Definición

Así, el TC ha establecido que, “mediante el proceso de inconstitucionalidad, la Constitución Política del Estado ha confiado a este Colegiado el control de constitucionalidad de las leyes y de las normas con rango de ley. Se trata de un control abstracto de normas que se origina no en función de un conflicto de intereses concretos, para cuya solución sea menester dilucidar con carácter previo el acomodo a la Constitución de la norma de decisión, sino simplemente en una discrepancia abstracta sobre la interpretación del texto constitucional en relación a su compatibilidad con una ley singular. En consecuencia, se trata de un proceso objetivo, ya que los legitimados no adoptan la posición estricta del demandante que llega a la instancia a pedir la defensa de un derecho subjetivo, sino que por el contrario actúan como defensores de la supremacía jurídica de la Constitución. Es decir, estamos ante un procedimiento que tiene como propósito, prima facie, el respeto de la regularidad en la producción normativa al interior del ordenamiento jurídico, lo que sólo acontece si no se vulnera la supremacía de la Constitución, de la ley sobre las normas de inferior jerarquía y así sucesivamente.

No obstante, aún cuando se trata de un proceso fundamentalmente objetivo, también tiene una dimensión subjetiva, en la medida que son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, según lo establece el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”¹⁵⁵.

Del mismo modo, ha sostenido que “Es necesario precisar que, a través de la acción de inconstitucionalidad, este Tribunal evalúa si una ley o una norma con rango de ley transgrede, por la forma o por el fondo, la Norma Suprema. Se trata, en principio, de un juicio abstracto respecto a dos normas de diversa jerarquía. Por un lado, la Constitución, que actúa como parámetro en la medida en que es la *lex legum*; y, por otro, la ley o las normas con rango de ley, que constituyen las fuentes sometidas a ese control.

En principio, la inconstitucionalidad de una ley se genera por la incompatibilidad entre las fuentes legales sometidas a control y a la Constitución, y no porque una de

155 STC 0007-2007-PI, FF.JJ. 10 y 11.

ellas colisione con otra de su misma jerarquía o la viole. Esto es así, puesto que no se presenta un problema de validez constitucional cada vez que se produce la colisión de dos normas del mismo rango, sino un típico problema de antinomia que se resuelve conforme a las técnicas que existen en nuestro ordenamiento jurídico (v.g. “ley especial deroga ley general”, “ley posterior deroga ley anterior”, etc.).

Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional considera que en una acción de inconstitucionalidad es intrascendente que una ley determinada colisione con otra ley u otra norma de su mismo rango, pues de allí no se deriva la invalidez constitucional de la ley colisionante”¹⁵⁶.

b) Finalidad

“La finalidad del proceso de inconstitucionalidad es la defensa de la Constitución en su condición de Ley Superior. Ella ostenta el máximo nivel normativo, por cuanto es obra del Poder Constituyente; reconoce los derechos fundamentales del ser humano; contiene las reglas básicas de convivencia social y política; además de crear y regular el proceso de producción de las demás normas del sistema jurídico nacional”¹⁵⁷.

c) Dimensiones

En las últimas décadas, el control de la constitucionalidad de las leyes no sólo ha tenido en cuenta el carácter abstracto y por ende de una presunta y exclusiva dimensión objetiva; sino que hoy los tribunales constitucionales no sólo analizan el parámetro del control a través del clásico silogismo lógico: norma mayor, ley y luego el fallo, en tanto la norma infraconstitucional guarde lealtad a la fuente formal o material de la Constitución; sino que también hoy se tiene en cuenta la llamada dimensión subjetiva que vincula ya no a un análisis abstracto sino de la concreción real, del impacto, de las afectaciones *intuitu personae*, etc. Veamos lo que estima el colegiado peruano a este respecto.

“[...] [E]l proceso de inconstitucionalidad, si bien es de naturaleza abstracta, tiene una doble dimensión: objetiva y subjetiva”. En reconocimiento de ello, se debe ejercer un control de constitucionalidad acorde con los valores y principios consagrados por la Constitución Política; es decir, que éste no se reduce a un nuevo examen de la ley, sino que se orienta a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional, que comprende la tutela objetiva de la Constitución y la tutela subjetiva de los derechos fundamentales. [...]”¹⁵⁸.

156 STC 0032-2004-AI/TC, FF.JJ. 2-4.

157 STC 00020-2005-PI y 0021-2005-PI. FJ. 19.

158 RTC 00020-2005-PI. FJ 4. Resolución de fecha 8 de agosto del 2005.

“[...]S]on constantes las ocasiones en las que el juez constitucional, a efectos de evaluar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas, debe ingresar en una aproximación clara e inequívoca con los supuestos concretos en los que éstas han sido o pueden ser aplicadas.

Tal constatación evidencia que a la dimensión objetiva de los procesos de inconstitucionalidad acompaña una subjetiva. Y es que no puede olvidarse que aunque el control concentrado de las normas tiene una finalidad inmediata, que es defender la supremacía normativa de la Constitución, depurando el ordenamiento de aquellas disposiciones que la contravengan, tiene, como fin mediato, impedir su aplicación, es decir, impedir que éstas puedan generar afectaciones concretas (subjetivas) a los derechos fundamentales de los individuos. Pudiendo, incluso, en determinados casos, declarar la nulidad de aplicaciones pasadas”¹⁵⁹.

d) Efectos vinculantes de la sentencia de inconstitucionalidad

“Tal como ha sido previsto en el artículo 201° de la Constitución, el Tribunal Constitucional es su órgano de control. Ello, desde luego, no significa que a este órgano resulte privativa la defensa de la Carta Fundamental, pues, tal como se encuentra reconocido en su artículo 38°, ese es un deber residente en “todos los peruanos”.

Como ha tenido oportunidad de precisarse,

“en el Estado social y democrático de derecho, la preservación de la constitucionalidad de todo el ordenamiento, no es una tarea que, de manera exclusiva, le competa a este Tribunal, sino que la comparten, in suo ordine, todos los poderes públicos.” (STC 0006-2003-AI, Fundamento 1).

En tal sentido, el artículo 201° de la Constitución no confiere a este Colegiado una función exclusiva y excluyente, sino “suprema”. No se trata, pues, de que a este Tribunal le haya sido reservada la “única” interpretación de la Constitución. Simplemente, le ha sido reservada la “definitiva”.

De ahí que la independencia que en todo Estado social y democrático de derecho deben gozar los poderes del Estado (vg. la independencia reconocida al Poder Judicial por el artículo 139°3 de la Constitución), no debe ser confundida con la capacidad de someter a la ciudadanía a la más absoluta incertidumbre en relación al contenido vinculante de las normas jurídicas, máxime si se trata de la Norma Fundamental.

159 STC 00020-2005-PI, FF.JJ. 17 *in fine* y 18.

El artículo 201° de la Constitución, aunado al derecho fundamental a la igualdad ante la ley (artículo 2°2), una de cuyas manifestaciones es la igualdad “en la aplicación de la ley”, y al principio de seguridad jurídica, que se encuentra implícitamente reconocido en la Constitución (Cfr. STC 0016-2002-AI, Fundamento 5), sitúan al Tribunal Constitucional, en lo que a la interpretación constitucional se refiere, en la cúspide del Poder Jurisdiccional del Estado.

Es por ello que, en una correcta interpretación de concordancia práctica de los derechos y principios constitucionales involucrados, la condición del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución, proyectada desde la propia Carta Fundamental, ha sido reconocida a nivel legislativo. En efecto, el artículo 1° de la Ley N.° 28301 –Ley Orgánica del Tribunal Constitucional–, establece:

“El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de (...) control de la constitucionalidad. (...)”.

Por su parte, el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPCConst.), dispone:

“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”.

Mientras que el artículo 82° del CPCConst., dispone que las sentencias del Tribunal Constitucional, recaídas en los procesos de inconstitucionalidad 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 suma, las sentencias dictadas en un proceso de inconstitucionalidad tienen efecto vinculante para todos los poderes públicos, vinculación que, por sus alcances generales, se despliega hacia toda la ciudadanía. En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en su condición de órgano de control de la Constitución (artículo 201° de la Constitución) y órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad (artículo 1° de la Ley N.° 28301); considera que en el supuesto de que alguna autoridad o persona, pretenda desconocer los efectos vinculantes de esta resolución, resultará de aplicación el artículo 22° del CPCConst., en el extremo que dispone que para el cumplimiento de una sentencia el juez podrá hacer uso de multas fijas acumulativas, disposición que es aplicable supletoriamente al proceso de inconstitucionalidad en virtud del artículo IX del mencionado cuerpo normativo”¹⁶⁰.

160 STC 0020-2005-AI/TC, FF.JJ. 156-159.

4.6.2. Proceso de acción popular

Aparte del proceso de inconstitucionalidad nuestro modelo de jurisdicción constitucional cuenta con otro remedio procesal para el control abstracto de las *normas infralegales*; y básicamente nos estamos refiriendo a los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen y que atenten contra el principio de legalidad y de constitucionalidad. Este proceso, como se podrá apreciar, es exclusivo del Poder Judicial y así ha venido formando parte en la evolución de nuestro constitucionalismo histórico; de allí que el Tribunal Constitucional no conoce *sensu strictu* este proceso. Sin embargo, ello no impide que cuando la Sala Civil de alguna Corte Superior conozca una acción popular debe suspender dicho trámite si aprecia que la demanda de acción popular se basa en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal hasta que éste expida resolución definitiva, de acuerdo a lo establecido en los arts. VI segundo párrafo del TP y 80 del C.P.Const.

– Noción.

“La acción popular es uno de los procesos constitucionales orgánicos cuya finalidad es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa a la cual puede recurrir cualquier persona dentro de los cinco años posteriores a la publicación de la norma”¹⁶¹.

4.6.3. Proceso competencial

a) Noción

La versión original de la Constitución al regular los procesos constitucionales le diseña el *nomen iuris* de conflicto de competencia o atribuciones (art. 202.3) y así fue desarrollado por la antigua Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; sin embargo, el Código Procesal Constitucional lo identifica en el Título IX simplemente como proceso competencial; es por eso que la primera conceptualización que el TC realiza es la que sigue.

- Conflicto de competencias o atribuciones.

“(...) el conflicto de competencias o atribuciones se produce cuando algunos de los poderes o entidades estatales adopta decisiones o rehuye deliberadamente actuaciones, afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro”¹⁶².

Con la puesta en vigencia del citado Código lo que hace el TC es ya desarrollar aunque en términos lacónicos lo siguiente.

161 STC 00774-2005-PHC, FJ. 6 *in fine*.

162 STC 001-95-CC, FJ. 2.

- Conflicto constitucional de atribuciones

“(…) tiene que ver con las posibilidades jurídicas de actuación que la Constitución y las normas que la desarrollan confieren a los poderes del Estado y a los órganos constitucionales”¹⁶³.

- Conflicto constitucional de competencias

“(…) está relacionado con el gobierno nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales (de acuerdo con los artículos 191°, 192° y 197° de la Constitución, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley Orgánica de Municipalidades y Ley de Bases de la Descentralización)”¹⁶⁴.

b) Clases de conflicto competencial

Así como se ha venido reconociendo una serie de modalidades respecto al hábeas corpus, al amparo y al hábeas data, bien cabe explicitar una serie de tipologías de conflictos competenciales cuya descripción conceptual sigue a continuación.

- Conflictos competenciales Atípicos.

“En cuanto a los conflictos competenciales Atípicos, este Tribunal ha tratado, en primer término,

(i) conflicto constitucional por menoscabo de atribuciones constitucionales, indicando que “Puede este clasificarse en:

a) conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto;

b) conflicto constitucional por menoscabo de interferencia; y,

c) conflicto constitucional por menoscabo de omisión.

En segundo término

(ii) conflictos por omisión en cumplimiento de acto obligatorio”¹⁶⁵.

- Conflicto constitucional por menoscabo en sentido estricto.

“(…) cada órgano constitucional conoce perfectamente cuál es su competencia. Sin embargo, uno de ellos lleva a cabo un indebido o prohibido ejercicio de la competencia que le corresponde, lo que repercute sobre el ámbito del que es titular el otro órgano constitucional”¹⁶⁶.

- Conflicto constitucional por menoscabo de interferencia

Las competencias de los órganos constitucionales están enlazadas a tal punto que uno de ellos no puede ejercer la suya sino tiene la cooperación o la actuación de la competencia que le pertenece al otro¹⁶⁷.

163 STC 006-06-CC, FJ. 10.

164 STC 006-06-CC, FJ. 10.

165 STC 0003-07-CC, FJ. 12.

166 STC 0003-07-CC, FJ. 12.

167 STC 0006-06-CC, FJ. 22.

- Conflicto constitucional por menoscabo de omisión

Uno de los órganos omite ejercer su competencia produciéndose, como consecuencia de ello, una atrofia o imposibilidad de ejercicio de la competencia del otro órgano constitucional, solo que, en este caso, la omisión funcional no es condición indispensable para el ejercicio de la competencia o atribución del otro órgano constitucional¹⁶⁸.

- Conflicto constitucional por omisión en cumplimiento de acto obligatorio

Se configura cuando un órgano omite llevar a cabo una actuación desconociendo las competencias o atribuciones constitucionales reconocidas a otro poder del Estado u órgano constitucional, a la par que las afecta. En éste no se trata, pues, de la disputa por titularizar o no una misma competencia o atribución, sino de la que se suscita cuando, sin reclamar competencia para sí, un órgano constitucional, por omitir un deber constitucional o de relevancia constitucional, afecta el debido ejercicio de las competencias o atribuciones constitucionales de otro¹⁶⁹.

- Conflicto constitucional positivo

Se produce cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se disputan, entre sí, una competencia o atribución constitucional¹⁷⁰.

- Conflicto constitucional negativo

Se da cuando dos o más poderes del Estado u órganos constitucionales se niegan a asumir una competencia o atribución constitucional¹⁷¹.

- Conflictos competenciales típicos

Entre los conflictos típicos cabe mencionar los conflictos competenciales positivos y negativos¹⁷².

Lima, 8 de diciembre de 2013
Día de la Virgen Inmaculada Concepción

168 STC 0006-06-CC, FJ. 22.

169 STC 0006-06-CC, FJ. 18.

170 STC 0006-2006-CC, FJ. 17.

171 STC 0006-2006-CC, FJ. 17.

172 STC 0003-07-CC, FJ. 12.

SEXTA PARTE: Epílogo

Documento conceptual de la Tercera Conferencia Mundial de Justicia Constitucional (Corea)¹⁷³

La justicia constitucional¹⁷⁴ se ha convertido en un aspecto esencial de muchas democracias, ya tengan tribunales o consejos constitucionales especializados, o esta función sea ejercida por el sistema judicial ordinario a través de los tribunales supremos. Todas estas autoridades judiciales se denominarán en adelante ‘tribunales constitucionales’.

La tarea principal de los tribunales constitucionales consiste en defender la supremacía de la Constitución. Para que una Constitución pueda ser un instrumento vivo que se adapte a la sociedad —en lugar de un texto abstracto alejado de la realidad—, los principios fundamentales que establece (democracia, separación de poderes, protección de los derechos humanos, Estado de Derecho) tienen que llevarse a la práctica, y es el deber de los tribunales constitucionales garantizar que así sea. Cada tribunal lleva a cabo estas labores en el marco de sus competencias, que le son conferidas por la Constitución y por el conjunto de normas que rigen su trabajo.

Todos los tribunales constitucionales tienen que lidiar en algún momento con asuntos sociales, bien porque les corresponde resolver una controversia jurídica entre diferentes actores de la sociedad, bien porque obran de manera preventiva y deben examinar la constitucionalidad de una norma antes de su entrada en vigor. En este caso, el tribunal se adelanta a los conflictos potenciales al invalidar las normas inconstitucionales que podrían dar lugar a conflictos sociales, antes de que éstas entren en vigor.

Las disputas sociales pueden tener diversos orígenes. Pueden estar relacionadas con una brecha creciente de los ingresos entre varios estratos de la sociedad —brecha que puede tomar una dimensión jurídica en casos de carácter fiscal—, o pueden estar vinculadas a la estructura demográfica de un país —por ejemplo, controversias entre los diferentes grupos de edad de la población en litigios que tienen que ver con la

173 Disponible en: <http://www.venice.coe.int/wccj/Seoul/WCCJ-concept-spa.pdf> (visitado el 27 de mayo de 2014)

174 La Conferencia Mundial de Justicia Constitucional ha adoptado una definición amplia de la justicia constitucional, que abarca la competencia en asuntos de derechos humanos. Con frecuencia, los tribunales constitucionales también resuelven disputas electorales, toman decisiones sobre conflictos de competencias o actúan como última instancia de apelación en casos de derechos humanos.

legislación sobre seguridad social. La cuestión de la igualdad entre hombres y mujeres está a menudo relacionada con asuntos sociales. Los problemas sociales pueden estar ligados a cuestiones de distribución de los recursos del Estado entre actividades públicas como la sanidad y la educación. Incluso un caso que a primera vista pueda parecer aislado ante un tribunal puede anunciar un conflicto social de mayores proporciones.

Cuando los conflictos sociales permanecen en suspenso, la paz social se ve amenazada y, en especial en países con un estilo de gobierno autocrático, pueden producirse levantamientos violentos, como se ha observado en varios países. Asimismo, movimientos que no llegan a tener las características de un levantamiento, como el de los “indignados” u “Ocupa Wall Street”, son factores que pueden plantear, de uno u otro modo, problemas jurídicos que deban resolver los tribunales constitucionales.

La globalización exagera aún más esta clase de disputas. Grandes cantidades de dinero pueden pasar de un país a otro en cuestión de segundos y pueden desestabilizar monedas y economías enteras. La limitación de estos flujos puede generar controversias jurídicas relativas al derecho a la propiedad, y corresponde a los tribunales constitucionales determinar los límites de este derecho en virtud de la Constitución.

Entre los países no solamente circulan capitales sino también personas, por ejemplo quienes parten de regiones pobres del mundo para tratar de construir una vida mejor en países más ricos. Es común que estos países intenten detener los flujos migratorios por diversos medios. El trato dado a los migrantes es un tema recurrente de derecho constitucional, y muchos casos relacionados con el derecho de asilo llegan hasta los tribunales constitucionales.

El propósito de las discusiones del 3.^{er} Congreso de la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional es debatir estos temas y precisar la manera en que los tribunales constitucionales han abordado la integración social y, en su ausencia, el conflicto social. Los jueces participantes podrán inspirarse de la experiencia de sus pares, tanto a partir de ejemplos positivos como a partir de situaciones en las que los tribunales no pudieron resolver estos problemas debido a la naturaleza de los casos o a que sus competencias eran demasiado limitadas.

Esta síntesis sobre el tema general de “Justicia Constitucional e Integración Social” estará dividida en cuatro subtemas:

1. Desafíos de la integración social en un mundo globalizado
2. Normas internacionales para la integración social
3. Instrumentos constitucionales que mejoran, abordan o favorecen la integración social
4. Papel de la justicia constitucional en la integración social.

Parte I

Dogmática Procesal Constitucional

EL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL

¿Un desarrollo legal o una creación jurisprudencial del Tribunal Constitucional?

Samuel B. Abad Yupanqui
Profesor de Derecho Constitucional de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Socio del Estudio Echeconpar

SUMARIO: I.- El recurso de agravio constitucional. El diseño original. II.- Las modificaciones y ampliaciones introductorias al RAC por el Tribunal Constitucional. A. RAC contra sentencias estimatorias de segundo grado que no respeten los precedentes del Tribunal Constitucional. Su cambio posterior. B. RAC a favor del cumplimiento de las sentencias estimatorias dictadas por el Tribunal Constitucional. C. RAC a favor del cumplimiento de las sentencias estimatorias dictadas por el Poder Judicial. D. Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional. E. RAC excepcional contra una sentencia estimatoria: tráfico ilícito de drogas y crimen organizado transnacional. F. ¿Procede el RAC cuando una Sala declara la nulidad de actuados en segunda instancia? III.- Los excesos del Tribunal Constitucional. Un caso reciente. A. Algunos breves antecedentes. B. Presupuestos del recurso de apelación por salto. Una Sala debe respetar la jurisprudencia constitucional fijada por el Pleno del Tribunal Constitucional. C. ¿Cuáles son las resoluciones que supuestamente se estarían incumpliendo? D. No se cumplieron los presupuestos para que proceda un recurso de apelación por salto. IV.- Reflexiones finales.

Desde la vigencia de la Constitución de 1979, con el retorno de la institucionalidad democrática, en julio de 1980, que introduce al Tribunal Constitucional en el Perú –con el nombre de Tribunal de Garantías Constitucionales-, se ha venido debatiendo respecto a cuál debería ser la forma más adecuada para acceder a dicho órgano constitucional, luego de agotada la vía judicial para tutelar los derechos fundamentales.

En efecto, desde los momentos iniciales en los cuales la vía de acceso era el recurso de casación contra las resoluciones denegatorias recaídas en los procesos de tutela de derechos (hábeas corpus y amparo), que luego fue reemplazado por el denominado recurso extraordinario, hemos avanzando al recurso de agravio constitucional (RAC) introducido por el Código Procesal Constitucional, vigente desde el 1 de diciembre del año 2004.

Sin embargo, durante la vigencia del citado Código, el Tribunal Constitucional (TC) a través de su jurisprudencia ha ido precisando, desarrollando y “creando” una nueva forma de entender los alcances del RAC para definir en qué casos éste debe ser viable. En varias ocasiones con una afán claramente tuitivo y, en otras, con la finalidad de utilizarlo para imponer su criterio sobre lo dispuesto por el Poder Judicial.

De ahí que después de más de treinta años de una “Justicia constitucional en el Perú” –como se denomina la presente publicación- y de casi ocho años de vigencia del Código Procesal Constitucional, resulte relevante hacer un breve balance y evaluación de este desarrollo jurisprudencial que ha conducido a que el TC se haya convertido en el artífice del RAC, para definir en qué ocasiones los procesos constitucionales de tutela de derechos resueltos por el Poder Judicial deben ser revisados por él.

Por ello, nos parece interesante plantearnos la siguiente interrogante ¿el RAC será un recurso desarrollado por la ley –es decir, por el Código Procesal Constitucional- o, más bien, se ha convertido en un instrumento en manos del TC que le permite determinar cuándo puede conocer un caso, acercándose al writ of certiorari!? En las próximas líneas desarrollaremos estas ideas, examinando además una reciente resolución que ha generado fundadas críticas. Veamos.

I. El recurso de agravio constitucional. El diseño original

1. De acuerdo, con lo dispuesto por el artículo 202 inciso 2) de la Constitución de 1993:

“Corresponde al Tribunal Constitucional:

(...)

2) Conocer, en última y definitiva instancia, las **resoluciones denegatorias** de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento”.

Se trata de una norma similar a la prevista por la Constitución de 1979 (artículo 298.2²) que sólo permitía el acceso al Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) en casación contra las resoluciones denegatorias dictadas por el Poder Judicial en los

1 AHUMADA RUIZ, María Ángeles, “El certiorari, ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: CEC, N° 41, 1994, p. 111.

2 “Artículo 298. → El Tribunal de Garantías tiene jurisdicción en todo el territorio de la República. Es competente para:
(...)
2. Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de habeas corpus y la acción de amparo agotada la vía judicial”.

procesos de hábeas corpus y amparo³. De esta manera, sólo se permitía el acceso al TGC cuando se trataba de resoluciones que declaraban infundada o improcedente una demanda. Este mismo criterio fue mantenido por el artículo 202 inciso 2) de la Constitución vigente, aunque eliminándose la casación. En consecuencia, si el demandante obtenía una sentencia favorable (fundada) a nivel del Poder Judicial la misma adquiría carácter de cosa juzgada y ya no podía ser objeto de recurso alguno ante el TC. De ahí que el recurso para acceder al TC estaba diseñado a favor del demandante y no del demandado.

2. La primera Ley Orgánica del TC, Ley N° 26435, dictada durante la vigencia de la Constitución de 1993, denominó a este mecanismo de acceso al TC “recurso extraordinario” ratificando que sólo procedía contra las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento. Posteriormente, el Código Procesal Constitucional reguló íntegramente los procesos constitucionales en un solo cuerpo normativo.

3. Precisamente, el artículo 18 del citado Código desarrolló la expresión “resolución denegatoria” señalando que si la resolución de segundo grado, es decir, aquella dictada por la Sala Civil de la Corte Superior, declara improcedente o infundada la demanda, podrá interponerse “recurso de agravio constitucional” (RAC).

“Artículo 18.- Recurso de agravio constitucional

Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad”.

De esta manera, si la resolución era estimatoria o fundada no procedía el citado recurso. En consecuencia, la resolución denegatoria era aquella que declaraba infundada o improcedente la demanda. Por tanto, el RAC era un recurso a favor del demandante, más no del demandado.

4. En caso que el Poder Judicial rechace el RAC interpuesto, puede presentarse una queja por denegatoria del citado recurso dentro del plazo de cinco días ante el TC quien definirá si lo concede o no (artículo 19). El TC dentro del plazo máximo

3 Así se sustentó durante el debate constitucional por el constituyente Javier Valle Riestra, quien propuso la introducción del Tribunal de Garantías Constitucionales al señalar que *“Quiere decir que sólo se llegaría al Tribunal Constitucional en el caso que el Poder Judicial denegase el amparo o el hábeas corpus”*. COMISIÓN PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-1979, “Diario de los Debates”, Tomo V, Lima, p. 177.

establecido por la ley resolverá en último grado el recurso interpuesto (artículo 20 del Código Procesal Constitucional). Además, se dispone que contra la sentencia del TC no cabe recurso alguno agotándose la jurisdicción interna y, por tanto, habilitándose el acceso a los organismos internacionales de protección de derechos humanos.

5. Como mencionamos, la anterior Ley Orgánica del TC denominó al RAC “recurso extraordinario” lo cual no resultaba lo más adecuado. Y es que los recursos pueden clasificarse en ordinarios y extraordinarios, estos últimos se denominan de tal manera por ser excepcionales. Así por ejemplo, la apelación sería un recurso ordinario mientras que la casación uno extraordinario⁴. Por ello, denominar al recurso ante el TC como “extraordinario” aludía al género sin identificar su particularidad. De ahí que el Código Procesal Constitucional haya decidido denominar a este medio impugnatorio como “recurso de agravio constitucional”.

II. Las modificaciones y ampliaciones introducidas al rac por el Tribunal Constitucional

6. El TC a través de su jurisprudencia ha ido precisando y ampliando los alcances del RAC, al cual inicialmente calificó como una “forma de protección superlativa de derechos fundamentales” (STC N° 02877-2005-HC, Fundamento Jurídico 11). En este sentido ha establecido con carácter de precedente de observancia obligatoria los supuestos en los cuales dicho recurso procede. Así ha indicado que “Aparte de los requisitos formales para su interposición, se requerirá que el RAC planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el TC.” (STC N° 2877-2005-PHC/TC, FJ. 31).

7. Asimismo, ha desarrollado diversos criterios que han ido ampliando los alcances del RAC para tratar de revisar determinadas resoluciones dictadas por el Poder Judicial que estimaba debía poder evaluar. De esta manera, en los últimos años el TC ha ido precisando los supuestos de procedencia del RAC para permitir el acceso en casos no previstos expresamente ni por la Constitución ni por la ley. En este sentido, podemos señalar en forma enunciativa los siguientes supuestos.

A. RAC contra sentencias estimatorias de segundo grado que no respeten los precedentes del Tribunal Constitucional. Su cambio posterior

8. El TC, en la sentencia recaída en el Exp. N° 4853-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 40, amplió los alcances del RAC al considerar que también era viable

4 MONROY GÁLVEZ, Juan, “Los medios impugnatorios en el Código Procesal Civil”, en *La formación del proceso civil peruano. Escritos reunidos*, Lima: Comunidad, 2003, p. 201.

cuando una resolución estimatoria desconocía en forma manifiesta un precedente del Tribunal. En tal ocasión introdujo un nuevo supuesto de “*procedencia del recurso de agravio tratándose de una sentencia estimatoria de segundo grado*” y fijó las siguientes reglas con carácter de precedente vinculante:

“A) Regla procesal: El órgano judicial correspondiente deberá admitir de manera excepcional, vía recurso de agravio constitucional, la revisión por parte de este colegiado de una decisión estimatoria de segundo grado cuando se pueda alegar, de manera irrefutable, que tal decisión ha sido dictada sin tomar en cuenta un precedente constitucional vinculante emitido por este colegiado en el marco de las competencias que establece el artículo VII del C.P.Const. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se contrae el artículo 19 del Código Procesal Constitucional.

B) Regla sustancial: El **recurso de agravio a favor del precedente** tiene como finalidad restablecer la violación del orden jurídico constitucional producido a consecuencia de una sentencia estimatoria de segundo grado en el trámite de un proceso constitucional. El recurso puede ser interpuesto por la parte interesada o por un tercero afectado directamente y que no haya participado del proceso, sea por no haber sido emplazado o porque, tras solicitar su incorporación, le haya sido denegada por el órgano judicial respectivo. El Tribunal resuelve en instancia final restableciendo el orden constitucional que haya resultado violado con la decisión judicial y pronunciándose sobre el fondo de los derechos reclamados”.

Es decir, según este precedente el RAC podía ser interpuesto por el demandado o por un tercero afectado en forma directa.

9. La interpretación asumida por los magistrados del TC en el antes citado precedente⁵, contradecía lo dispuesto por el artículo 18 del Código Procesal Constitucional que desarrollaba lo previsto por la Constitución y que sólo admitía su procedencia contra las resoluciones desestimatorias. Esta modalidad del RAC tenía por finalidad lograr que los precedentes del TC sean respetados por el Poder Judicial, pues la realidad venía demostrando que en diversas ocasiones ello no sucedía. Sin embargo, posteriormente la conformación del TC cambió y varió de criterio dejando sin efecto el citado precedente en el caso “Provías Nacional” (STC N° 03908-2007-AA/TC). En tal ocasión, dispuso “DEJAR SIN EfEcto el precedente establecido en el fundamento 40 de la STC 04853-2004-PA/TC, que estableció las reglas vinculantes

⁵ Los magistrados que votaron esta sentencia fueron Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo.

del recurso de agravio constitucional a favor del precedente”. Es decir, en la actualidad no procede esta modalidad del RAC. De esta manera, sostuvo (FJ. 6) que:

“a. En la praxis judicial no existía interpretaciones contradictorias del inciso 2) del artículo 202° de la Constitución, ni del artículo 18.° del Código Procesal Constitucional, pues **de manera clara y legítima el constituyente y el legislador determinaron que la expresión “resoluciones denegatorias” hace referencia a las resoluciones de segundo grado que declaran infundada o improcedente la demanda sea de hábeas corpus, amparo, hábeas data o cumplimiento.** Por ello, la interpretación pacífica, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es que el Tribunal Constitucional vía recurso de agravio constitucional sólo conoce las resoluciones denegatorias de segundo grado.

(...)

c) (...) un precedente vinculante no puede reformar el texto expreso de la Constitución, pues ésta únicamente puede ser reformada siguiendo el procedimiento previsto en su artículo 206°. Además, de acuerdo al principio de interpretación conforme a la Constitución, el **recurso de agravio constitucional sólo procede contra resoluciones denegatorias de segundo grado y no contra resoluciones estimatorias de segundo grado**, pues para éste supuesto procede en todo caso el inicio de un nuevo proceso constitucional”.

En consecuencia, según este precedente acogido por una nueva conformación del TC⁶ el RAC sólo procedía contra las resoluciones denegatorias dictadas por el Poder Judicial y, por ende, sólo podía interponerlo la parte demandante y nunca podía hacerlo el demandado.

B. RAC a favor del cumplimiento de las sentencias estimatorias dictadas por el Tribunal Constitucional

10. Además, el TC ha ido ampliando los supuestos de procedencia del RAC para garantizar la correcta ejecución de una sentencia estimatoria de amparo dictada por el propio TC (RTC N° 0168-2007-Q/TC). Se trata de un RAC que se presenta en la etapa de ejecución de sentencia “para poder llevar al terreno de los hechos la decisión expuesta en términos concretos en su fallo” (FJ. 5). En tal oportunidad una Sala del TC⁷ señaló:

6 El precedente contó con los votos de los magistrados Ernesto Álvarez, Carlos Mesía, Fernando Calle, Ernesto Vergara y Gerardo Eto. Emitieron un voto singular conjunto los magistrados Ricardo Beaumont y el entonces magistrado César Landa.

7 La Sala estuvo integrada por el entonces magistrado César Landa y los magistrados Carlos Mesía y Ricardo Beaumont.

“7. Que este Colegiado no puede permanecer indiferente ante los **supuestos de incumplimiento de lo dispuesto en sus sentencias o de su ejecución defectuosa, que termina virtualmente modificando la decisión**; frente a estas situaciones debería habilitarse la procedencia del recurso de agravio constitucional. Esto porque la invocación de tales vulneraciones requieren siempre de una verificación por el Tribunal donde puedan acreditarse los alegatos escuchando al órgano judicial emplazado y permitiendo, al propio tiempo, una afirmación de su decisión por parte del Tribunal Constitucional”.

11. De esta manera, el TC precisó los “principios interpretativos aplicables para el trámite del nuevo supuesto establecido (...), tratándose de un supuesto de incumplimiento de los fallos del Tribunal Constitucional en los procesos de ejecución de sentencias” (FJ. 8)

Primero. El recurso de agravio a favor del cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional tiene como finalidad restablecer el orden jurídico constitucional, el mismo que ha sido preservado mediante **sentencia estimatoria** del Tribunal en el trámite de un proceso constitucional.

Segundo. El Tribunal resolvería así en instancia final para el restablecimiento del orden constitucional que resultó violado con la decisión del juez de ejecución, devolviendo lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere al alcance y el sentido del principio de la eficaz ejecución de sus sentencias en sus propios términos.

Tercero. El órgano judicial correspondiente se limitará a admitir el recurso de agravio constitucional, y corresponderá a este Colegiado dentro del mismo proceso constitucional, valorar el grado de incumplimiento de sus sentencias, cuando son desvirtuadas o alteradas de manera manifiesta en su fase de ejecución. En cualquier caso, el Tribunal tiene habilitada su competencia, ante la negativa del órgano judicial, a través del recurso de queja a que se refiere el artículo 19º del CPCConst”.

En consecuencia, este nuevo supuesto de RAC procede durante la etapa de ejecución de una sentencia estimatoria del TC la cual no ha sido cumplida. Es decir, no se trata de una sentencia que declara la demanda improcedente o infundada. Esta modalidad de RAC ha surgido porque en diversas ocasiones se han suscitado controversias a nivel judicial sobre el cabal cumplimiento de una sentencia estimatoria de amparo.

C. RAC a favor del cumplimiento de las sentencias estimatorias dictadas por el Poder Judicial

12. Incluso el TC para velar por la debida ejecución de una sentencia estimatoria (fundada) dictada por el Poder Judicial ha ampliado los alcances del RAC (RTC N°

0201-2007-Q/TC⁸ que concedió la queja planteada y RTC N° 02646-2009-PA/TC, que declaró fundado el RAC), precisando lo expuesto en la RTC 0168-2007-Q/TC que, como hemos visto, habilitó el RAC a favor del cumplimiento de las sentencias estimatorias del TC.

“4. Que en el referido pronunciamiento ha sostenido el Tribunal que no puede permanecer indiferente ante los supuestos de incumplimiento de lo dispuesto en sus sentencias o de su ejecución defectuosa, **hecho que termina virtualmente modificando la decisión** (FJ.7). Asimismo, ha precisado que el problema de la ejecución de las sentencias no sólo es un debate doctrinal, sino, sobre todo, un problema práctico, ya que **se trata de evaluar la capacidad de este Tribunal para materializar en los hechos lo decidido en el fallo** (FJ. 5).

(...)

10. Que de lo expuesto y sobre la base de lo desarrollado en la RTC 0168-2007-Q/TC, este Colegiado considera que de manera excepcional puede aceptarse la **procedencia del RAC cuando se trata de proteger la ejecución en sus propios términos de sentencias estimatorias emitidas en procesos constitucionales, tanto para quienes han obtenido una sentencia estimatoria por parte de este Colegiado, como para quienes lo han obtenido mediante una sentencia expedida por el Poder Judicial.**

La procedencia excepcional del RAC en este supuesto tiene por finalidad restablecer el orden jurídico constitucional, correspondiendo al Tribunal valorar el grado de incumplimiento de las **sentencias estimatorias** expedidas por el Poder Judicial cuando éste no cumple dicha función, devolviendo lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo declarado por el Tribunal”.

Como puede apreciarse, nuevamente estamos en presencia de una ampliación del RAC aunque única y exclusivamente a favor del cumplimiento de “*sentencias estimatorias*” dictadas por el Poder Judicial.

D. Recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional

13. El TC ha continuado precisando y ampliando los alcances de la RTC N° 0168-2007-Q/TC que, habilitó el RAC a favor del cumplimiento de sus sentencias estimatorias. En este sentido, ha desarrollado una modalidad de RAC al que ha denominado “recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional” (STC N° 0004-2009-PA/TC), precisamente, cuando se

8 La Resolución fue dictada por la Sala del TC integrada por los magistrados Carlos Mesía, Ernesto Álvarez y Ricardo Beaumont.

trata del incumplimiento de sus sentencias. Lo hizo “con la específica finalidad de que las sentencias de este Tribunal sean ejecutadas de manera inmediata y en sus propios términos, pues la praxis judicial ha demostrado que su ejecución en muchos procesos no es inmediata o oportuna, ni en sus propios términos” (Fundamento Jurídico 12).

En tal supuesto, no se requiere presentar un recurso de apelación en la etapa de ejecución el cual sería resuelto por la Sala Civil de la Corte Superior respectiva, sino que puede acudir directamente al TC. Y es que como lo subraya en el Fundamento Jurídico 13:

“(…) la etapa de ejecución de las sentencias de este Tribunal termina convirtiéndose en muchos casos en un segundo proceso, pues **a pesar de que existe una orden precisa y concreta de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la sentencia, ésta por la inercia del juez de ejecución o por la conducta obstruccionista de la parte emplazada, no termina ejecutándose en forma inmediata y en sus propios términos**”.

En este orden de ideas, en el tercer punto resolutivo de la STC N° 0004-2009-PA/TC, desarrolló sus alcances en los términos siguientes:

“De conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst⁹., se precisa el contenido y efectos de la RTC 00168-2007-Q/TC, que son los siguientes:

- a. El recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional será denominado recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional.
- b. El recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional se interpone contra la resolución del juez de ejecución que declara actuado, ejecutado o cumplido el mandato de una sentencia del Tribunal Constitucional, o que declara fundada la contradicción u observación propuesta por el obligado. Contra la resolución que deniega el recurso de apelación por salto cabe el recurso de queja previsto en el artículo 401° del Código Procesal Civil.

La resolución del recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional o del recurso de queja por denegatoria del recurso referido se realizará sin trámite alguno.

9 *“Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional*
(...)

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.”

c. El recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional no procede cuando: a) el cumplimiento de la sentencia conlleve un debate sobre la cuantificación del monto de la pensión de cesantía o jubilación, o de los devengados, o de los reintegros, o de los intereses, o de las costas o de los costos; b) el mandato de la sentencia constitucional cuya ejecución se pretende establece en forma clara y expresa que es de cumplimiento progresivo; y c) cuando el propio recurrente decide que la correcta ejecución del mandato de la sentencia constitucional se controle a través del amparo contra amparo.

En estos casos, el proceso de ejecución de la sentencia constitucional sigue su trámite en las dos instancias del Poder Judicial y contra la resolución denegatoria de segundo grado procede el recurso de agravio constitucional interpuesto a favor de la ejecución de una sentencia del Tribunal Constitucional previsto en la RTC 00168-2007-Q/TC, salvo en el supuesto b), *supra*".

Estamos pues ante un nuevo desarrollo del TC que "precisa el contenido y efectos de la RTC 00168-2007-Q/TC" el cual, como vimos, sólo procede cuando se incumple parcial o totalmente lo dispuesto por una sentencia estimatoria del TC. Cabe indicar que la citada sentencia fue dictada por el Pleno del TC¹⁰ aunque no fue calificada como precedente constitucional sino más bien como jurisprudencia constitucional vinculante.

E. RAC excepcional contra una sentencia estimatoria: tráfico ilícito de drogas y crimen organizado transnacional

15. Una ampliación adicional se ha presentado para habilitar el denominado RAC excepcional cuando se trata de materias vinculadas al tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos (STC N° 2748-2010-HC, FJ. 15):

"(...), a fin de concretizar esta obligación constitucional de prevenir y sancionar eficazmente el tráfico ilícito de drogas y sus derivaciones, y estando a lo dispuesto por el artículo III del Título Preliminar del CPConst., este Tribunal considera que en los procesos constitucionales en que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, excepcionalmente, la **Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra habilitada** -independientemente del plazo- **para la interposición de un recurso de agravio constitucional especial**, el mismo que deberá concedido por las instancias judiciales."

10 La sentencia fue suscrita por el Pleno del TC integrado por los magistrados Carlos Mesía, Ernesto Álvarez, Fernando Calle, Gerardo Eto, Ricardo Beaumont, Óscar Urviola y Juan Vergara.

16. El citado criterio fue precisado por el TC en el Exp. N° 2663-2009-HC/TC, Fundamento Jurídico 11:

“Por ello, independientemente del contenido de la sentencia dictada en segunda instancia, en aplicación del artículo 201° de la Constitución, este Tribunal Constitucional entiende que es competente para conocer el caso de autos, entendiéndose que el RAC presentado en autos, es uno de naturaleza excepcional, ante la vulneración del orden constitucional, en particular, de lo dispuesto en el artículo 8° de la Constitución, lo cual incluso tiene su correlato en las obligaciones que el Estado Peruano ha asumido en relación al combate del Tráfico Ilícito de Drogas en particular, y del crimen organizado transnacional, en general”.

Estos son los únicos casos en los cuales, pese a tratarse de sentencias estimatorias de segundo grado, el TC en la actualidad admite la procedencia del RAC por considerar que se habría vulnerado el orden constitucional. Además, es el único supuesto vigente en el cual el RAC puede ser interpuesto por el demandado. Sin duda, se trata de un supuesto que contradice lo dispuesto por el artículo 18 del Código Procesal Constitucional.

F. ¿Procede el RAC cuando una Sala declara la nulidad de actuados en segunda instancia?

17. Un caso singular se presentó cuando el TC admitió la procedencia del RAC de manera excepcional contra una resolución que declaró la nulidad de actuados en segunda instancia, pese a que en estricto no se trataba de una resolución denegatoria, es decir, improcedente o infundada.

18. Lo hizo en un caso concreto pues constató que la Sala anuló una resolución y ordenó que se retrotraiga todo el proceso a la etapa postulatoria, pese a que el proceso de amparo venía tramitándose por espacio de nueve años. Consideró que tal situación afectaba el orden constitucional y por ello, en decisión dividida, declaró fundada la queja presentada y permitió el acceso al TC (Exp. N° 0256-2010-Q/TC).

III. Los excesos del Tribunal Constitucional. Un caso reciente

A. Algunos breves antecedentes

19. El 6 de marzo de 2007 la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) presentó una demanda de amparo contra el señor Walter Arturo Muñoz Cho, en su calidad de miembro de la Junta Administradora de la herencia de José de la Riva

Agüero y Osma, a fin de que se abstenga de efectuar actos que constituyen una amenaza de afectación de sus derechos fundamentales de propiedad, autonomía universitaria, entre otros, que se habían manifestado a través de sendas cartas remitidas el 15 de febrero y el 1 de marzo de 2007.

20. El 22 de octubre de 2007, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Lima declaró improcedente la demanda, por considerar que las referidas cartas no constituyen una amenaza cierta e inminente de violación de los derechos fundamentales de la demandante. La Sala Civil confirmó la sentencia apelada. Ante esta situación, la PUCP interpuso un RAC.

21. El TC (Exp. N° 03347-2009-PA/TC), con fecha 17 de marzo de 2010, dictó sentencia declarando infundado el RAC interpuesto. En la parte considerativa de su sentencia formuló diversas afirmaciones entre las cuales señaló que “Las gestiones, comunicaciones y reclamos del representante del Arzobispado ante la Junta, pretendiendo la revisión del acuerdo de 1994 y de otros, no constituyen amenazas o agravios, en tanto que pertenecen al ejercicio de un derecho exigible y que tiene como fin resguardar y restituir la última voluntad del testador” (FJ. 21, g).

22. Posteriormente, el 12 de julio del mismo año, el TC declaró fundado el pedido de aclaración formulado por el demandado para que “se remita copia de la sentencia de autos al Decimosexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, por cuanto la demandante ante dicho Juzgado pretende desconocer el contenido de sus fundamentos”. En consecuencia, dispuso “que se remita copia certificada de la sentencia de autos al Decimosexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, a fin de que éste actúe de conformidad con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y en la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al momento de resolver el Exp. N° 29106-2008.” Cabe indicar que el referido Juzgado se encontraba conociendo de un proceso civil de declaración judicial, distinto al proceso de amparo.

23. Precisamente, sustentándose en la sentencia y aclaración del TC, la parte demandada solicitó al Decimonoveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, que conocía en etapa de ejecución el proceso de amparo, que declare la inaplicación de la Resolución N° 12, de 23 de setiembre de 2011, dictada por la Quinta Sala Civil de Lima, que confirmó la Resolución N° 59, de 11 de abril de 2011, del Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, pues -alegaba- que contraviene los fundamentos de la sentencia emitida en el Exp. N° 03347-2009-PA/TC y su aclaración de 12 de julio de 2010.

24. Es decir, el Sr. Muñoz Cho quería que el juez de ejecución del proceso de amparo ordene la inaplicación de las resoluciones judiciales dictadas por el 16 Juzgado Civil y la Quinta Sala Civil en un proceso civil de declaración judicial. Tales

resoluciones declararon improcedente el pedido de conclusión anticipada del proceso civil solicitado por el Sr. Muñoz, quien alegaba que las pretensiones de dicho proceso civil habían sido sustraídas del ámbito jurisdiccional por la sentencia del TC. En otras palabras, el demandado pretendía que en vía de ejecución de una sentencia de amparo, que declaró infundada la demanda, se inapliquen resoluciones judiciales dictadas en un proceso civil que jamás fueron cuestionadas en el proceso ante el TC. Recordemos que las partes en dicho proceso fueron la PUCP y el Sr. Muñoz Cho. Las resoluciones judiciales dictadas por el 16 Juzgado Civil y la Quinta Sala Civil recaídas en un proceso civil de declaración judicial nunca fueron impugnadas en dicho proceso ni en el TC y, por tanto, las autoridades judiciales que las dictaron no participaron del mismo, siendo en estricto unos terceros ajenos al proceso de amparo.

25. Por ello, el Decimonoveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró improcedente el pedido de ejecución mencionado. Frente a dicha resolución, la parte demandada presentó recurso de apelación por salto, el cual fue declarado improcedente por el Juzgado. Ante tal situación, la parte demandada presentó “recurso de queja”, el cual fue declarado fundado por una Sala del TC a través de la resolución de fecha 20 de diciembre de 2011 recaída en el Exp. N° 0322-2011-Q/TC. La queja fue declarada fundada pese a que en tal caso no se reunían los presupuestos para conceder el recurso de apelación por salto de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución, el artículo 18 del Código Procesal Constitucional y el desarrollo efectuado por la jurisprudencia y los precedentes del TC que hemos sintetizado.

B. Presupuestos del recurso de apelación por salto. Una Sala debe respetar la jurisprudencia constitucional fijada por el Pleno del Tribunal Constitucional

26. A manera de síntesis, podemos señalar que los presupuestos que justifican la viabilidad de esta modalidad de recurso son los siguientes:

- a) **Debe tratarse de una sentencia estimatoria (fundada).**- Su finalidad es “restablecer el orden jurídico constitucional, el mismo que ha sido preservado mediante sentencia estimatoria del Tribunal en el trámite de un proceso constitucional” (RTC N° 0168-2007-Q/TC, FJ. 8). La procedencia frente al incumplimiento de sentencias estimatorias o fundadas fue ratificada en la RTC 0201-2007-Q/TC, FJ. 10.
- b) **Sólo lo puede interponer el demandante.**- Ello es evidente, pues el incumplimiento de una sentencia estimatoria del TC sólo causa agravio a dicha parte y no al demandado. Así lo reconoce la STC N° 02877-2005-PHC/TC, FJ. 27 al precisar que “tal recurso debe ser interpuesto por el demandante” y, además, fluye del tercer punto resolutivo, literal b) de la STC N° 0004-2009-PA/TC. En la actualidad, el único caso en que el demandado puede presentar un RAC, es el denominado RAC

excepcional aplicable cuando se trata del combate del tráfico ilícito de drogas, y del crimen organizado transnacional (STC N° 2663-2009-HC, Fundamento Jurídico 11).

- c) **Pretende hacer efectiva la orden precisa y concreta contenida en una sentencia estimatoria.**- Es decir, procede en etapa de ejecución de sentencia “para poder llevar al terreno de los hechos la decisión expuesta en términos concretos en su fallo” (RTC N° 0168-2007-Q/TC, Fundamento Jurídico 5). Se trata de “hacer efectiva la sentencia”, en otras palabras, de la “orden precisa y concreta de la conducta a cumplir” que de ella emana (STC N° 0004-2009-PA/TC, FJ. 13), a fin de evitar una virtual modificación de dicha sentencia.
- d) **Pretende el cumplimiento inmediato de una sentencia del TC que no ha sido acatada.**- La finalidad de evitar el tránsito por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia es agilizar el trámite de ejecución de las sentencias del TC para que sean ejecutadas de “**manera inmediata**” (STC N° 0004-2009-PA/TC Fundamento Jurídico 12).

27. Estos criterios han sido desarrollados por el TC en diversas resoluciones, la última de las cuales fue dictada por el Pleno en la STC N° 0004-2009-PA/TC que fue calificada como jurisprudencia constitucional de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En consecuencia, una Sala no podría apartarse de un criterio establecido por el Pleno del TC. Así lo dispone su Reglamento Normativo (Resolución Administrativa N° 095-2004-P/TC, publicada el 02 de octubre de 2004), el cual dispone que el RAC puede ser resuelto por una de las dos Salas del TC (artículo 11), y agrega que **el Pleno interviene cuando en un caso se pueda establecer “jurisprudencia constitucional o apartarse de la precedente”** (artículo 13). Sin embargo, esto no sucedió en el presente caso, pues una Sala declaró fundado el recurso de queja y permitió el acceso del caso al TC (Exp. N° 0322-2011-Q/TC) desconociendo criterios del Pleno.

C. ¿Cuáles son las resoluciones que supuestamente se estarían incumpliendo?

28. De acuerdo con lo señalado por la parte demandada, es decir, el Sr. Walter Muñoz Cho, y lo citado en la RTC N° 00322-2011-Q/TC, se interpuso recurso de queja contra la Resolución N° 50, emitida por el Decimonoveno Juzgado Civil de Lima -que tramitaba en etapa de ejecución el proceso de amparo- la cual declaró improcedente el recurso de apelación por salto interpuesto a favor de la ejecución de la sentencia y la resolución de aclaración emitidas en el Exp. N° 03347-2009-PA/TC.

29. La Sala del TC al declarar fundado el recurso de queja presentado sostuvo que:

“4. Que en el presente caso, el segundo punto resolutive de la resolución de aclaración de fecha 12 de julio de 2010, emitida en el Exp. N.º 03347-2009-PA/TC, ordenó que:

“(…) se remita copia certificada de la sentencia de autos al Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, a fin de que éste actúe de conformidad con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst. y en la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al momento de resolver el Exp. N.º 29106-2008”.

En buena cuenta, en el Exp. N.º 03347-2009-PA/TC existe una orden concreta que tiene que cumplirse, por lo que resulta procedente el recurso de apelación por salto, por cuanto don Walter Arturo Muñoz Cho sostiene que la sentencia ni la resolución de aclaración mencionadas vienen siendo respetadas”.

30. En el presente caso, se trata de una queja presentada por el demandado (Sr. Walter Muñoz Cho) –el demandante de amparo fue la PUCP- ante la negativa del Juzgado de conceder la apelación por salto. El TC declaró fundada la queja y dispuso que el caso vuelva a sus manos para verificar si se había cumplido su sentencia. ¿Qué solicitaba al Juzgado el Sr. Muñoz Cho? Pedía que la sentencia del TC que declaró infundada el RAC interpuesto por la PUCP (STC N° 3347-2009-AA) y su aclaración, sea ejecutada por el Juez de amparo y, por tanto, que aquel ordene la inaplicación de las resoluciones judiciales dictadas por el 16 Juzgado Civil y la Quinta Sala Civil en un proceso civil de declaración judicial. Tales resoluciones declararon improcedente el pedido de conclusión anticipada del proceso civil solicitado por el Sr. Muñoz, quien alegaba que las pretensiones de dicho proceso civil habían quedado sustraídas del ámbito jurisdiccional por la sentencia del TC. El Juzgado correctamente declaró improcedente el pedido. No obstante, como hemos visto, una Sala del TC declaró fundada la queja y concedió el recurso de apelación por salto.

D. No se cumplieron los presupuestos para que proceda un recurso de apelación por salto

31. Como hemos indicado en el párrafo 18, existen determinados presupuestos que justifican la procedencia de este recurso. En el presente caso nos parecen tres los aspectos centrales que no se están cumpliendo. Veamos.

32. En primer lugar, el recurso presentado por el Sr. Muñoz Cho no pretende garantizar el cumplimiento de una sentencia estimatoria (fundada). En el presente caso sucede exactamente lo contrario pues la sentencia N° 3347-2009-AA/TC declaró infundado el RAC interpuesto por la PUCP. Es decir, el recurso de apelación por salto sólo hubiera procedido si la sentencia hubiera declarado fundada la demanda y ésta no se hubiera cumplido, lo cual no sucedió.

33. En segundo lugar, el recurso sólo lo puede interponer el demandante. En cambio, aquí sucedió lo contrario pues quien interpone el recurso es la parte demandada y no el demandante. Ello, en la actualidad, sólo podría ocurrir si se tratara de un supuesto absolutamente distinto, nos referimos al “RAC excepcional” aplicable cuando se trata del combate del tráfico ilícito de drogas, y del crimen organizado transnacional que no es lo que sucede en este caso.

34. En tercer lugar, no se pretende hacer efectiva una orden precisa y concreta contenida en una sentencia estimatoria del TC. En efecto, no sólo no se trata de una sentencia estimatoria sino que, además, de la STC N° 3347-2009-AA/TC no se desprende ninguna orden precisa y concreta que disponga una determinada conducta a cumplir. En efecto, dicha sentencia en su parte resolutive se circunscribe a “Declarar infundado el recurso de agravio constitucional interpuesto por la PUCP”. Ahí no aparece ninguna orden precisa y concreta de una conducta a cumplir que este siendo desacatada; más aún, se trata de una sentencia que declara infundada la pretensión del demandante.

Tampoco podría afirmarse que la resolución de aclaración de fecha 12 de julio de 2010, es la que estaría incumpliendo. Como se sabe, en determinadas circunstancias y con “carácter excepcional”¹¹ procede la aclaración de oficio o a pedido de parte. Así lo dispone el artículo 121 del Código Procesal Constitucional precisando que con ello se pretende “aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido”. La aclaración no permite, obviamente, modificar una sentencia y sustituirla por una nueva. En efecto, el Código siguiendo lo dispuesto por la doctrina circunscribe la aclaración a tres supuestos puntuales para su procedencia: concepto oscuro, error material u omisión en que se hubiese incurrido¹². En el primer caso, su objetivo es “iluminar algún punto oscuro; se trata sólo de corregir la expresión, y no lograr que, por este medio, se pueda modificar el alcance o el contenido de la decisión”¹³. Y en el último, la finalidad es “que una resolución se complete y alcance a puntos que fueron controvertidos pero de los cuales no se expresó decisión”¹⁴. Cabe finalmente indicar que la resolución que recaiga al pedido formulado o a la intervención del oficio del Tribunal se integra “en forma inseparable con la sentencia aclarada”¹⁵.

En consecuencia, la aclaración tiene los límites mencionados que no puede superar y, por tanto, no puede convertir una sentencia desestimatoria en una sentencia estimatoria que pueda ameritar la procedencia de un recurso de apelación por salto.

11 VÉSCOVI Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Buenos Aires: Depalma, 1988, p.75.

12 PALACIO Lino Enrique, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires: LexisNexis - Abeledo Perrot, 18° ed., 2004, p. 582.

13 VÉSCOVI Enrique, Ob. Cit., p. 75.

14 MONROY GÁLVEZ Juan, Ob. Cit, p. 221.

15 VÉSCOVI Enrique, Ob. Cit., p. 80.

Además, lo único que dispone la aclaración es “ORDENAR que se remita copia certificada de la sentencia de autos al Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, a fin de que éste actúe de conformidad con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPCConst. y en la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al momento de resolver el Exp. N° 29106-2008.” De esta manera, la referida aclaración se cumplía con el sólo hecho de remitir la referida copia al Juzgado la cual se limita a que disponga una determinada conducta a cumplir.

IV. Reflexiones finales

1. El artículo 18 del Código Procesal Constitucional desarrolló la expresión “resolución denegatoria”, a la cual se refiere el artículo 202 inciso 2) de la Constitución de 1993, señalando que si la resolución de segundo grado, es decir, aquella dictada por la Sala Civil de la Corte Superior, declara improcedente o infundada la demanda de amparo, podrá interponerse “recurso de agravio constitucional” (RAC) ante el tribunal Constitucional (TC). En consecuencia, si el demandante obtiene una sentencia favorable (fundada) a nivel del Poder Judicial la misma adquiere carácter de cosa juzgada y no puede ser objeto de recurso alguno ante el TC. De ahí que el recurso para acceder al TC siempre haya estado diseñado a favor del demandante y no del demandado.
2. El TC a través de su jurisprudencia y precedentes ha ido precisando los alcances del RAC, al que ha calificado como una “forma de protección superlativa de derechos fundamentales” (Exp. N° 02877-2005-HC). Asimismo, ha desarrollado diversos criterios que han ido ampliando los alcances del RAC para tratar de revisar determinadas resoluciones dictadas por el Poder Judicial que estimaba necesario evaluar. Inicialmente admitió el RAC contra sentencias estimatorias de segundo grado que no respeten los precedentes del TC (STC N° 4853-2004-AA/TC), precedente que luego dejó sin efecto (STC N° 03908-2007-AA/TC). Asimismo, ha desarrollado el RAC a favor del cumplimiento de las sentencias estimatorias dictadas por el TC (RTC N° 0168-2007-Q/TC), y por el Poder Judicial (RTC 0201-2007-Q/TC); el recurso de apelación por salto a favor de la ejecución de una sentencia del TC (STC N° 0004-2009-PA/TC); el RAC excepcional (STC N° 2748-2010-HC/TC y STC N° 2663-2009-HC/TC) y, de modo singular, el RAC cuando se declara la nulidad de actuados en segunda instancia (Exp. N° 0256-2010-Q/TC).
3. Sin embargo, el TC en ocasiones se ha extralimitado. Esto último ha sucedido en el caso de la PUCP donde una Sala del TC concedió una queja pese a no reunirse los presupuestos para concederse el recurso de apelación por salto de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución, el artículo 18 del Código Procesal Constitucional

y el desarrollo efectuado por la jurisprudencia y los precedentes del TC. En primer lugar, el recurso presentado por el Sr. Muñoz Cho no pretende garantizar el cumplimiento de una sentencia estimatoria (fundada). Aquí, sucede exactamente lo contrario pues la sentencia N° 3347-2009-AA/TC declaró infundado el RAC interpuesto por la PUCP. Es decir, el recurso de apelación por salto sólo procedería si la sentencia hubiera declarado fundada la demanda y ésta no se hubiera cumplido, lo cual no ha sucedido. En segundo lugar, el recurso sólo lo puede interponer el demandante. En el presente caso quien interpone el recurso es la parte demandada. Ello sólo podría ocurrir si se tratara de un supuesto absolutamente distinto, nos referimos al “RAC excepcional” aplicable cuando se trata del combate del tráfico ilícito de drogas, y del crimen organizado transnacional que no es lo que se ha presentado. En tercer lugar, no se pretende hacer efectiva una orden precisa y concreta contenida en una sentencia estimatoria del TC. En efecto, dicha sentencia en su parte resolutive se circunscribe a “Declarar infundado el recurso de agravio constitucional interpuesto por la PUCP”. Ahí no aparece ninguna orden precisa y concreta de una conducta a cumplir que este siendo desacatada; más aún, se trata de una sentencia que declara infundada la pretensión del demandante.

4. En definitiva, el TC ha transformado los alcances del RAC cambiando el diseño original previsto por la Constitución y el Código Procesal Constitucional. En este sentido, sería altamente recomendable que el TC sea más cuidadoso y prudente para garantizar que el RAC sea un mecanismo efectivo de tutela de derechos fundamentales y no un recurso discrecional que le permita conocer los casos que aquel, por diversas razones, desea revisar.

Lima, 31 de julio de 2012

EL PROCESO DE AMPARO EN EL NUEVO MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL DOMINICANO

Hermógenes Acosta de los Santos
Juez del Tribunal Constitucional Dominicano

SUMARIO: Introducción. I.- Evolución del amparo en la República Dominicana. 1. Ausencia de regulación de la acción de amparo. 2. Integración de la acción de amparo al ordenamiento interno. 3. Regulación pretoriana de la acción de amparo. 4. Regulación legal de la acción de amparo. 5. Regulación constitucional y legal de la acción de amparo. **II.- El proceso de amparo.** A. El procedimiento ordinario de amparo. 6. Los derechos protegidos vía el amparo. 7. Causales de inadmisión y actos susceptible de la acción de amparo. 8. Las decisiones jurisdiccionales. 9. Actos que declaran el estado de excepción. 10. Los sujetos legitimados. 11. La competencia. 12. Recusación e inhibición. 13. Las características del proceso. 14. Medidas precautorias. 15. La sentencia. 16. Recursos. 17. Requisito de admisibilidad. 18. Efectos del recurso de revisión constitucional. 19. Tribunal Competente. B. Procedimientos particulares de amparo. 20. El amparo de cumplimiento. 21. El amparo colectivo. 22. El amparo electoral. 23. La revisión constitucional de las sentencias. **Conclusiones. Bibliografía.**

Introducción

El objeto de este trabajo es analizar los cambios introducidos en materia de amparo, mediante la nueva Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales. En particular, nos interesa establecer en qué medida la reciente normativa integra los elementos más novedosos y avanzados del derecho comparado, aspecto que consideramos vital, porque el mecanismo que nos ocupa tiene la misma finalidad en todos los sistemas de justicia constitucional: garantizar la eficacia de los derechos fundamentales. Sin embargo, no en todos los ordenamientos jurídicos se identifica con la misma expresión o término. En efecto: en México lo identifican como “juicio de amparo”¹, en Argentina “acción de amparo”², en Perú “proceso de amparo” o “demanda de amparo”³, y en Costa Rica “recurso de amparo”⁴.

1 Véase artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el artículo 1 de la Ley General de Amparo.

2 Véase al respecto el artículo 43 de la Constitución Nacional de Argentina del 22 de octubre de 1994 y los artículos 1 y siguientes de la ley 16.986 sobre amparo, promulgada el 18 de octubre de 1966.

3 Véase el título III, capítulo I, artículo 42 del Código Procesal Constitucional Peruano instituido mediante la ley No. 28237, publicada el 30 de noviembre del 2004.

4 Véase los artículos 2 y 29 de la Ley No. 7135, denominada Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, del 11 de octubre de 1989.

En el sistema jurídico dominicano siempre se ha utilizado la expresión “acción de amparo”. En efecto, en la resolución dictada por la Suprema Corte de Justicia, el 24 de febrero de 1999⁵ se utilizó dicha expresión, tendencia que se mantuvo en la ley 437-06 del 30 de noviembre del 2006, en la Constitución del 26 de enero del 2011⁶ y en la Ley No. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales, del 13 de junio del 2011, modificada por la No. 145-11. De manera que para respetar la decisión del legislador y del órgano revisor de la Constitución denominaremos el instituto que nos ocupa como acción de amparo y no como recurso, como suelen hacerlo algunos autores nacionales y tribunales del país.

I. Evolución del amparo en la República Dominicana

El amparo se ha constituido en una institución cotidiana de los sistemas de justicia constitucional del Continente Americano y de algunos países del Continente Europeo, en particular, los de Alemania y España.

La República Dominicana y los demás países del Continente Americano que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen la obligación de prever en sus legislaciones un recurso rápido, sencillo, efectivo y judicial para impugnar los actos u omisiones que violen o amenacen violar los derechos fundamentales.

En la evolución del amparo dominicano pueden distinguirse cinco etapas, las cuales son las siguientes: ausencia de procedimiento, recepción del amparo en el ordenamiento nacional, regulación pretoriana, regulación legal y regulación constitucional y legal.

1. Ausencia de regulación de la acción de amparo

Un sector de la doctrina sitúa el nacimiento del amparo dominicano en la Constitución del año 1966, particularmente en el artículo 8 de la misma. Conforme a dicho texto el Estado tiene la obligación de proteger efectivamente los derechos fundamentales⁷.

5 Mediante Resolución de fecha 24 de febrero de 1999, se estableció en el sistema jurídico dominicano, por primera vez, un procedimiento para el conocimiento de la acción de amparo, al tiempo que se declaró que el recurso previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, forma parte del derecho interno, por ser el Estado dominicano signatario de la misma y haberla ratificado mediante resolución dictada por el Congreso Nacional, el 25 de diciembre de 1977. Cabe anotar que entre la indicada fecha y la de la fecha de la resolución dictada por la Suprema Corte de Justicia, en nuestro país no existía procedimiento de amparo, por lo que durante dicho período no se registró un solo caso de amparo.

6 Esta es la primera Constitución que consagra la acción de amparo.

7 Esta tesis es desarrollada por Juan Manuel Pellerano Gómez, en un trabajo titulado “El recurso de amparo”; dicho trabajo aparece publicado en el libro titulado *Constitución y Política*, páginas 253 y siguientes.

Para la doctrina que defiende la tesis anterior, la protección de los derechos fundamentales debía hacerse, como regla general, por la vía de los procedimientos previstos en el derecho común, dado el hecho de que para la época no existía un procedimiento especial; mientras que para determinados casos, sin embargo, sostenía que convenía seguir el procedimiento relativo al hábeas corpus, en el entendido de que los ordinarios no eran eficaces⁸. Esta última postura no fue admitida por la Suprema Corte de Justicia, en razón de que consideraba que por la vía del hábeas corpus sólo se protegía la libertad de tránsito⁹.

Nosotros consideramos que para la época no había amparo, porque una cosa es que los tribunales tengan la obligación constitucional de proteger los derechos fundamentales y otra que la referida institución exista, ya que dicha existencia supone el diseño de un procedimiento especial y coherente con su naturaleza y, en particular, que sea sencillo y ágil. Tal procedimiento se instauró en nuestro país al final de la década de los noventa del siglo pasado, tal y como se expondrá más adelante.

2. Integración del amparo al ordenamiento interno

La Convención Americana sobre Derechos Fundamentales o Pacto de San José establece en su artículo 25.1 “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o los tribunales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”. Conforme a este texto los Estados parte de dicha convención tienen la obligación de establecer un procedimiento sencillo y ágil para garantizar los derechos fundamentales.

El Estado dominicano es parte de la referida Convención, la cual ratificó el 25 de diciembre de 1977, mediante resolución del Congreso Nacional dictada en la indicada fecha. Luego de dicha ratificación el instrumento internacional objeto de estudio quedó integrado al ordenamiento jurídico interno, en aplicación de lo que establece el artículo 26.1 de la Constitución, texto que dispone que el Estado dominicano aplica

8 PELLERANO, Juan Manuel, ob. cit, p. 258. Esta tesis fue desarrollada en la obra Derecho Procesal Penal escrita por los doctores Luis R. Del Castillo Morales, Juan Manuel Pellerano Gómez e Hipólito Herrera Pellerano, cuya primera edición es del año 1973. Aunque no tuvimos a manos la indicada edición sino la tercera de 1999, en esta última se afirma en la página 160 “No obstante que la acción de hábeas corpus, según la letra de la ley, solo concierne a los casos de detenciones ilegales o arbitrarias ejecutadas por las autoridades en violación a los cánones constitucionales y legales sostuvimos en la primera edición de esta obra que dado que la finalidad del hábeas corpus es garantizar y hacer efectivo el ejercicio de los derechos humanos reconocidos por la Constitución, se debía reconocer que el hábeas corpus protege igualmente el goce de otros derechos que se relacionan de manera directa o indirecta con la libertad individual, tratando así de crear un medio procesal de protección a los demás derechos fundamentales de la persona”.

9 Véase la sentencia del 17 de agosto de 1973, Boletín Judicial No. 753, página 2390.

las normas del derecho internacional general y americano, en la medida en que sus poderes públicos lo hayan adoptado.

De manera que con razón se afirma que el amparo existe en la República Dominicana desde el año 1977. Sin embargo, en la realidad la institución no funcionó, porque a pesar de haberse ratificado la Convención, el Estado dominicano no implementó un procedimiento como era su obligación. Este vacío se mantuvo hasta el 24 de febrero de 1999, fecha en que la Suprema Corte de Justicia estableció por primera vez el procedimiento mediante el cual debía conocerse la acción de amparo.

3. Regulación pretoriana de la acción de amparo

La Suprema Corte de Justicia adoptó, tomando en cuenta que la naturaleza del amparo requiere de soluciones rápidas, el procedimiento previsto para el referimiento¹⁰. De este procedimiento es oportuno destacar, que la acción debía incoarse en un plazo relativamente breve de 15 días, contados a partir de la fecha en que la víctima tenía conocimiento de la violación, que la decisión de amparo era susceptible del recurso de apelación y del de casación. Igualmente, conviene indicar que de manera expresa se prohibió el amparo contra decisiones jurisdiccionales.

4. Regulación legal de la acción de amparo

El procedimiento establecido por la Suprema Corte de Justicia fue sustituido en el año 2006, mediante la Ley 437-06 del 30 de noviembre. Esta es la primera ley dictada en nuestro país en materia de amparo, con lo cual se le dio un nuevo impulso a este importante mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

El nuevo procedimiento mejora algunos de los aspectos previstos en el anterior y consagra importantes novedades. En este orden, consideramos que lo más trascendental fue la eliminación del monopolio competencial que tenía el tribunal de primera instancia en atribuciones civiles. A partir de la entrada en vigencia de la ley se atribuyó competencia a todos los jueces de primera instancia.

Otro elemento novedoso fue la supresión del recurso de apelación, de manera que las decisiones dictadas por el tribunal de primer grado sólo eran susceptibles del recurso de casación o de tercería; sin embargo, no se estableció un procedimiento

10 El referimiento es una institución del derecho procesal francés y que fue introducida en nuestro ordenamiento hace más de un siglo. Actualmente está organizada en los artículos 101 y siguientes de la Ley No. 834 del 15 de julio de 1978. Está previsto para los casos que requieran de extrema urgencia, de manera que el juez apoderado de un caso en esta materia tiene la posibilidad de instruir el proceso en forma sumaria y dictar sentencia en un plazo breve. Las características del procedimiento de referimiento responden, sin dudas, a las exigencias de la acción de amparo.

acorde con la naturaleza del amparo para el conocimiento de dichos recursos. Esta imprevisión implicó, lamentablemente, la desnaturalización de este mecanismo de protección de los derechos fundamentales.

5. Regulación constitucional y legal de la acción de amparo

Actualmente el amparo está previsto en el artículo 72 de la Constitución, y regulado por la Ley No. 137-11, Orgánica sobre el Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (en lo adelante Ley 137-11).

Mediante las referidas reformas se introdujeron cambios cuantitativos y cualitativos profundos, hasta el punto de que pudiera considerarse que la República Dominicana cuenta hoy con un sistema de justicia constitucional nuevo. En efecto, en la Constitución promulgada y publicada el 26 de enero del 2010 se consagran nuevos órganos: Tribunal Constitucional, Tribunal Superior Electoral, Defensor del Pueblo¹¹; así como mecanismos de protección de los derechos fundamentales: el amparo, el hábeas corpus y el hábeas data¹².

La profundidad y la trascendencia de las reformas dieron lugar a interesantes debates, particularmente en lo concerniente a la creación del Tribunal Constitucional y a sus competencias. No menos importantes fueron las discusiones relativas al tema del amparo contra decisiones jurisdiccionales.

La reforma constitucional estuvo precedida de un proceso que duró casi cuatro años e implicó el agotamiento de varias fases: primero, el Presidente de la República designó una comisión de juristas para que redactara un anteproyecto de Constitución. Dicha comisión realizó, antes de realizar el trabajo encomendado, una jornada de consulta popular con la finalidad de recoger, organizar y depurar las propuestas de los diferentes sectores de la sociedad¹³.

11 Este órgano fue creado mediante la ley 19 del año 2001, sin embargo hasta la fecha no ha sido implementado. La Cámara de senadores es el órgano encargado de designar al defensor del pueblo de una terna presentada por la Cámara de diputados, según lo establecía el artículo 4 de la ley 19-01 y ahora el artículo 83.3 de la Constitución.

12 El hábeas corpus estaba previsto en la Constitución anterior, artículo 8.2.g; mientras que el amparo estaba previsto en la Ley 437-06.

13 El Decreto 323-206 del 3 de agosto del 2006, el Presidente de la República, designó una comisión de 13 juristas para que preparara una propuesta de reforma constitucional, la cual estuvo integrada por Raymundo Amaro Guzmán, Julio César Castañón Guzmán, Pelegrín Castillo, Flavio Darío Espinal Jacobo, Aura Celeste Fernández, Luis Gómez Pérez, Milton Ray Guevara, Eduardo Jorge Prats, Licelott Marte, César Pina Toribio, Leyda Margarita Piña, José Darío Suárez y Adriano Miguel Tejada. El 9 de octubre del 2006, se dio apertura al inicio de la denominada Consulta Popular para la Reforma Constitucional, para la cual sirvió de base un cuestionario de 77 preguntas sobre diferentes

En dicho proceso el tema que más trascendió fue el de la creación del Tribunal Constitucional, en torno al cual se plantearon dos posiciones que pudieran considerarse extremas y una tercera moderada. En un extremo se encontraban los que entendían que la Suprema Corte de Justicia debía continuar conociendo las materias vinculadas a la protección de la supremacía de la Constitución y de los derechos fundamentales. Mientras que en el otro extremo se encontraban quienes defendían la instauración de un Tribunal Constitucional. En cambio, los partidarios de la tesis moderada proponían la creación de una Sala Constitucional a lo interno de la Suprema Corte de Justicia.

En los debates desarrollados a lo interno de la Asamblea Revisora se impuso una de las dos tesis extremas, ya que se creó el Tribunal Constitucional como órgano extra poder. Este órgano constitucional está previsto en los artículos del 184 al 187 de la Constitución.

Según el artículo 185, las competencias del Tribunal son las siguientes: 1) conocer de las acciones directas en inconstitucionalidad de las leyes, decretos 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; 2) conocer del control preventivo de los tratados internacionales antes de ser ratificados por el órgano legislativo; 3) conocer de los conflictos de competencias entre los poderes públicos, a instancia de uno de sus titulares; 4) Conocer de cualquier otra materia que disponga la ley.

No nos detendremos en el análisis de las referidas competencias y nos limitamos a mencionarlas tal y como aparecen en el texto constitucional, porque tal estudio desbordaría el objeto de este trabajo, que es la acción de amparo.

El Tribunal Constitucional está integrado por trece jueces, según el artículo 186 de la Constitución. Una matrícula exageradamente numerosa, si tomamos en cuenta que somos un país relativamente pequeño. Las deliberaciones requieren de un quórum muy calificado, de nueve miembros. La exigencia de dicho quórum constituye un gran desacierto de la reforma, que puede constituirse en un obstáculo para el funcionamiento del tribunal, provocando estancamientos en materias tan sensibles como la acción de amparo. Sobre este tema volveremos más adelante.

temas constitucionales elaborado por la comisión de jurista. El 7 de abril del 2007 fue presentado el informe final sobre la Consulta Popular para la Reforma Constitucional. En el año 2008 la comisión de juristas presentó al Presidente de la República una propuesta de reforma constitucional. El 27 de septiembre del 2008 el Presidente de la República sometió al Congreso Nacional un proyecto de reforma constitucional, utilizando como base la propuesta de la comisión de juristas. El 26 de enero del 2010 el Congreso Nacional, en funciones de Asamblea Revisora, aprobó la Constitución vigente, consagrando en la misma el Tribunal Constitucional.

Para garantizar el funcionamiento de los nuevos órganos y los mecanismos de protección creados por la Constitución fue promulgada la Ley No. 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales. Para la creación de dicha ley y otras demandadas por la nueva Constitución, el Poder Ejecutivo designó una comisión de juristas adscrita a la Consultoría Jurídica de dicho poder¹⁴.

Con la asesoría de la referida comisión de juristas, el Poder Ejecutivo presentó el 8 de noviembre del 2010 ante el Senado de la República un proyecto de ley orgánica sobre el Tribunal Constitucional y sobre los procesos constitucionales (en lo adelante lo identificaremos como el proyecto), proyecto que fue acogido por dicha cámara legislativa el 20 de diciembre del 2010, aunque con modificaciones que generaron amplios debates en la comunidad jurídica nacional.

Los aspectos modificados por el Senado de la República fueron los siguientes: los requisitos para ser juez del Tribunal Constitucional, la facultad del Tribunal Constitucional para suspender los efectos de la ley, decreto, resolución o reglamento objeto de una acción directa en inconstitucionalidad, presunción de legitimación de todas las personas para accionar en inconstitucionalidad, el amparo contra actos jurisdiccionales y la revisión constitucional de la sentencia.

Conforme se establece en el artículo 9.4 del proyecto, para ser juez del Tribunal Constitucional se requiere tener un mínimo de treinta y cinco años de edad y no haber cumplido setenta y cinco. En este aspecto el Senado suprimió el último de los requisitos, de manera que aprobó el texto sólo con la exigencia de la edad mínima de treinta y cinco años. Pero en la Cámara de Diputados fue rechazada la referida modificación y aprobado el proyecto como fue presentado en el indicado aspecto. Devuelto el proyecto a la cámara de origen ésta aceptó el cambio realizado y, en consecuencia, fue aprobado con su contenido original, es decir, con el requisito de los setenta y cinco años¹⁵.

El Poder Ejecutivo, sin embargo, observó lo aprobado por el Congreso en este aspecto, en particular eliminó el requisito de la edad máxima. Finalmente, mediante

14 La comisión fue designada mediante el decreto No. 3510, dictado por el Presidente de la República, el 26 de enero del 2010 y está integrada por los juristas Mariano Germán Mejía, Flavio Darío Espinal Jacobo, Reynaldo Ramo Morel, Katusca Jiménez, Olivo Rodríguez Huerta, Luis Julio Jiménez, Eduardo Jorge Prats, Milton Ray Guevara, y Adriano Miguel Tejada.

15 En un artículo publicado en el Listín Diario, edición del 15 de diciembre del 2010, el constitucionalista Milton Ray Guevara formuló las siguientes reflexiones, conforme a la Constitución vigente no puede ser juez del Tribunal Constitucional una persona que haya cumplido 75 años de edad. El destacado constitucionalista se fundamenta en que según el artículo 151.2 “La edad de retiro obligatorio de los jueces de la Suprema Corte de Justicia es de setenta y cinco años”, texto que según el autor se aplica a los jueces del Tribunal Constitucional, ya que en el artículo 187 de la misma Constitución se establece que “Para ser juez del Tribunal Constitucional se requieren las mismas condiciones exigidas para los jueces de la Suprema Corte de Justicia”.

la Ley 145-11 del 4 de julio del 2011 fue modificada la Ley 137-11, para incluir el requisito de los setenta y cinco años como edad máxima para ser juez del Tribunal Constitucional.

En lo que respecta a la facultad del Tribunal Constitucional para suspender la eficacia de la norma o acto objeto de la acción en inconstitucionalidad por la vía directa, dicha facultad está prevista en el artículo 29.16 del proyecto, texto que establece que la referida suspensión se puede ordenar a pedimento de parte y sus efectos se mantienen hasta que el Tribunal Constitucional resuelva la acción en inconstitucionalidad. Esta previsión fue eliminada del proyecto, decisión que fue correcta, porque las leyes dictadas por el Congreso se presumen constitucionales¹⁶.

La presunción de legitimación de todas las personas para accionar en inconstitucionalidad estaba prevista en el artículo 28.2 del proyecto. Conforme a dicho texto, cuando el objeto de la acción sea una ley, reglamento o una disposición normativa dictada por los poderes públicos, órganos constitucionales u otras autoridades “se presume que toda persona tiene interés legítimo y jurídicamente protegido para accionar directamente en inconstitucionalidad...”.

Mediante la disposición comentada se pretendía consagrar la figura procesal de la acción popular, intento que fue eliminado en ocasión de los debates desarrollados en el Congreso Nacional, lo que constituye una clara evidencia del marcado interés del legislador en restringir la facultad de accionar en inconstitucionalidad de los ciudadanos¹⁷.

16 REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, página XLVII, Editorial Porrúa de México y de Argentina, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México 2008 y Jorge Prats, Eduardo, *Derecho Constitucional*, Volumen I, página 453, tercera edición, Editorial IusNovum: Santo Domingo, República Dominicana, 2010.

17 En la Constitución anterior la legitimación de los ciudadanos era menos clara, ya que en el artículo 67.1, se establecía que podía accionar en inconstitucionalidad “cualquier parte interesada”. Expresión que originalmente fue interpretada por la jurisprudencia de manera restrictiva (véase sentencia de la Suprema Corte de Justicia del 1 de septiembre de 1995) ya que se consideró que “parte interesada” era cualquier persona que fuera parte en un proceso ordinario”. Posteriormente la jurisprudencia dio un giro significativo y consideró que “parte interesada” era cualquier persona que tuviera interés en denunciar una violación a la Constitución (véase sentencia del 6 de agosto de 1998, Boletín Judicial 1053, página 6), instaurándose de forma pretoriana la figura procesal de la acción popular. La legitimación para accionar en inconstitucionalidad está consagrada en el artículo 185.1 texto que establece que las acciones en inconstitucionalidad pueden ser interpuestas por el Presidente de la República, una tercera parte de los senadores o de los diputados y por “cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido”. La presunción que se pretendía establecer mediante el citado artículo 28.2 del proyecto del ejecutivo, no estaba prevista en la Constitución, por lo que de haberse aprobado el texto, hubiéramos tenido una ley de desarrollo con un contenido que desbordaba sus límites.

Las controversias de mayor relevancia estuvieron vinculadas a la supresión del procedimiento de amparo contra actos jurisdiccionales y el previsto en relación a la revisión constitucional de las sentencias.

En el proyecto no solo se propuso el amparo contra actos jurisdiccionales, artículos 62, sino también un recurso de revisión constitucional de la sentencia, artículo 66.

Las previsiones anteriores fueron objeto de severas críticas, especialmente desde la Suprema Corte de Justicia, porque se entendía que la misma alargaría los procesos y generaría un choque entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional: “choque de trenes”. Estas predicciones fueron respondidas por destacados constitucionalistas, quienes entendían que el proyecto de ley era coherente en su totalidad con el nuevo sistema de justicia constitucional consagrado en la Carta Magna.

En medio del debate, desarrollado principalmente en las aulas universitarias, los periódicos y la televisión, el Senado de la República suprimió del proyecto tanto lo relativo al amparo contra actos jurisdiccionales como la revisión constitucional de las sentencias.

La aprobación hecha por el Senado en lugar de ponerle fin al debate le dio un impulso. De nuevo surgieron artículos en los periódicos a favor y en contra de los indicados temas. Igualmente fueron celebrados foros de debates por distintas instituciones académicas y científicas. Entre dichos foros destacó el propiciado por la Fundación Democracia y Desarrollo (FUNGLODE), celebrado el 13 de enero del 2011, y que tuvo una duración de seis horas¹⁸. En ocasión del referido debate surgió una comisión con la encomienda

18 Una reseña de la celebración de dicho foro fue hecha por el periódico “Diario Libre,” en los términos siguientes: En directo-UN DEBATE HISTÓRICO. “El debate propiciado por el presidente Leonel Fernández en la Fundación Global Democracia y Desarrollo queda grabado para la historia como un ejercicio democrático de participación, que refleja la madurez de los actores políticos del momento, a pesar de la excepcionalidad, que a fuerza de tozudez, se empecina en cavar la fosa de su propia tumba política con un ausentismo inexplicable. Histórico ha sido el debate por razones que pasamos a explicar: No se tienen noticias de que un presidente de la República, propiciador de la Constitución vigente, haya sido el propio promotor de un debate, que permite legitimar el carácter democrático de lo que dio origen a la nueva Carta Magna y, como dijo monseñor Agripino Núñez Collado, enaltece a quien lo alentó. La presencia de Su Eminencia Reverendísima Nicolás de Jesús Cardenal López Rodríguez, quien públicamente lo propuso, reconoce la confianza y voluntad política que tiene la sociedad y el sector eclesiástico en quien encarna el Poder Ejecutivo. En tiempos pretéritos, cuando otro poder político tuvo la oportunidad de alentar las reformas actuales, sin embargo, optó por la chapucería. Esos miedos sólo existen en quienes, desde una órbita política aparentemente sin rostro, tratan de desprestigiar el sistema de partidos políticos que, muy a su pesar, se fortalece en América Latina, como lo demuestra la encuesta Latinobarómetro de Las Américas. Otro aspecto que sirve para calificar de histórico aquel debate, tiene que ver con los actores convocados. Se trata de una selección no solo de los juristas que participaron en la redacción final del proyecto de reforma constitucional, sino de especialistas en la materia constitucional, con una calidad profesional, que

se evidenció en sus exposiciones, brindándonos a quienes no somos abogados, una cátedra sobre el constitucionalismo y sus orígenes. A todo el público que pudo seguirlo por los canales de televisión, sirvió de ejercicio pedagógico para conocer de su nueva Constitución, que pasa por un proceso de adecuación y aplicación. Con la aprobación de la Constitución no termina el proceso de reforma, sino que se inicia la adecuación y armonización con leyes adjetivas, pendientes de aprobación. Es decir, la Constitución, como todo en la vida es aún un proceso inconcluso. El debate en Funglode, iniciado por el dilecto amigo Milton Ray Guevara, estuvo a la altura de lo que espera la gente de su clase política. Pudimos disfrutar de la erudición de jurisconsultos como el doctor Marino Vinicio Castillo, el vicepresidente doctor Rafael Albuquerque, Eduardo Jorge Prats, Mariano Germán, Flavio Darío Espinal, Olivo Rodríguez Huertas, Servio Tulio Castaños Guzmán, Jotín Cury hijo, Julio César Castaños Guzmán, ex presidente de la Junta Central Electoral; Cristóbal Rodríguez, Víctor Joaquín Castellanos, Nassef Perdomo, José Manuel Hernández, Leyda Piña, el Ministro de la Presidencia, César Pina Toribio; el presidente del Senado, Reynaldo Pared Pérez; Tony Delgado, Josué Antino e Fiallo y el senador Julio César Valentín, exvicepresidente de la Asamblea que aprobó la Constitución. El dominio en la materia demostrado por el magistrado Hermógenes Acosta quedó también evidenciado. Otros destacados abogados y especialistas constitucionales estuvieron en el foro, que se llevó a cabo en Funglode, que no pudieron exponer sus criterios por falta de tiempo. No hay dudas de que el tema de la convocatoria, constituye un hecho sin precedentes en la historia democrática en la República Dominicana. El Tribunal Constitucional, por ser una experiencia nueva en el país, se convierte en un ejercicio de aprendizaje no solo para quienes somos neófitos en el tema, sino para aquellos abogados constitucionalistas que, con su participación, le dieron altura a los debates. Los puntos de vistas encontrados en torno a uno de los temas: La pertinencia de que el Tribunal Constitucional tenga la última palabra en relación a decisiones provenientes de los otros tres poderes del Estado, especialmente de sentencias conocidas por la Justicia. Los debates dejaron una percepción de que los participantes tienen un gran dominio de la jurisprudencia constitucional, de manera que no se puede albergar temor alguno de que sus resultados puedan ser negativos para la sociedad. La madurez con que se produjeron los debates nos dejan una gran enseñanza: No hay que apandillarse para arrojar dudas y temores que sólo existen en quienes observan la vida con pesimismo y negatividad cuando ellos no son los actores principales de la película. En otros eventos de la vida nacional, la población recuerda cómo temas tan serios han servido para la mofa y el ridículo por parte de los mismos actores que participaron en ellos. Sin embargo, en este caso no fue así. La solidez y el nivel de las exposiciones no dieron espacio a la mediocridad ni a las conjeturas sin fundamentos. Se puede estar de acuerdo o no con puntos de vistas, pero al propio tiempo, las reflexiones de todo el que hizo uso de la palabra tuvieron un fundamento doctrinario, que se inscribe en experiencias de otros países que adoptaron en su Constitución normas y criterios en relación a los temas en conflicto en República Dominicana. Para quienes hace dos años, la reforma a la Constitución promovida por el presidente Leonel Fernández constituía un tema fuera de contexto, hoy día, cuando se ven ante la realidad de la nueva Carta Magna, otros son los argumentos para querer desprestigiarla. Se pudiera objetar algún aspecto, porque toda obra humana es imperfecta, lo cual es válido y democrático aceptar, pero todos los que allí acudieron tienen la sana intención de mejorar su aplicación. Quienes se opusieron, en principio, alegando que no era el momento, ahora aducen argumentos politiqueros para tratar de disimular su derrota. La actual Carta Magna pasará a la historia como la de mayor participación, consulta y promoción. Hasta para su aplicación correcta con el tema del Tribunal Constitucional, el presidente Fernández alentó un debate televisado por los canales CERTV, Telemicro, canal 5, y Telemicro Internacional; Telecentro canal 13, canal 27 y Digital 15, así como por el portal de Funglode, lo que permitió a la población conocer las observaciones de cada uno de los actores, en una transmisión de casi cinco horas ininterrumpidas, lo que constituye un hito en esa materia. Antes, estas decisiones, se cocinaban en oficinas públicas, a espaldas del pueblo, pero ni siquiera eso se le quiere reconocer al presidente Leonel Fernández. ¡Que cachaza! La actual Carta Magna pasará a la historia como la de mayor participación, consulta y promoción”. De “Diario Libre”.

de hacer una propuesta a la Cámara de Diputados, órgano al cual había sido tramitado el proyecto aprobado por el Senado¹⁹.

Esta comisión celebró siete reuniones de trabajo en horarios de 4:00 p.m. a 7:00 p.m., los días 13, 18, 19, 20 y 25 de enero; 1 y 9 de febrero de 2011, con la finalidad de cumplir con la responsabilidad asumida. Dichas sesiones de trabajo estuvieron complementadas por un intercambio de ideas y reflexiones implementado vía el internet desde el 13 hasta el 9 de febrero del indicado año.

Las discusiones en las sesiones de trabajo estuvieron centradas en establecer un procedimiento que fuera coherente con el modelo de justicia constitucional consagrado en la Constitución recién aprobada y, en particular, que permitiera al Tribunal Constitucional unificar la jurisprudencia en materia constitucional, hacer efectivo el carácter vinculante de las decisiones constitucionales y garantizar la protección objetiva de los derechos fundamentales.

Para garantizar dicha unificación, en el artículo 277 de la Constitución se estableció el recurso de revisión constitucional de las sentencias definitivas e irrevocables. En efecto, conforme a dicho texto: “Todas las decisiones judiciales que hayan adquirido la autoridad de la Cosa irrevocablemente juzgada, especialmente las dictadas en el ejercicio del control directo de constitucionalidad por la Suprema Corte de Justicia, hasta el momento de la proclamación de la presente Constitución, no podrán ser examinadas por el Tribunal Constitucional y las posteriores estarán sujetas al procedimiento que determine la ley que rija la materia”.

En aplicación del referido texto la comisión elaboró una propuesta²⁰, la cual fue acogida por la Cámara de Diputados y refrendadas por el Senado, con una sola diferencia, que consistió en que una de las causales propuestas se refería a “la violación del contenido esencial del derecho fundamental” causal que fue cambiada por la siguiente “cuando haya violación a un derecho fundamental”.

19 La comisión estuvo integrada por el doctor Mariano Germán Mejía, coordinador, Cesar Pina Toribio, Víctor Joaquín Castellanos Pizano, Flavio Darío Espinal, Eduardo Jorge Prats, Olivo Rodríguez Huerta y Hermógenes Acosta, autor de este trabajo.

20 SECCIÓN CUARTA. DE LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS DECISIONES JURISDICCIONALES

Artículo 52.- Revisión constitucional de decisiones jurisdiccionales. El Tribunal Constitucional tendrá la potestad de revisar las decisiones jurisdiccionales que hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada con posterioridad al 26 de enero de 2010, fecha de proclamación y entrada en vigencia de la Constitución, en los siguientes casos: 1. Cuando la decisión declare inaplicable por inconstitucional una ley, decreto, reglamento, resolución u ordenanza. 2. Cuando la decisión viole un precedente del Tribunal Constitucional. 3. Cuando se haya producido una violación al contenido esencial de un derecho fundamental, siempre que concurren y se cumplan todos y cada uno de los siguientes requisitos: Que el derecho fundamental vulnerado se haya invocado formalmente en el proceso, tan pronto quien invoque la violación haya tomado conocimiento de la misma; Que se

El proyecto contempló el recurso de revisión constitucional contra las sentencias, sin embargo, nada previó respecto del procedimiento a seguir para el conocimiento de dicho recurso. Ante dicha imprevisión la Comisión formuló una propuesta con la finalidad de subsanar la misma. Esto, sin lugar a dudas, puede considerarse como el aporte más significativo.

En torno al amparo contra sentencia, la comisión no hizo propuesta, sin embargo, al incluir entre las causales de la revisión constitucional de la sentencia la violación de un derecho fundamental, el legislador convirtió la revisión constitucional contra las sentencias en una modalidad de amparo contra actos jurisdiccionales.

hayan agotado todos los recursos disponibles dentro de la vía jurisdiccional correspondiente y que la violación no haya sido subsanada; y Que la violación al derecho fundamental sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano jurisdiccional, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que dicha violación se produjo, sobre los cuales el Tribunal Constitucional no podrá revisar. Párrafo. La revisión por la causa prevista en el numeral 3 de este artículo sólo será admisible por el Tribunal Constitucional cuando éste considere que, en razón de su especial trascendencia o relevancia constitucional, el contenido del recurso de revisión justifique un examen y una decisión sobre el asunto planteado. El tribunal sólo estará obligado a motivar su decisión cuando admita el recurso.

Artículo 53. Procedimiento de revisión. El procedimiento a seguir en materia de revisión constitucional de las decisiones jurisdiccionales será el siguiente: El recurso se interpondrá mediante escrito motivado depositado en la secretaria del tribunal que dictó la sentencia recurrida, en un plazo no mayor de treinta días contado a partir de la fecha en que la sentencia haya adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada. El escrito contentivo del recurso se notificará a las partes que participaron en el proceso resuelto mediante la sentencia recurrida, en un plazo no mayor de cinco días contado a partir de la fecha de su depósito. El recurrido depositará el escrito de defensa en la secretaria del tribunal que dictó la sentencia, en un plazo no mayor de treinta días a partir de la fecha de la notificación del recurso. El escrito de defensa será notificado al recurrente en un plazo de cinco días contado a partir de la fecha de su depósito. El tribunal que dictó la sentencia recurrida remitirá a la secretaria del Tribunal Constitucional copia certificada de ésta, así como de los escritos correspondientes, en un plazo no mayor de diez días contado a partir de la fecha de vencimiento del plazo para el depósito del escrito de defensa. Las partes ligadas en el diferendo podrán diligenciar la tramitación de los documentos anteriormente indicados, en interés de que la revisión sea conocida con la celeridad que requiere el control de la constitucionalidad. El Tribunal Constitucional dispondrá de un plazo no mayor de treinta días, a partir de la fecha de recepción del expediente, para decidir sobre la admisibilidad del recurso. En caso de que decida admitirlo deberá motivar su decisión. La revisión se llevará a cabo en Cámara de Consejo, sin necesidad de celebrar audiencia. La sentencia de revisión será dictada por el Tribunal Constitucional en un plazo no mayor de noventa días contado a partir de la fecha de la decisión sobre la admisibilidad del recurso. El recurso no tiene efecto suspensivo, salvo que, a petición de parte interesada, el Tribunal Constitucional disponga expresamente lo contrario. La decisión del Tribunal Constitucional que acogiere el recurso anulará la sentencia objeto del mismo y devolverá el expediente a la secretaria del tribunal que la dictó. El tribunal de envío conocerá nuevamente del caso, con estricto apego al criterio establecido por el Tribunal Constitucional en relación al contenido esencial del derecho fundamental violado o a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada por la vía difusa.

En conclusión, la Ley No.137-11 consagra la revisión constitucional de las sentencias. Este recurso es un mecanismo que permite unificar la jurisprudencia constitucional y hacer eficaz el carácter vinculante de las decisiones constitucionales; por otra parte, es una modalidad de amparo contra sentencia, ya que procede cuando se alegue la violación a un derecho fundamental.

II. El proceso de amparo

En la Ley 137-11 se contemplan el procedimiento de amparo ordinario y varios procedimientos especiales o particulares. A cada uno de estos procedimientos me referiré en los párrafos que siguen.

A. El procedimiento ordinario de amparo

6. Los derechos protegidos vía del amparo

En el artículo 72 de la Constitución se establece que: “Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por si o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de toda autoridad pública o de particulares, para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo, para garantizar los derechos e intereses colectivos y difusos”.

El texto transcrito en el párrafo anterior es bastante abierto, incluye en el objeto del amparo a todos los derechos fundamentales, salvo el derecho a la libertad individual por estar protegida vía el hábeas corpus, aspecto este último que resulta obvio, ya que no es razonable que un mismo derecho cuente con una doble protección.

De manera que el constituyente no hace una enumeración de los derechos protegidos, tendencia que es tradicional, ya que la legislación anterior tampoco lo hacía.

La apertura del amparo para los casos de incumplimiento de una ley o acto administrativo y para la protección de los derechos e intereses difusos constituye una importante novedad, ya que dichas violaciones ocurren con mucha frecuencia²¹.

21 Un caso preocupante es el de la ley No. 19-2001 del 1 de febrero del 2001 1que instituye el defensor del pueblo. Hasta la fecha el órgano no está funcionando, porque la Cámara de Diputados no ha presentado una terna al senado para que sea designada la persona que dirigirá el mismo. Igual situación se presenta en los casos en que determinadas leyes requieren de un reglamento para garantizar su correcta aplicación, es lo que está ocurriendo con la ley de migración No. 285-04, del 15 de agosto del 2004, la cual de manera expresa consagra que debe dictarse un reglamento para facilitar su aplicación. Han pasado casi siete años y el reglamento no ha sido dictado.

7. Causales de inadmisión y actos susceptibles de la acción de amparo

La Ley 137-11 prevé las causales de inadmisibilidad en el artículo 70, texto que establece que: “El juez apoderado de la acción de amparo, luego de instruido el proceso, podrá dictar sentencia declarando inadmisibile la acción, sin pronunciarse sobre el fondo, en los siguientes casos: 1) Cuando existan otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental invocado; 2) Cuando la reclamación no hubiese sido presentada dentro de los sesenta días que sigan a la fecha en que el agraviado ha tenido conocimiento del acto u omisión que le ha conculcado un derecho fundamental; 3) Cuando la petición de amparo resulte notoriamente improcedente.”

El indicado texto es el equivalente al artículo 3 de la ley anterior, solo que agrega la obligación de instruir el proceso antes de declarar la inadmisión, requisito que no era necesario establecer, al menos para las dos primeras causales, ya que el juez no puede, en ninguna materia, acoger un medio de inadmisión sin escuchar los alegatos de las partes.

Merece igualmente destacar, que en la legislación actual, continuando con la tendencia de la anterior, se establece como causal de inadmisión el hecho de que la acción fuera “(...) notoriamente improcedente, a juicio del juez apoderado”. De esta forma el legislador contrarió el lineamiento trazado por la Suprema Corte de Justicia en la referida sentencia del 24 de febrero de 1999, ya que conforme a la misma, el juez podía ordenar, mediante auto, el archivo definitivo de la acción cuando la misma tuviera la característica anterior, es decir, que fuera notoriamente improcedente.

El texto objeto de análisis refleja una evidente desconfianza en el juez de amparo, en lo que concierne al dominio sobre la materia y, particularmente, al compromiso con la salvaguarda de los derechos fundamentales. Lo que se advierte, en efecto, es el temor a que el juez pueda declarar inadmisibile acciones bien fundamentadas, situación que se pretende evitar requiriendo la instrucción del proceso, de manera tal que el accionante tenga la oportunidad de defender la procedencia de la acción.

Entendemos que la referida facultad debió mantenerse, aunque se permitiera que el auto que ordenare el archivo definitivo fuera susceptible de recurso. La acción de amparo es una garantía prevista para casos excepcionales y, en particular, para situaciones en las cuales exista una incuestionable urgencia y el ordenamiento jurídico no cuente con otros mecanismos idóneos para remediar la situación de que se trate. Esta particularidad del proceso de amparo es lo que explica que se presenten acciones de amparo notoriamente improcedentes que no ameritan el agotamiento del proceso contradictorio, casos en los cuales conviene que el juez pueda declararlas inadmisibles, sin necesidad de instruir el proceso.

No debemos perder de vista que el proceso tiene un costo para el Estado y para las partes, por lo que, no es razonable instruir un proceso notoriamente improcedente.

En ordenamientos jurídicos de países que tienen una larga tradición en materia de protección de derechos fundamentales, el legislador reconoce al juez de amparo la facultad que el legislador dominicano le niega mediante la Ley 137-11²².

a) Existencia de otras vías judiciales que permitan de manera efectiva obtener la protección del derecho fundamental violado o amenazado

Esta causal de inadmisión es probablemente la más polémica, porque no resulta fácil establecer si en la legislación ordinaria existe o no un mecanismo que pueda sustituir la acción de amparo. En el análisis de admisibilidad, el juez debe tener en cuenta tanto las características de la vulneración que se pretende resolver como las del procedimiento ordinario considerado igualmente eficaz.

En sentido general, para que el mecanismo previsto en el derecho común sea eficaz debe garantizar una respuesta en un tiempo razonable y la posibilidad de dictar medidas cautelares si estas fueren necesarias. En torno al tema Hernández Valle²³ sostiene que “La correcta inteligencia de este requisito es que los procesos ordinarios sean claramente insuficientes para tutelar el derecho del recurrente, porque dentro de ello no existe la posibilidad de dictar medidas precautorias que suspendan la ejecución de los efectos perjudiciales al derecho tutelado o que sean tan tardíos que la violación se vuelve irreversible.”

La causal que analizamos requiere de un tratamiento prudente. Un exceso de garantismos puede convertir la institución del amparo en un procedimiento ordinario,

22 En el derecho comparado existen muchas legislaciones que facultan al juez de amparo a declarar inadmisibile la acción, sin necesidad de instruir el proceso. En este orden, el artículo 47 del Código Procesal Constitucional peruano permite al juez de amparo declarar inadmisibile la demanda de amparo, cuando la considere manifiestamente improcedente, a condición de que motive su decisión. Véase Domingo García Belaunde y Gerardo Eto Cruz, “El proceso de amparo en el Perú”, p.p. 619-620. Trabajo que aparece en la obra colectiva titulada *El amparo en el Mundo* publicada bajo la coordinación de Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Universidad Autónoma de México, Editorial Porrúa y Konrad-Adenauer-Stiftung, México 2006. Según el artículo 3 de la ley 16986 “Si la acción fuere manifiestamente inadmisibile, el juez la rechazará sin sustanciación, ordenando el archivo de las actuaciones”. Según Néstor Pedro Sagués, el indicado precepto es, al mismo tiempo muy importante, y peligroso. Sostiene el autor, en este mismo sentido, que el juez está en la obligación de examinar in limini litis la acción de amparo antes de declararla notoriamente improcedente sin analizar el fondo. (Véase Néstor/ Pedro Sagues, Compendio de Derecho Procesal Constitucional p.p. 492-495).

23 Hernández Rubén, “El recurso de amparo en Costa Rica”, pp.280 Trabajo publicado en la obra colectiva titulada *El amparo en el Mundo*, bajo la coordinación de Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Universidad Autónoma de México, Editorial Porrúa y Konrad-Adenauer-Stiftung, México 2006.

con lo cual se desnaturalizaría; pero el juez también debe cuidarse del otro extremo y no declarar inadmisibles las acciones de amparo por el simple hecho de que en el derecho común exista un procedimiento alternativo, sin tomar en cuenta si a través de éste el agraviado puede obtener una respuesta satisfactoria. Si el juez incurre en el primero de los extremos puede generar un caos en la administración de justicia; mientras que si incurre en el segundo se tipifica la denegación de justicia.

En este orden, nos identificamos con la posición asumida por Néstor Pedro Sagüés²⁴, autor que afirma que: “el empleo de esta especialísima acción requiera de una madurez particular en jueces y letrados, pues se desnaturaliza el amparo tanto utilizándolo para el planteo de cualquier litis, como rechazándolo siempre, arguyendo que hay vías judiciales o administrativas para el caso litigioso.”

Lo difícil es determinar cuándo existe un procedimiento ordinario con las características suficientes para sustituir el de amparo. El mismo autor considera que la directriz más clara para resolver el problema quizás lo traza la jurisprudencia cuando señala que el amparo es viable, aun habiendo otros procedimientos legalmente previstos, cuando el empleo ordinario de estos, según las características del problema pudiera ocasionar un daño grave e irreparable, es decir, cuando se corra el riesgo de brindar al recurrente una protección judicial, pero posterior a su ruina, tornándose así ilusoria la resolución que en definitiva se dicte²⁵.

La Suprema Corte de Justicia²⁶, actuando en funciones de Tribunal Constitucional, sin embargo, considera que corresponde al accionante demostrar que el amparo es la única vía que puede garantizar una protección efectiva; no compartimos este criterio, porque se invierte la lógica procesal aplicable en la materia, en razón de que es el juez de amparo quien debe establecer la existencia de un procedimiento ordinario eficaz y sustituto del amparo para justificar la inadmisión de la acción²⁷. Esta última tesis es la que el Tribunal Constitucional considera compatible con el artículo 70.1 de la Ley 137-11; en efecto, en la sentencia TC-0030-12, dictada el 3 de agosto de 2012, fue declarada inadmisibles las acciones de amparo mediante las cuales se pretendía anular un mandamiento de pago notificado en ocasión del cobro de impuestos municipales, en el entendido de que se trataba de una materia que debía ser conocida por el tribunal

24 SAGÜÉS, Néstor Pedro, ob.cit.,p.461.

25 SAGÜÉS, Néstor Pedro, ob. cit. p.p.461-462

26 Para la fecha en que se dictó la indicada sentencia los jueces del Tribunal Constitucional no habían sido elegidos, a pesar de que dicho tribunal debió estar funcionando desde el 26 de enero de 2011, en aplicación de lo que establece la segunda disposición transitoria de la Constitución de 2010. En este sentido correspondía a la Suprema Corte de Justicia conocer los recursos de revisión constitucional contra las sentencias de amparo y las demás materias cuya competencia corresponden a dicho tribunal, en aplicación de lo que dispone la tercera disposición transitoria de la Constitución.

27 Véase página 10 de la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia, el 21 de septiembre del 2011. Se trata de la primera sentencia dictada después de la entrada en vigencia de la ley 137 -11.

de primera instancia actuando en atribuciones contencioso tributaria, en aplicación del artículo 3 de la Ley 13-07, del 5 de febrero.

El Tribunal Constitucional descartó la vía del amparo, porque la anulación del referido mandamiento de pago implicaba determinar si la deuda de los impuestos municipales existía o no, cuestión que no era posible analizar a profundidad siguiendo el procedimiento sumario del amparo. Por otra parte, la decisión se sustentó en que el tribunal de primera instancia tenía, actuando en las atribuciones indicadas, la facultad de suspender la ejecución del indicado mandamiento. Cabe destacar, en este mismo orden, que dicho tribunal no sólo tenía la competencia para suspender, sino que, además, la suspensión se producía de pleno derecho desde el momento que se hacía la solicitud en ese sentido. Esta última ventaja no se podía obtener siguiendo el procedimiento de amparo, de manera que la vía indicada ofrecía una mayor eficacia, elemento este que es relevante, ya que según el mencionado artículo 70.1, basta con que la vía señalada por el juez tenga la misma eficacia que el amparo.

b) El plazo para accionar como causal de inadmisión

Este aspecto del proceso siempre ha generado polémica. Esencialmente, porque se considera que establecer un plazo para accionar en amparo choca con la naturaleza de los derechos fundamentales, los cuales constituyen el objeto de dicha acción.

Durante la vigencia del procedimiento pretoriano, en el cual se establecía un plazo de 15 días para accionar, hubo un sector de la doctrina que cuestionó la procedencia de dicho plazo, ya que consideraba que “someter a un plazo corto un asunto fundamentado en violaciones de carácter constitucional es contraponer la fuerza del tiempo con sus fines, pues hay que recordar que no persigue el reconocimiento a derechos subjetivos, sino que se crea para proteger la arbitrariedad y el abuso de poder en garantía de los derechos humanos en su esencia imprescriptibles; aspecto que bien puede valorar el juez apoderado, sin dejar de observar los méritos de la seguridad jurídica”²⁸.

Entendemos que dicho plazo era muy breve y, en ese sentido, compartimos la posición asumida por la doctrina. Ciertamente, si tomamos en cuenta las previsiones que al respecto consagra otra legislación, llegamos a la conclusión de que aquel plazo no era razonable²⁹. Sin embargo, pensamos que el carácter imprescriptible de los derechos fundamentales no debe incidir o constituir un obstáculo para que se establezca un plazo relativamente corto para accionar.

28 ORDÓÑEZ SOLÍS, David, ob. cit. Pág. 285

29 El artículo 2.e de la ley No. 16.986 del 18 de octubre de 1966 que regula el amparo en argentina, establece que la acción de amparo debe interponerse, a pena de inadmisibilidad, dentro de los 15 días hábiles a partir de la fecha en que el acto se ejecutó o debió ejecutarse. Parece que fue esta legislación la que sirvió de referencia a los magistrados que redactaron la sentencia. Respecto de dicho plazo

El procedimiento de amparo es excepcional y muy especial, previsto para resolver casos de extrema urgencia. Cuando a una persona le violan un derecho fundamental requiere de una respuesta rápida y urgente. De manera que lo normal es que accione inmediatamente y no deje transcurrir mucho tiempo. Si no acude en un plazo breve ante el juez de amparo es porque no tiene urgencia y debe presumirse que ha decidido acudir a los mecanismos previstos en el derecho común.

El fundamento expuesto en el párrafo anterior está sustentado en un criterio de la jurisprudencia argentina compartido por Néstor Pedro Sagüés³⁰.

Importante es tener en cuenta que cuando queda cerrada la vía de amparo, por no haberse accionado dentro del plazo breve previsto por la ley, en modo alguno la arbitrariedad queda subsanada o impune, ya que la víctima puede acudir o hacer uso de los mecanismos previstos en el derecho común. En realidad, lo que se pierde con el agotamiento del plazo previsto por el legislador es la posibilidad de beneficiarse de un procedimiento sumario y expedito.

El plazo previsto en el artículo 70.2 de la ley 137-11 es de sesenta días, por lo que dicha previsión nos parece razonable. Este plazo comienza a correr, según el indicado texto, a partir de la fecha que el agraviado haya tenido conocimiento del acto u omisión que le ha conculcado un derecho fundamental.

Un aspecto que conviene destacar es que el legislador no distinguió los derechos fundamentales extrapatrimoniales de los patrimoniales al momento de establecer el punto de partida del referido plazo, distinción que reviste importancia, ya que la naturaleza de ambos tipos de derecho difiere. La imprevisión legislativa indicada puede ser, obviamente, subsanada por la vía pretoriana.

José Luis Lazzarini sostiene que: “Estamos de acuerdo con la fijación de un plazo para iniciar la acción de amparo, pero nos parece que los 15 días establecidos por la ley, son insuficientes, ya que no guarda relación entre la rapidez del procedimiento sumarísimo del amparo y el largo trámite de los procedimientos ordinarios. Estimamos que 60 días hábiles, es el plazo razonable para iniciar la acción de amparo. (José Luis Lazzarini, *El Juicio de Amparo*, p.152. editorial la Ley, S.A. Buenos Aires, 1987). En la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica se establece que la acción de amparo se puede interponer en cualquier tiempo mientras subsista la violación y dos meses después de haber cesado. Sin embargo, cuando el derecho alegadamente violado sea puramente patrimonial o cuando su violación pueda ser, por su naturaleza, válidamente consentida, debe ser interpuesta dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que el perjudicado tuvo noticia fehaciente de la violación y estuvo en posibilidad legal de interponer el recurso. El Código procesal constitucional peruano establece en su artículo 44 que la demanda en amparo debe interponerse dentro de los 60 días hábiles a partir de la violación, a condición de que la víctima tenga conocimiento de la violación y esté en condiciones de demandar.

30 SAGÜÉS, Néstor Pedro, ob. cit. p. 482.

c) Acciones notoriamente improcedentes

La determinación de la existencia de esta causal de inadmisión dependerá del buen juicio del tribunal. En efecto, establecer si una acción de amparo es notoriamente improcedente es una potestad que debe ejercer el juez de manera casuística y que, obviamente, debe hacer con la responsabilidad que amerita el tratamiento de la acción de amparo, mecanismo que juega un papel importante en un sistema democrático.

La tarea del juez es complicada, porque la expresión “notoriamente improcedente” es muy vaga y abierta. Resulta difícil establecer reglas de aplicación general que le permitan al juez detectar cuáles casos son notoriamente improcedentes. Sin embargo, es incuestionable que cuando se advierta que el objeto de la acción de amparo examinada no sea un derecho fundamental, el juez no debe dudar en declararla inadmisibile o cuando no se haya aportado la prueba de la existencia del acto o la omisión cuestionada. Además de las indicadas hipótesis existen otras reveladoras de la improcedencia de la acción de amparo.

8. Las decisiones jurisdiccionales

Hasta la entrada en vigencia de la actual legislación, en nuestro ordenamiento se prohibía, de manera expresa, la acción de amparo contra las decisiones jurisdiccionales.

En la ley vigente se eliminó el procedimiento particular de amparo contra actos jurisdiccionales que se consagraba en el proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo; sin embargo, nos parece que el mecanismo de revisión constitucional de las sentencias puede considerarse como una modalidad de amparo contra sentencias, porque una de las causas que justifican dicho recurso es la violación por parte del tribunal ordinario de un derecho fundamental.

El tema es bastante controversial y la realidad es que existen ordenamientos en los cuales se prohíbe la acción de amparo contra decisiones jurisdiccionales, como es el caso, por ejemplo, del sistema costarricense³¹, el argentino³² y el colombiano³³. En

31 Según el artículo 30.b de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica el recurso de amparo no procede “Contra resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial”. Según Hernández Valle, el referido texto es contrario a la Constitución de su país, la misma sólo prohíbe la acción en inconstitucionalidad contra actos jurisdiccionales, no así el recurso de amparo. En relación al indicado texto legal se promovió una acción en inconstitucionalidad, la cual fue rechazada mediante el voto 2277-92, dictado en el año 1992 por la Sala Constitucional. Entre los argumentos de dicho voto destaca el siguiente: “... el ejercicio de la judicatura debe estar en manos de personas que por su conocimiento, rectitud y experiencia están en la obligación de respetar y hacer respetar el derecho de la Constitución”. Hernández Valle responde a este argumento indicando que “Aunque los jueces están en la obligación de respetar el derecho de la Constitución con bastante frecuencia lo violan, no de manera intencional, sino más bien por interpretaciones erróneas y aplicaciones indebidas”. Véase HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, ob. cit., p.269.

México, por el contrario, pueden impugnarse mediante la acción de amparo todas las decisiones judiciales dictadas en el país por los jueces locales como por los federales y las distintas materias, porque dicho amparo funciona como una especie de casación³⁴. En el sistema peruano se admite la acción de amparo contra actos jurisdiccionales, pero sólo se revisan vicios procesales, de manera que el juez de amparo no examina las cuestiones de fondo resueltas mediante la sentencia cuestionada³⁵.

Como se observa, importantes sistemas de justicia mantienen en la actualidad la prohibición de la acción de amparo en lo que respecta a las decisiones jurisdiccionales; de manera que se trata de una cuestión de opción de modelo. En este orden, entendemos que la fortaleza de un sistema de justicia constitucional no puede medirse partiendo del hecho de que exista o no amparo contra dichos actos.

-
- 32 El artículo 2.b de la ley 16.986 que regula el amparo en Argentina, prohíbe la acción de amparo contra actos emanados de un órgano del Poder Judicial. Según Bidart Campos, citado por Néstor Pedro Sagüés, la prohibición del amparo contra sentencia “...puede criticarse como carente de razonabilidad; se trata de un criterio legislativo que, aún de no ser compartido, tiene validez suficiente”. (Véase Sagüés, ob. cit. p.469). Mientras que para Néstor Pedro Sagüés, el amparo no nace de la ley ordinaria sino de la Constitución. Entiende que el amparo debe proceder contra actos dictados por órganos del Poder Judicial, cuando no existan otros remedios o trámites procesales eficaces para reparar el derecho vulnerado. Igualmente, el autor considerara que si permitiera la acción, por razones de seguridad jurídica, debería ser competente el tribunal de grado superior en relación al que dictó el acto objeto de amparo. “Lo contrario sería introducir una anarquía tribunalicia quizás más lamentable que el daño que el amparo procura reparar” (Sagüés, Néstor Pedro, ob. cit. p.469).
- 33 En Colombia, la Corte Constitucional inconstitucional declaró, mediante la sentencia No. C-543 del 1 de octubre de 1992, inconstitucional los artículos 11 y 12 del decreto No.2591 del 19 de noviembre de 1991. Mediante este decreto se reglamentó el artículo 86 de la Constitución, relativo a la tutela de tutela. En los referidos artículos se incluyó en el objeto del amparo los actos jurisdiccionales. Posteriormente la misma Corte Constitucional mediante la sentencia No. T-683, del 17 de agosto del 2006, admitió la acción de tutela contra actos jurisdiccionales a condición de que se probara una violación flagrante a la Constitución.
- 34 Los tribunales competentes son los tribunales colegiados de circuito, “que en la actualidad pueden considerarse como organismo judiciales de casación. Lo que explica que en el sistema mexicano sean susceptibles de amparo todas las sentencias es que en dicho sistema la Suprema Corte de Justicia ya no es una Corte de casación, sino un Tribunal Constitucional. En este sentido el amparo contra decisiones jurisdiccionales funciona como una modalidad de casación y los tribunales colegiados de circuito, que son los que conocen de dicho recurso en única instancia, se consideran como organismo judiciales de casación”.(Véase Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “El derecho de amparo en México, p.474. Trabajo publicado en la obra colectiva titulada *El amparo en el Mundo*, bajo la coordinación de Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Universidad Autónoma de México, Editorial Porrúa y Konrad-Adenauer-Stiftung, México 2006) Después de la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994, el número de integrante de la Corte Suprema de Justicia Mexicana se redujo de 26 a 11 y en materia de competencia, conoce esencialmente de tres procesos: acción abstracta en inconstitucionalidad, controversia constitucional (conflictos de competencias o de atribución entre órganos y poderes del Estado y el juicio de amparo). Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Juicio de Amparo y Derecho Procesal Constitucional*, p.187. Santo Domingo, República Dominicana, mayo 2010.
- 35 Véase al respecto el artículo 4 del Código Procesal Constitucional del Perú.

Nos inclinamos por la línea jurisprudencial de la Sala Constitucional de Costa Rica, tribunal que considera conforme con la Constitución la prohibición de la acción de amparo contra actos jurisdiccionales. Entendemos que la tesis es correcta, porque todos los jueces de los sistemas son garantes de los derechos fundamentales y de la supremacía de la Constitución, sobre todo en nuestro sistema, en razón de que el control difuso de constitucionalidad existe desde hace más de un siglo y, además, los jueces ordinarios son los mismos que conocen la materia de amparo.

Los partidarios de controlar las decisiones de los jueces vía la acción de amparo, se fundamentan en que también el juez puede violar los derechos fundamentales de manera deliberada o por la comisión de errores al momento de interpretar los hechos y el derecho. Estamos de acuerdo con el argumento expuesto; sin embargo, no podemos perder de vista que el derecho común prevé los mecanismos y remedios procesales para hacerle frente a las decisiones que no se correspondan con el derecho aplicable. Nos referimos, obviamente, a los recursos.

9. Actos que declaran el estado de excepción

Los denominados actos políticos o actos de gobierno, tradicionalmente han estado fuera de control judicial, aunque esta limitación ha venido desapareciendo con el tiempo, hasta tal punto que actualmente son muy pocos los actos de este género que no se controlan judicialmente.

La ley anterior prohibía el amparo contra los actos que declaraban el estado de excepción, por considerarlo de naturaleza política. Esta prohibición fue cuestionada por la doctrina, en el entendido de que los mismos debían ser controlados, con la finalidad de determinar el nivel de racionalidad y proporcionalidad y evitar de esta forma restricciones a las libertades públicas y a los derechos fundamentales más allá de lo necesario³⁶.

La indicada prohibición desapareció, ya que en el párrafo del artículo 72 de la Constitución establece que: “Párrafo. Los actos adoptados durante los Estados de Excepción que vulneren derechos protegidos que afecten irrazonablemente derechos suspendidos están sujetos a la acción de amparo”.

Entendemos que el texto constitucional transcrito anteriormente es positivo, porque las posibilidades de que se restrinjan las libertades públicas y los derechos fundamentales más allá de lo estrictamente necesario son reales situaciones que ya pueden resolverse vía la acción de amparo.

36 Pellerano Juan Manuel, “El amparo Constitucional”, *Revista Estudios Jurídicos*, volumen I, No. 3, setiembre-diciembre 2001, ob. cit. pp.142-143.

Con esta previsión nuestro sistema de justicia constitucional se fortalece, ya que, como lo indica Rubén Hernández³⁷, “(...) al permitirse que el recurso de amparo sea un contralor, de carácter constitucional, sobre los denominados actos de gobierno, se va estrechando el círculo de inmunidades del poder público (...)”.

No puede perderse de vista, sin embargo, que cuando el Poder Ejecutivo o el Legislativo decide declarar el Estado de excepción actúan en ocasión de situaciones gravísimas y, en este sentido, gozan de una amplia discrecionalidad, de manera que el juez de amparo debe cuidarse de no invadir las potestades constitucionales de estos Poderes. Sin embargo, lo anterior no puede llevarnos a sostener, como lo advierte Néstor Pedro Sagüés³⁸ “que (...) en el ejercicio de tal autoridad, el Poder Ejecutivo y el Legislativo se encuentran eximidos de control. Dicho en otros términos, cuando una Cámara, un Congreso, o un Poder Ejecutivo, cumple una facultad propia, deben hacerlo de acuerdo con la Constitución, y no contra ella; o, cuando ejercen una facultad amplia, deben hacerlo discrecional, no arbitrariamente”.

10. Los sujetos legitimados

a) Sujetos activos

La legitimación para accionar en justicia corresponde, como regla general, al titular del derecho. En materia de amparo se aplica el principio anterior, aunque con una atenuación cuando se trate de determinados derechos fundamentales, casos en los cuales no sólo el afectado directo puede accionar.

En efecto, según el artículo 69 de la ley, “Las personas físicas o morales están facultadas para someter e impulsar la acción de amparo, cuando se afecten derechos o intereses colectivos y difusos.” Como se observa, cuando se trate de reclamar los derechos indicados, no sólo está legitimada la persona que resulte afectada directamente, sino cualquier persona física o moral. De manera que estamos en presencia de una especie de acción popular.

La apertura prevista por el legislador se justifica, porque dichos derechos están previstos para beneficiar a la totalidad de la sociedad o, al menos, a un amplio sector de la sociedad. En efecto, cuando por acción u omisión se vulnera un derecho o interés colectivo o difuso es la sociedad o un amplio sector de ella la que se perjudica.

Una previsión muy relevante es la del artículo 68 de la ley, conforme a la cual el defensor del pueblo está legitimado para accionar en amparo para salvaguardar los

37 HERNÁNDEZ, Rubén, “El recurso de amparo en Costa Rica”, pp.261. Trabajo publicado en la obra colectiva titulada *El amparo en el Mundo*, bajo la coordinación de Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Universidad Autónoma de México, Editorial Porrúa y Konrad-Adenauer-Stiftung, México 2006.

38 SAGÜÉS, Néstor Pedro, ob. cit. p.488.

derechos fundamentales de las personas y los intereses colectivos y difusos previstos en la Constitución y en la ley³⁹. Nos parece que esta legitimación es positiva y va a contribuir a dinamizar el amparo, en la medida que el órgano cumpla con sus funciones y especialmente si desarrolla una campaña de concienciación y actúa con diligencia cuando reciba una denuncia de violación de un derecho fundamental.

b) Sujeto pasivo

El demandado en esta materia puede ser una autoridad pública o un particular, ya que tanto en el artículo 72 de la Constitución como el 65 de la Ley 137-11 establecen que el amparo procede contra las omisiones o los actos atribuibles a una autoridad pública o a un particular.

Cuando la demandada es una autoridad pública es importante determinar a quién debe notificarse la misma, al respecto la ley no tiene previsiones, razón por la cual debe aplicarse el derecho común sobre la materia.

En este orden, según el artículo 13 de la Ley 1486 del 28 de marzo de 1938, el Estado debe ser notificado en manos del Procurador General de la República. Esta previsión nos parece obsoleta y carente de eficacia, en razón de que la entidad pública que cometió la arbitrariedad está en mejores condiciones de defenderse y, en tal sentido, es a ella a quien debe hacerse la notificación independientemente de que tenga o no personalidad jurídica.

c) Participación de los terceros en el proceso

La Ley 137-11 contempla el recurso de tercería, mediante el cual los terceros pueden recurrir la sentencia de amparo. En efecto, según el artículo 94, contra la sentencia de amparo procede el recurso de revisión constitucional y el de tercería. Sin embargo, nada prevé la ley respecto de la participación de los terceros.

Ante la existencia de dicha laguna normativa procede aplicar el derecho común⁴⁰, aunque es pertinente, como lo indica Néstor Pedro Sagüés⁴¹, que dicho derecho se adecúe y armonice con la naturaleza del procedimiento de amparo.

39 El defensor del pueblo estuvo originalmente previsto en la ley 19-01, del 1 de febrero del 2001 y ahora también en los artículos 190, 191 y 192 de la Constitución. Lamentablemente y a pesar de que la institución del defensor del pueblo más de 10 años que existe en el ordenamiento jurídico dominicano, todavía no se ha puesto en funcionamiento.

40 En los artículos 339, 340 y 341 del Código de Procedimiento Civil Dominicano se prevé todo lo relativo a la intervención de un tercero en un proceso. Conforme a la doctrina la intervención puede ser voluntaria o forzosa, en el primer caso el tercero se involucra en el proceso por iniciativa propia y en el segundo una de las partes es la que toma la iniciativa para que el tercero participe. Sin embargo, en nuestro ordenamiento no se prevé la participación del tercero por iniciativa del juez.

41 SAGÜÉS, Néstor Pedro, ob. cit. p. 523.

Los terceros tienen derecho a involucrarse en el proceso en aquellos casos en que el acto cuestionado le beneficie y, en consecuencia, tengan interés en que se mantenga o cuando, por el contrario, tenga interés, al igual que el accionante, en que el acto objeto de la acción sea revocado.

Ciertamente, la referida imprevisión debe suplirse con la normativa del derecho común, ya que de lo contrario se crearía una situación de indefensión, hipótesis que es intolerable en un sistema social y democrático de derecho como el que se consagra en la Constitución vigente; además de lo anterior, facilitar la intervención de un tercero en un proceso cuando sea pertinente evita abrir un procedimiento nuevo y generado por un eventual recurso de tercería.

11. La competencia

En materia de competencia la Ley 137-11 mantiene los elementos esenciales de la ley anterior, al tiempo que la mejora sustancialmente. La competencia sigue siendo del tribunal de primera instancia y en los lugares que dicho tribunal esté dividido en salas, corresponderá conocer la acción a la sala cuya atribución sea más afín con la naturaleza del derecho alegadamente vulnerado, según lo dispone el artículo 72.

Un aspecto que se mantiene es el relativo a que el juez no puede declararse incompetente de oficio en razón del territorio, bajo pena de denegación de justicia. Otra es la situación cuando se refiere a la competencia en razón de la materia, caso en el cual si puede hacerlo de oficio, por tratarse de un asunto de orden público. El cambio introducido por la nueva legislación es, evidentemente, positivo. No menos importante es el hecho de que se prohíbe al juez de envío declararse incompetente

Otro cambio positivo consiste en que se establece de manera expresa en el párrafo IV del artículo 72 que las cuestiones de competencia deben resolverse en la misma audiencia que se plantean o en su defecto en un plazo no mayor de tres días. En este mismo orden, se establece que dicha decisión está sometida a un recurso diferido, en el sentido de que no puede ser recurrida separadamente, sino con la sentencia de fondo. Estas previsiones, sin duda, garantizan la celeridad del proceso, porque desincentivan a quienes utilizan la excepción de incompetencia, a pesar de estar conscientes de que el tribunal tiene actitud legal para conocer de la acción y con la deliberada intención de entorpecer el desarrollo normal del procedimiento y ganar tiempo.

También se mejora la normativa anterior al atribuir en el artículo 75 competencia exclusiva a la jurisdicción contenciosa administrativa, cuando la acción de amparo tenga por objeto un acto o una omisión de la administración pública. Se trata de una previsión muy pertinente, porque dicha jurisdicción es la más idónea para conocer de la referida acción de amparo, tomando en cuenta la afinidad existente con sus atribuciones ordinarias. Sin embargo, tiene el grave inconveniente de que los

tribunales contencioso administrativos de primera instancia, previstos en el artículo 164 de la Constitución, no han sido puestos en funcionamiento.

Ante tal situación, la aplicación del referido artículo 75 desnaturalizaría la acción de amparo, ya que sólo existe un Tribunal Superior Administrativo en todo el país, realidad que impide instruir un proceso con la agilidad requerida por el artículo 25.1 de la Convención Americana y el 72 de la Constitución.

El legislador tenía, ante la situación indicada anteriormente, dos alternativas: establecer que mientras permaneciera dicha situación el Tribunal Superior Administrativo sería el único competente en todo el país o atribuir competencia, de manera transitoria, a los tribunales de primera instancia de las provincias.

Afortunadamente el legislador adoptó la segunda alternativa, ya que la implementación de la primera implica una concentración perniciosa, en la medida que las víctimas de arbitrariedades en la materia estarían obligadas a trasladarse al Distrito Nacional a reclamar justicia.

En efecto, conforme a la disposición transitoria primera de la Ley 137-11, los actos u omisiones cometidos por autoridad municipal distinta a la del Distrito Nacional y los municipios y distritos municipales de la provincia de Santo Domingo pueden ser cuestionados, vía la acción de amparo, por ante el tribunal de primera instancia del municipio correspondiente. Mientras que, en la disposición transitoria segunda de la misma ley se establece que cuando el acto o la omisión cuestionada vía amparo emane de una autoridad administrativa nacional que tenga su sede en un municipio, el amparo será conocido por el tribunal de primera instancia de dicho municipio.

En este mismo orden, conviene destacar que el artículo 3 de la Ley 13-07 atribuye competencia a los tribunales de Primera Instancia, excepto a los del Distrito Nacional y la provincia de Santo Domingo, para conocer de los conflictos entre los municipios y las personas. De manera que para cuestionar vía la acción de amparo un acto dictado por un municipio, el interesado no tenga que trasladarse al Distrito Nacional.

12. Recusación e inhabilitación

La legislación anterior no contemplaba la recusación ni la inhabilitación, razón por la cual se aplicaba el derecho común relativo a la materia. Si bien la vigente legislación las contempla, lo hace de manera muy limitada. En efecto, a las dos figuras que nos ocupan sólo se le dedica el artículo 73, cuyo contenido es el siguiente: “En caso de recusación o inhabilitación del juez apoderado; el presidente de la cámara o sala de su jurisdicción, o el presidente de la corte de apelación correspondiente, o el presidente de la jurisdicción especializada o ese tribunal en pleno, deberá pronunciarse sobre el juez que habrá de conocer la acción de amparo, en un plazo no mayor de tres días.”

Como se observa, el lacónico texto transcrito en el párrafo anterior solo aborda dos aspectos: la identificación del tribunal o juez que debe conocer de la recusación o de la inhibición y el plazo que tiene dicho juez para decidirla. Nada dice respecto de: las causales, el procedimiento y los requisitos de admisibilidad. Obviamente que ante tales imprevisiones se aplica el derecho común con carácter supletorio, tarea que es compleja dada la naturaleza del procedimiento de amparo.

Sin embargo, no vemos inconvenientes en que las mismas causales de recusación y de inhibición del derecho común sean aplicables en esta materia, ya que en cualquier materia la finalidad de dichos mecanismos es evitar que un juez vinculado o enemigo de una de las partes conozca el proceso.

Para que la recusación sea admisible es necesario prestar previamente una fianza, según se establece en el párrafo único del artículo 382 del Código de Procedimiento Civil⁴². Tratase, sin duda, de un requisito que pone a depender la efectividad de uno de los mecanismos que permite garantizar la imparcialidad del juez de las posibilidades económicas que tengan las partes en el proceso, situación que es incongruente con la esencia del Estado Social y Democrático de Derecho previsto en la Constitución. Por las razones anteriores, entre otras, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional dicho texto. Según el tribunal, la norma objeto de análisis viola la Constitución porque:

(...) condiciona a la prestación de una fianza el conocimiento de la recusación formulada contra un juez por un litigante en materia civil por alegada sospecha de su imparcialidad, supedita el ejercicio de un derecho fundamental como lo es, el derecho a un juez imparcial, al cumplimiento de una formalidad relacionada con la capacidad económica y crediticia del litigante, pues si este no presta la fianza o no la presenta dentro de un plazo determinado, el tribunal apoderado de la recusación judicial no conoce de la misma tornando el ejercicio de dicho derecho o infructuoso, independientemente de la seriedad de la recusación, elemento que cae en un segundo plano no obstante resultar el más importante a resguardar: el derecho al juez imparcial⁴³.

Compartimos totalmente la decisión del Tribunal Constitucional, en razón de que la aplicación del referido texto puede dar lugar a que recusaciones objetivamente fundamentadas se declararen inadmisibles, en la eventualidad de que la parte interesada en recusar no disponga de los recursos necesarios para prestar la fianza

42 Según el párrafo del artículo 382 del Código de Procedimiento Civil previamente hay que prestar fianza para poder recusar a un juez, con la finalidad de garantizar "...el pago de la multa, indemnizaciones y costas, o que pueda ser eventualmente condenado al recusante en caso de ser declarada inadmisibile su demanda, de acuerdo con lo que dispone el artículo 390...".

43 Sentencia TC-0050-12, de fecha octubre 2012.

exigida. El hecho fáctico, que en modo alguno ignoramos, consistente en que una cantidad considerable de recusaciones son temerarias y tiene como única finalidad entorpecer y retrasar la administración de justicia, no puede justificar el requisito de inadmisibilidad examinado. El derecho fundamental a un juez imparcial previsto en el artículo 69.2 de la Constitución dominicana hay que preservarlo a pesar de la situación fáctica referida. El ejercicio de este derecho se torna ilusorio, como lo establece el Tribunal Constitucional, si se supedita a la prestación de una fianza, la cual muchos litigantes no estarán en condiciones de satisfacer.

El ordenamiento jurídico consagra vías que permiten hacerle frente a la práctica temeraria que se advierte en la materia que nos ocupa, sin necesidad de vaciar de contenido el derecho fundamental al juez imparcial. El profesional del derecho que consuetudinariamente aconseja a su representado recusar al juez apoderado del caso, sin reparar en la necesidad de que la administración de justicia funcione ni en la imagen y buen nombre a que tienen derecho los magistrados, se hace pasible de sanciones disciplinarias.

En definitiva, en materia de inhibición y recusación nos encontramos con una grave situación: la Ley 137-11 no previó procedimiento y el derecho común no es compatible con la naturaleza de la acción de amparo. Ante tal disyuntiva lo procedente es que pretorianamente se aplique el derecho común con las adaptaciones que exija la naturaleza de la acción que nos ocupa, tomando en cuenta, particularmente, la necesidad de la celeridad.

La ley es muy clara y precisa en lo que respecta a la competencia. En efecto, según el artículo 73 de la Ley 137-11, las recusaciones e inhibiciones del juez de amparo las conoce el presidente de la cámara o sala o el presidente de la Corte de Apelación correspondiente.

La competencia del presidente de la cámara o sala de la jurisdicción sólo es aplicable, obviamente, en aquellos distritos judiciales donde el tribunal de primera instancia en materia civil y penal está integrada por varias salas o cámaras, como lo son, hasta el momento, el Distrito Nacional y las provincias Santo Domingo y Santiago. En los demás distritos judiciales la competencia corresponde, obviamente, al presidente de la Corte de Apelación correspondiente.

En lo que respecta a las jurisdicciones especializadas, conviene explicar una situación particular que se produce en relación a la jurisdicción contenciosa administrativa y tributaria.

Lo que ocurre en la indicada jurisdicción es que hasta la fecha no existen los tribunales de primera instancia, y quien conoce de la acción de amparo es un tribunal que tiene categoría de tribunal de segundo grado: el Tribunal Superior Contencioso

Administrativo, integrado por seis jueces y dos salas. De manera que si se produce la recusación de uno de los jueces lo procedente es que la misma sea conocida por el presidente del tribunal.

La situación anterior es lo que explica que en el mencionado artículo 73 se establezca que ante las jurisdicciones especializadas conocerá de la recusación el presidente o el pleno del tribunal.

En las demás jurisdicciones especializadas no se da la particularidad indicada, porque existen los tribunales de primera instancia y el de segundo grado, de manera que la recusación del juez de amparo la conocerá el presidente del tribunal de segundo grado. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en materia laboral, de niño, niñas y adolescentes y en la jurisdicción inmobiliaria.

Nos parece que el legislador no debió redactar la norma partiendo de una particularidad, sino de la regla. Y, en ese sentido, debió mantener la competencia del presidente de la Corte como en las demás jurisdicciones donde el tribunal de primera instancia no está compuesto por varias salas o cámaras, y especificar que en materia contenciosa administrativo y tributario, hasta que comiencen a funcionar los tribunales contencioso administrativo previstos en el artículo 164 de la Constitución, la recusación de un juez la conocería el presidente y la relativa a este el pleno de dicho tribunal.

13. Las características del proceso

El proceso de amparo se distingue, esencialmente, por los siguientes elementos: celeridad, informalidad y el papel activo del juez. En los párrafos que siguen me referiré a cada uno de dichos elementos.

El juez que recibe el escrito contentivo de la acción de amparo debe dictar un auto en el plazo y con el contenido indicado en los artículos 77 y 78 de la Ley 137-11.

Según el artículo 77 el juez debe autorizar al accionante a citar en un plazo no mayor de tres días, contados a partir de la fecha que recibe el escrito.

Conforme a dicho texto, el juez debe autorizar al accionante a citar al presunto agraviante a comparecer a audiencia; esto supone que en el auto debe indicarse la fecha de dicha audiencia, como efectivamente lo establece el artículo 78 de la referida ley. El indicado artículo 78 establece, igualmente, que la audiencia "... deberá celebrarse en un plazo no mayor de cinco días...".

Aunque no se indica el punto de partida de los referidos cinco días, si tomamos en cuenta que el mismo artículo 78 establece que entre la notificación del auto y la

audiencia debe haber un plazo de un día franco, resulta que el punto de partida no puede ser otro que el de la obtención de dicho auto⁴⁴.

Como se observa, se trata de plazos breves que tienen como finalidad garantizar la celeridad del proceso. Con la misma finalidad anterior se exige que la notificación al demandado se acompañe del auto, el escrito de demanda y los documentos⁴⁵; y se faculta al juez para que reduzca los plazos anteriormente indicados y fije audiencia los días feriados o de descanso, en caso de extrema urgencia⁴⁶.

La celeridad del proceso, sin embargo, no puede garantizarse en perjuicio del derecho de defensa, en este sentido, el juez tiene la obligación de garantizar que entre la notificación al demandado y la audiencia haya un plazo razonable⁴⁷. Cabe destacar, en este mismo orden, que el legislador no previó un plazo para que el demandado deposite pruebas, laguna que debe resolver el juez de manera pretoriana, ya que de lo contrario se desconocería el principio de contradicción.

En lo que respecta a la informalidad, no se exige que el escrito sea redactado por un abogado, y en caso de que la persona interesada en accionar no esté en condiciones de hacerlo ella misma, puede requerir los servicios del tribunal o de cualquier empleado que éste elija⁴⁸. El hecho de que el escrito pueda ser redactado por el propio accionante y, en sentido general, por una persona que no sea abogada, implica que el mismo no está sometido a ningún tipo de formalidad y, en este sentido, el voto de la ley quedaría satisfecho con sólo indicar en el escrito el acto objeto de la acción, el autor de dicho acto y el derecho fundamental que se considera vulnerado.

En lo concerniente al papel activo del juez, la ley lo faculta para celebrar las medidas de instrucción y diligenciar los datos, informaciones y documentos que fueren pertinentes, a condición de que garantice el principio de contradicción⁴⁹. Esta previsión es de gran relevancia, porque los resultados de la acción no dependerán tanto de la pericia del accionante o de su representante, sino de la formación jurídica, la laboriosidad y el compromiso del juez con la salvaguarda de los derechos fundamentales.

14. Medidas precautorias

Las medidas precautorias no estaban previstas en la legislación anterior; mientras que la legislación vigente dedica dos amplios artículos a las mismas.

44 Según el párrafo del artículo 14 de la ley 437-06 “La fecha de dicha audiencia deberá señalarse expresamente en el auto y tendrá lugar dentro de los cinco (5) días, de su emisión...”.

45 Artículo 78 ley 137-11.

46 Artículo 82 Ley 137-11.

47 Artículo 82 Ley 137-11.

48 Artículo 76.6 de la ley 137-11.

49 Artículo 87 de la ley 137-11.

Según lo dispone el artículo 86 de la Ley 137-11, en cualquier etapa del proceso el juez de amparo puede ordenar las medidas urgentes que considere necesarias para "...asegurar provisionalmente la efectividad del derecho fundamental alegadamente lesionado, restringido, alterado o amenazado". Las medidas urgentes pueden ser ordenadas por el juez de oficio o a pedimento de parte. Igualmente, dichas medidas pueden ser ordenadas en cualquier etapa del proceso.

Por su propia naturaleza, las medidas precautorias o cautelares, como se le conoce en otros ordenamientos, son provisionales, por esta razón en el párrafo segundo del indicado texto se establece que: "Las medidas precautorias adoptadas permanecerán vigentes hasta el dictado de la sentencia sobre la acción de amparo. Sin embargo, en cualquier estado de causa, si sobrevienen circunstancias nuevas, el juez podrá modificar o revocar las medidas previamente adoptadas." Por otra parte, según el párrafo III del mismo texto: "Las sentencias dictadas sobre las medidas precautorias sólo pueden ser recurridas junto con las sentencias que sean rendidas sobre la acción de amparo".

El carácter provisional de la medida precautoria es lo que permite que el mismo juez pueda revisarla cuando se presenten nuevas circunstancias, y que después de dictada pueda conocer el fondo. Todo lo anterior implica que el juez no se desapodera de la acción de amparo hasta que no conozca el fondo o declare inadmisibile la misma.

Exigir que la medida precautoria se recurra con la decisión sobre el fondo de la acción, implica que si con posterioridad a dicho recurso las circunstancias ameritan una revisión de la medida ordenada corresponderá conocerla al tribunal que está apoderado del recurso⁵⁰.

En lo que respecta al tipo de procedimiento que debe seguirse en materia de medidas precautorias no existe previsión, razón por la cual hay que presumir que se trata de un procedimiento contencioso y no gracioso, ya que como regla general los procedimientos deben respetar el principio de contradicción y el derecho de defensa, a menos que expresamente el legislador establezca lo contrario, excepción que no fue establecida por el legislador⁵¹.

50 En el sistema peruano las decisiones sobre las medidas cautelares, equivalente a las que el legislador dominicano denomina medidas precautorias, son susceptible del recurso de apelación, pero dicho recurso no tiene efectos suspensivo, según se dispone en el artículo 15 del Código Procesal Constitucional.

51 Según el artículo 15 del Código Procesal Constitucional del Perú, la medida cautelar «...se dicta sin conocimiento de la parte contraria...». Trátase, sin embargo, de una previsión legal que desde su origen ha sido criticada, no sólo porque lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad, sino que se considera que es inconstitucional, Samuel B. Abad Yupanqui, "El proceso constitucional del amparo", Lima, *Gaceta Jurídica*, 2004, pp. 497-51, en pág. 573, Domingo García Belaunde y Gerardo Eto Cruz, op. cit. pp. 612 - 613.

Los efectos de la medida precautoria se mantienen hasta que se dicte sentencia sobre la acción de amparo, según expusimos anteriormente. Sin embargo, no existe previsión para el caso en que la acción de amparo sea acogida. Pensamos que en esta última eventualidad, la medida precautoria debe convertirse de pleno derecho en ejecutoria, en caso de que haya consistido en suspender los efectos del acto objeto de la acción⁵².

Por otra parte, la ley no indica cuáles son las medidas precautorias que puede dictar el juez de amparo; sin embargo, consideramos que tal previsión no es necesaria, porque en esta materia la medida precautoria generalmente consiste en suspender la ejecución del acto objeto de la acción de amparo o para ordenar la ejecución del mismo, dependiendo de si la acción tiene o no efecto suspensivo⁵³.

En nuestro sistema las medidas precautorias tienen como finalidad ordenar la suspensión de la ejecución del acto objeto de la acción de amparo, porque la interposición de la acción no tiene efectos suspensivos. En este sentido, el legislador dominicano continúa fiel al principio del derecho público, conforme al cual los actos de la administración pública se presumen regulares.

El referido principio tiene como finalidad preservar el interés público, sin embargo, el hecho de que se estableciera el efecto suspensivo de la acción en modo alguno significaba que el interés público quedaba desprotegido, ya que, como nos indica Hernández Valle⁵⁴, refiriéndose al sistema costarricense, en el cual la interposición del amparo suspende la ejecución del acto objeto del mismo “El interés público está debidamente tutelado, pues la propia sala puede de oficio o a petición de la administración recurrida, mantener la ejecución del acto recurrido, siempre que se produzcan los presupuestos arriba indicados. De esta forma se logra un equilibrio saludable entre la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos y el ejercicio legítimo y normal de las potestades públicas”.

Nuestro sistema tiene la desventaja de que, en muchos casos, la acción de amparo no logra el objetivo previsto por el legislador, ya que cuando el tribunal ordene la suspensión el acto ya ha sido ejecutado. En tales eventualidades el proceso de amparo

52 En este sentido, nos parece una buena referencia el artículo 16 del Código Procesal Constitucional peruano, según el cual: « La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso a adquirido la autoridad de la cosa juzgada. Si la resolución final constituye una sentencia estimatoria, se conservan los efectos de la medida cautelar, produciéndose una conversión de pleno derecho de la misma en medida ejecutiva ».

53 En el sistema costarricense la sola interposición del recurso de amparo tiene efectos suspensivos, de manera que la medida precautoria tiene como finalidad ordenar la suspensión del acto objeto del amparo, suspensión que se ordenará cuando el interés general así lo requiera. (Véase HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, ob. cit. pág. 273).

54 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, ob.cit. pág. 273.

se convierte, según Hernández Valle⁵⁵ en “una jurisdicción reparadora de daños y perjuicios, lo cual es una de sus características secundarias”.

El juez tiene la responsabilidad de suspender la ejecución del acto objeto de la acción de amparo, cuando considere que dicha acción está, en principio, bien fundamentada y, sobre todo, cuando se trate de situaciones en las cuales la ejecución del acto puede producir consecuencias irreversibles.

Sin embargo, antes de ordenar la suspensión de un acto, el juez debe verificar si el mismo beneficia o no a otra persona; en este orden, Hernández Valle⁵⁶ sostiene que los actos que se pueden suspender son aquellos en relación a los cuales los terceros no pueden derivar derechos subjetivos, ya que lo contrario “... implicaría darle la razón interlocutoriamente al recurrente, sin haber escuchado primero el informe de la autoridad recurrida y el alegato del titular del derecho subjetivo que se pretende dejar sin efecto.”

Entendemos, sin embargo, que eventualmente puede ser factible suspender la ejecución de un acto que beneficia a un tercero, a condición de que este sea puesto en causa para que participe en el proceso y tenga la oportunidad de defender sus intereses.

Otro aspecto, no menos relevante en esta materia, que carece de previsión en la ley es el relativo a si el juez puede exigir la prestación de fianza. Esta exigencia la consideramos pertinente cuando la suspensión del acto puede afectar los intereses de terceros⁵⁷.

15. La sentencia

La sentencia que acoge, rechaza o declara inadmisibile la acción de amparo debe ser dictada el mismo día que el expediente “quede en estado de recibir fallo”⁵⁸. Antes de continuar desarrollando este aspecto del trabajo, queremos dejar establecido que en esta materia entendemos que el expediente queda en “estado de fallo” el día que se conoce la última audiencia, ya que no se contempla, como ocurre en materia civil, otorgar plazos para escritos adicionales.

Dado el hecho de que materialmente no es posible decidir la acción y motivarla el mismo día que se celebra la última audiencia, el juez dispone de cinco días para

55 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, ob.cit., pág. 274.

56 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, ob. cit., pág. 275.

57 El sistema Mexicano en materia de medidas cautelares me parece que es un buen modelo a seguir. En dicho Sistema el juez puede ordenar de oficio la medida cautelar cuando la ejecución del acto pone en peligro la vida o cuando se trata de deportación o destierro. Mientras que la fianza se exige cuando la suspensión del acto pueda causar un perjuicio a un tercero. A la inversa, cuando se trata de derechos patrimoniales los terceros pueden prestar una contragarantía para que el acto se ejecute. (Véase Hector Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “El derecho de amparo en México, ob. cit. pp. 495-496).

58 Artículo 84, Ley 137-11.

fundamentar su decisión⁵⁹". La motivación o los razonamientos que expone el juez para justificar lo decidido constituye la esencia de la sentencia; en ausencia de dicho elemento lo decidido no puede considerarse sentencia, más bien se configura una verdadera arbitrariedad, con lo cual no solo se deslegitima el juez, sino también el sistema de justicia.

En esta materia también es relevante determinar si la sentencia adquiere o no autoridad irrevocable de cosa juzgada, la posibilidad de condenar en costas y examinar la efectividad de los mecanismos previstos para garantizar la ejecución de la sentencia.

Generalmente, la sentencia que resuelve la acción de amparo es considerada carente de autoridad material de cosa juzgada, sin embargo, la Ley 137-11 nada dice al respecto. Determinar si la sentencia tiene o no esta característica es importante, porque de ello dependerá si la parte que resulta perjudicada puede o no acudir a la jurisdicción ordinaria. En torno a esta cuestión, compartimos la tesis de Néstor Pedro Sagüés⁶⁰, autor que considera que la sentencia de amparo no puede adquirir autoridad de cosa material, porque aunque el proceso de amparo es bilateral, no es de conocimiento pleno, dado su corte sintético y las restricciones que conlleva en cuanto a las pruebas, términos, trámites y defensas. Se presenta, por tanto, como un procedimiento sumario en sentido estricto, o "sumario propio", que como norma general no puede desembocar en una cosa juzgada material o sustancial.

En lo que respecta a las costas, la tendencia que ha prevalecido es la de declararla de oficio. Dicha tendencia ha sido seguida por los jueces antes y durante la vigencia de la Ley 137-11 y la comunidad jurídica la ha aceptado de manera pacífica.

El fundamento esgrimido es el principio de gratuidad aplicable al proceso de amparo. Dicho principio está establecido en el artículo 7.6 de la indicada ley y desarrollado en el artículo 66. Conforme al indicado principio, en la justicia constitucional no puede exigirse sellos o gastos de cualquier naturaleza "que dificulte su acceso o efectividad"; igualmente, el texto prohíbe la condenación en costas.

Si partimos de una exégesis racional advertiremos que la intención expresa del legislador fue liberar al accionante de los gastos que pudieran obstaculizar el acceso a la justicia. Por otra parte, la interpretación del artículo 66 nos conduce, partiendo de la teleología del indicado principio y la realidad procesal dominicana, a la conclusión de que es correcto condenar en costas al autor del acto arbitrario cuando, obviamente, la acción sea acogida; igualmente, en determinadas circunstancias es procedente condenar en costas al accionante.

59 Artículo 84, Ley 137-11.

60 SAGÜÉS, Néstor Pedro, ob. cit. p. 551.

En efecto, a pesar del principio de gratuidad, la realidad es que el accionante en amparo tiene gastos por concepto de notificaciones, diligencias judiciales y extrajudiciales y, principalmente, lo concerniente al pago de los honorarios de los abogados. Ante tal realidad, lo razonable y justo es que el accionante pueda transferir dichos gastos al Estado o al particular que violó la Constitución o la ley.

En el caso del accionante, la cuestión es más delicada, porque el temor de ser condenado en costas puede inducirlo a no accionar. La realidad anterior es lo que explica que en algunos sistemas de justicia constitucional la condenación en costas sólo se impone al accionante si se determina que la acción rechazada era temeraria⁶¹.

En lo que respecta a la ejecución de la sentencia, la Ley 137-11 faculta al juez a fijar astreinte para garantizar el cumplimiento de lo decidido⁶², potestad que es muy significativa dada la efectividad de dicho mecanismo de constreñimiento, en la medida que ataca directamente el patrimonio de quien no cumple voluntariamente el mandato indicado en la sentencia. La mencionada ley, sin embargo, acusa una falla consistente en que no identifica al destinatario de la misma. En este orden, resulta importante destacar que tradicionalmente los tribunales dominicanos benefician con la astreinte a la parte que ha obtenido ganancia de causa, a pesar de que tampoco en el derecho común existe una disposición que justifique dicha tradición.

La indicada práctica no toma en cuenta la naturaleza de la astreinte. En efecto, para estar en condiciones de determinar quién debe ser el destinatario de la sanción pecuniaria que nos ocupa debemos tener en cuenta que cuando no se ejecuta una sentencia la ofendida es la sociedad que ve impotente y frustrada como lo decidido por un órgano de uno de los poderes del Estado no es cumplido y, además, que el perjuicio que pueda derivar del retardo en la ejecución la parte que ha obtenido ganancia de causa se subsana por otros mecanismos consagrados en el ordenamiento jurídico. Tomando en cuenta los indicados elementos el Tribunal Constitucional decidió distanciarse de la práctica generalizada en nuestros tribunales y designar como beneficiaria de la astreinte a una institución pública dedicada a la protección de la niñez y la adolescencia⁶³.

61 Según el artículo 14 de la ley de amparo de Argentina, No. 16.986, las costas la paga el vencido, pero no habrá condenación en este sentido si cesa el acto u omisión en que se fundó el amparo, antes de vencido el plazo previsto en el artículo 8 para rendir el informe circunstanciado. Mientras que según la jurisprudencia libera al demandante algunos supuestos, aunque se haya rechazado el amparo. Ocurre cuando razonablemente la actora pudo creer que tenía razón. Así como cuando el rechazo se fundó en la aplicación de un nuevo criterio de la CSJN. (Véase Sagüés, ob.cit. p.p. 553-554).

En el sistema costarricense el Estado es condenado en costas, cuando se acoge el recurso o cuando el funcionario comete falta grave o dolo, en los términos del artículo 199 de la LGAP. También el recurrente puede ser condenado en costas, cuando se desista del recurso o la Sala lo rechace o desestime, si actuó con temeridad.(Hernández Valle, ob.cit p.301).

62 Artículo 93 de la Ley 137-11.

63 Véase sentencia TC-0048/12, del 8 octubre.

Por otra parte, en torno al tema de la ejecución de la sentencia conviene destacar que, aunque el legislador dominicano solo contempló la astreinte como mecanismo de constreñimiento, en el derecho comparado existen sistemas de justicia que prevén otras sanciones para garantizar la efectividad de la decisión jurisdiccional como, por ejemplo, requerir la destitución del funcionario que se resiste a cumplir con lo decidido por el juez de amparo⁶⁴. Dificilmente un funcionario público desconocería la orden de un juez, si dicho incumplimiento implicara poner en riesgo la estabilidad de su cargo o función.

16. Recurso

La sentencia dictada por el juez de amparo es susceptible del recurso de revisión constitucional y de tercería⁶⁵. El primero de los recursos debe interponerse dentro de los 5 días de la notificación de la sentencia objeto del mismo, mediante escrito depositado en la secretaría del tribunal que dictó la sentencia recurrida⁶⁶. En lo que respecta al contenido, se exige el mismo del escrito de demanda pero, además, el recurrente debe indicar de manera clara y precisa el agravio que le causó la decisión⁶⁷.

El referido plazo es franco, en razón de que comienza a correr a partir de la notificación de la sentencia objeto del recurso, según lo dispone el artículo 1033 del Código de Procedimiento Civil⁶⁸, texto que es aplicable en la materia, en virtud del principio de supletoriedad previsto en el artículo 7.12 de la Ley 137-11. Pensamos, sin embargo, que cinco días es un plazo muy breve para que la parte perjudicada con la sentencia pueda instrumentar el recurso correspondiente; en tal sentido, el Tribunal Constitucional debiera, en ejercicio del principio de autonomía procesal⁶⁹, considerar que el mismo es hábil y, en consecuencia, no tomar en cuenta los días no laborables.

64 En el sistema costarricense, la Sala Constitucional puede solicitar al superior jerárquico abrir procedimiento disciplinario contra el funcionario que ha incumplido una orden suya. Si el superior jerárquico también incumple se puede solicitar abrir proceso disciplinario en su contra. (Véase Hernández Valle, *El recurso de amparo en Costa Rica*, pág. 303). En el sistema mexicano, la Suprema Corte de Justicia puede destituir a un funcionario que desacata una decisión del juez de amparo. Por otra parte, en los casos que la naturaleza del derecho violado lo permita, el juez de amparo, luego de comprobada la inejecución de la sentencia, puede trasladarse al lugar de la ejecución para exigir el cumplimiento. Igualmente, el funcionario que se niega a ejecutar la sentencia he traducido a la justicia penal. (Véase Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “El derecho de amparo en México, pp.502-508. Trabajo publicado en la obra colectiva titulada *El amparo en el Mundo*, bajo la coordinación de Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Universidad Autónoma de México, Editorial Porrúa y Konrad-Adenauer-Stiftung, México 2006.

65 Artículo 94 de la ley 137-11.

66 Artículo 95 de la ley 137-11.

67 Artículo 96 de la ley 137-11.

68 El artículo 1033 del código de procedimiento civil establece que los plazos que comienzan a correr a partir de una notificación a persona o domicilio son francos y que en consecuencia no se cuenta el día en que se realiza la notificación ni el último día del plazo de que se trate.

69 Respecto del principio de autonomía procesal véase RODRÍGUEZ PATRÓN, Patricia, “La libertad del Tribunal Constitucional Alemán en la configuración de su derecho procesal”. *Revista Española*

Para garantizar el principio de contradicción y el ejercicio del derecho de defensa, el legislador exige que el recurso, acompañado de los documentos, sea notificado al recurrido en un plazo de 5 días, los cuales, aunque no se indica el punto de partida, hay que suponer que se cuentan a partir del depósito del escrito en la secretaria del tribunal⁷⁰. Mientras que, el recurrido cuenta con un plazo de 5 días, contados a partir de la fecha de notificación del recurso, para depositar en la secretaria del tribunal que dictó la sentencia el escrito de defensa y los documentos⁷¹.

Desde el momento que han sido cumplidos los trámites que se indican en los párrafos anteriores, procesalmente las partes han cumplido con sus obligaciones, de manera que en lo adelante la responsabilidad procesal es del tribunal receptor del recurso y del competente para conocer del mismo. En este sentido, se establece que después de vencido los referidos plazos la “... secretaria del juez o tribunal remite sin demora el expediente conformado al Tribunal Constitucional”⁷².

La decisión debe ser tomada en un plazo de 30 días⁷³ contados a partir de la fecha en que el caso queda en estado de recibir fallo, es decir, desde que el expediente es tramitado por el secretario del tribunal que dictó la sentencia, salvo que el Tribunal Constitucional decida, en ejercicio de la facultad que le concede la ley, celebrar audiencia⁷⁴, eventualidad en la cual el referido plazo comenzará a correr a partir del conocimiento de la indicada audiencia.

Como puede observarse, el procedimiento diseñado por el legislador en ocasión del recurso del recurso de revisión conserva, en líneas generales, los elementos que caracterizan el procedimiento seguido en primer grado. Contrario a lo que ocurría en la legislación anterior, que el recurso de casación -que era el previsto- se abandonaba al derecho común, lo cual implicaba convertir el amparo en ordinario, con la consiguiente desnaturalización. Esto constituye, sin duda, una novedad importantísima.

En lo que respecta a la tercería, sin embargo, la situación no cambió, ya que tanto en la legislación anterior como en esta, dicho recurso se conoce siguiendo el procedimiento de derecho común⁷⁵. Cuestión totalmente incorrecta, porque no

de Derecho Constitucional, No. 62, mayo / agosto 2001 y ETO CRUZ, Gerardo, *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. pp. 166-167, Editorial ADRUS, Lima, Perú, 2011).

70 Artículo 97 de la ley 137-11.

71 Artículo 98 de la ley 137-11.

72 Artículo 99 de la ley 137-11.

73 Artículo 102 de la ley 137-11.

74 Artículo 101 de la ley 137-11.

75 El recurso de tercería está previsto en los artículos 474 al 479 del Código de Procedimiento Civil, en beneficio de los terceros que pueden resultar perjudicado con la sentencia, quienes pueden interponer dicho recurso en cualquier fecha, ya que en los textos indicados no se establece plazo para recurrir.

existen razones procesales válidas para que un procedimiento especial se convierta en ordinario, por el sólo hecho de haber cambiado de instancia⁷⁶.

17. Requisito de admisibilidad del recurso de revisión constitucional

El recurso que nos ocupa está sometido a requisito de inadmisibilidad, en este sentido, se establece que “La admisibilidad del recurso está sujeta a la especial trascendencia o relevancia constitucional de la cuestión planteada, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación, aplicación y general eficacia de la Constitución, o para la determinación del contenido, alcance y la concreta protección de los derechos fundamentales”⁷⁷.

Condicionar la admisibilidad del recurso de revisión constitucional al requisito de la “especial trascendencia o relevancia constitucional”, supone que el Tribunal Constitucional no tendría que conocer el fondo del recurso y lo declararía inadmisibile si considera que el mismo carece de dicha relevancia. Esto, obviamente, constituye un error del legislador, ya que ha perdido de vista que el Tribunal Constitucional está apoderado de un recurso interpuesto contra una sentencia dictada por un tribunal de primer grado y que, en consecuencia, tiene la obligación de revisar íntegramente el caso para determinar si dicho tribunal de primer grado apreció correctamente los hechos e interpretó adecuadamente el derecho aplicable.

El amparo previsto en nuestra ley no requiere del agotamiento previo de los recursos ordinarios, como ocurre en el sistema español, al menos el que conoce el Tribunal Constitucional de ese país; ya que quien considera que le han violado un derecho fundamental acude directamente ante el juez de amparo.

En la mayoría de los sistemas de justicia constitucional, las decisiones del juez de amparo pueden ser revisadas íntegramente por un tribunal superior, porque así lo exige el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De manera que el requisito de inadmisibilidad examinado colide con dicha convención, lo que despoja a la ley de legitimidad. El requisito de inadmisibilidad examinado es pertinente en materia de revisión constitucional de las decisiones jurisdiccionales, porque dicho recurso sólo procede después de agotados todos los recursos previstos en el derecho común, no así cuando de lo que se trata es del recurso constitucional contra las sentencias dictadas por el tribunal de primera instancia en atribuciones de amparo.

Hasta la fecha el Tribunal Constitucional solo ha declarado inadmisibile un recurso por ausencia de la especial trascendencia o relevancia constitucional, dicha

76 ACOSTA, Hermógenes, “Inmutabilidad del procedimiento: caso particular de los incidentes del embargo inmobiliario”, *Revista Gaceta Judicial*, año 12, No. 200, julio 2008, pp. 92-96.

77 Artículo 100 de la ley 137-11.

sentencia contó con el voto de 10 de los magistrados; mientras que los magistrados Katia Miguelina Jiménez, Jottin Cury David y el autor de este trabajo no estuvieron de acuerdo con la misma e hicieron valer su voto disidente²⁵².

18. Efectos del recurso de revisión constitucional

La ley no establece si el recurso de revisión constitucional tiene o no efectos suspensivos. Ante tal imprevisión es pertinente la siguiente pregunta: ¿Tiene o no efectos suspensivo dicho recurso? La respuesta obvia es la negativa, ya que el efecto suspensivo no sería congruente con la naturaleza de la acción de amparo, en particular con la celeridad y sumariedad que caracteriza dicha materia.

19. Tribunal competente

La revisión constitucional la conoce el Tribunal Constitucional, por mandato expreso del artículo 94 de la Ley 137-11. Esta competencia no es de orden constitucional sino legal, ya que entre las atribuciones del Tribunal Constitucional previstas en la Constitución no se encuentra la materia de amparo.

En efecto, según el artículo 185 de la Constitución el Tribunal Constitucional es competente para conocer de la acción directa en inconstitucionalidad, del control preventivo de los tratados internacionales, antes de ser ratificados por el congreso, de los conflictos entre poderes y de cualquier otra materia que le asigne la ley.

El legislador ordinario, fundamentado en la parte final del indicado artículo 185, mediante la Ley 137-11 le atribuyó competencia al Tribunal Constitucional para conocer de la revisión constitucional de las sentencias dictada por el juez de amparo. Esta atribución de competencia es muy atinada, porque el Tribunal Constitucional está en mejores condiciones para garantizar la protección de los derechos fundamentales que un tribunal ordinario, ya que se trata de una jurisdicción especializada.

Según el artículo 186 de la Constitución, el Tribunal Constitucional está compuesto por trece miembros y las decisiones se toman por un mínimo de nueve. La exigencia del quórum agravado se justifica, según Jorge Prats, por el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes y por la necesidad de que las decisiones constitucionales sean tomadas por consenso. En efecto, el referido autor sostiene que:

“(…) la mayoría calificada hace sentido si partimos de la presunción de constitucionalidad de las leyes, objeto del control de constitucionalidad por antonomasia en el modelo de control concentrado en manos de un Tribunal Constitucional: a fin de cuentas, 9 jueces constitucionales pueden derogar lo que

78 Sentencia No. TC-007-12 de 22 de marzo.

un Congreso Nacional de más de doscientos representantes de la voluntad popular aprobó como norma obligatoria. Esta mayoría, asimismo, obliga a que se forme un consenso al interior del colegio constitucional y a que las decisiones no sean fruto de una mayoría intensa o de una mayoría coyuntural”²⁵³.

En este orden, Sagüés²⁵⁴, refiriéndose al artículo 4 de la Ley 26.435, Orgánica del Tribunal Constitucional de Perú, texto que guarda relación con el mencionado artículo 186, ya que establecía que de los siete integrantes de dicho tribunal se requieren 6 votos para acoger una acción en inconstitucionalidad y en su defecto la acción se declarará infundada, sostiene que:

“Dicho quórum hipercalificado vulnera los poderes implícitos de un órgano del Estado, como es el Tribunal Constitucional, para funcionar de modo razonable e importa una invasión del legislador, desde luego que inconstitucional, a las competencias propias de dicho tribunal. Y en definitiva, convierte a contrario sensu a un órgano-control, como es por su naturaleza el Tribunal Constitucional, en un órgano convalidador de normas inconstitucionales”.

La reflexión de Sagüés es aplicable a la realidad dominicana, aunque el quórum exigido en nuestra Constitución no es tan agravado como el que existía en el sistema peruano, sobre todo cuando se trata de la acción de amparo, mecanismo que debe ser sencillo y ágil, por mandato expreso del artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Fundamentales. Exigir un quórum de nueve votos de trece, en la práctica dificultará la toma de decisiones a lo interno del Tribunal y, además, restringe más el recurso de revisión constitucional, ya que bastaría que cinco de trece no estén de acuerdo para que en la práctica el recurso resulte rechazado.

El requisito del quórum agravado unido al de la “especial trascendencia o relevancia constitucional”, en la práctica cierran el recurso de revisión constitucional, con lo cual en la realidad la protección de los derechos fundamentales en nuestro país depende, en cierta medida, exclusivamente de un juez unipersonal. Este sistema de protección no satisface las previsiones que sobre la materia se consagran en la mencionada Convención ni es coherente con el modelo de justicia constitucional previsto en la Constitución.

Consciente de la situación anterior, antes de que fuera aprobada la Ley 137-11, propusimos, en relación a la organización y funcionamiento del Tribunal Constitucional, la división en salas. Dicha propuesta fue la siguiente:

79 PRATS, Eduardo Jorge, *Derecho Constitucional*, volumen I, p.453, tercera edición, Editora Jusnovum, Santo Domingo, República Dominicana.

80 SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Los desafíos del derecho procesal constitucional”, página 513. Este trabajo aparece publicado en el tomo I de la quinta edición de una obra colectiva coordinada por Eduardo Ferrer, titulada *Derecho Procesal Constitucional*, Editora Porrúa, México 2006.

“En lo que concierne a la división del tribunal en Salas, dicha propuesta está condicionada a que mediante la referida ley se le atribuya competencia al Tribunal Constitucional para conocer del recurso de amparo, ya que las materias que hasta ahora puede conocer deben ser decididas por el pleno de dicho órgano. El modelo de división en salas existe tanto en Alemania como en España. En el caso español existen dos salas, las cuales se encargan de conocer los amparos. Este mecanismo ofrece ventajas, entre las que destacamos la agilización de los procesos sin sacrificar la calidad de los mismos ni de las decisiones. La agilización sería la consecuencia de que en lugar de atribuir toda la carga del trabajo al pleno del tribunal, se dividiría en las dos salas. Si a la división del trabajo agregamos el hecho de que las salas serían más ágiles que el pleno, en razón de que resulta más fácil que un grupo pequeño se ponga de acuerdo, no cabe dudas que con la implementación del mecanismo propuesto la cantidad de asuntos resueltos sería superior en más de un ciento por ciento”⁸¹.

Dichas observaciones no fueron tomadas en cuenta y la ley fue aprobada tal y como la conocemos. Ante tal situación debemos plantearnos la siguiente cuestión ¿Está el Tribunal Constitucional obligado a aplicar la Ley Orgánica 137-11 tal y como fue aprobada?

El Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución, y hasta se ha llegado a sostener que la Constitución dice lo que dicen los jueces que dice. En torno a la cuestión planteada, ciertamente, el artículo 186 de la Constitución establece de manera expresa que el Tribunal Constitucional está integrado por 13 jueces y que “...sus decisiones se adoptarán con una mayoría calificada de nueve o más de sus miembros...”.

Si nos atenemos a la previsión anterior, deberíamos concluir en el sentido de que es conforme a la Constitución exigir dicho quórum en materia de acción de amparo y en cualquier otra materia. Sin embargo, como nos recuerda Milton Ray Guevara⁸², la Constitución no puede interpretarse por “pedazo”, de manera que lo correcto es que, aplicando el método sistemático, interpretemos el artículo 186 no de manera aislada, sino conjuntamente con otro texto de la Constitución que verse sobre el mismo aspecto o que, al menos, verse sobre aspectos que estén vinculados al texto objeto de interpretación.

En este orden, en la parte final del artículo 72 de la misma Constitución se establece que el procedimiento de amparo debe ser “... preferente, sumario, oral, público, gratuito y no sujeto a formalidad”. Resulta obvio que existe una contradicción

81 ACOSTA DE LOS SANTOS, Hermógenes. *El control de constitucionalidad como garantía de la supremacía de la Constitución*, p.238, Editora Búho, Santo Domingo República Dominicana: 2010.

82 Véase el artículo publicado en el Periódico “Listín Diario”, 15 de diciembre 2010, titulado “Interpretación Constitucional”.

entre este texto y el referido artículo 186, en razón de que el procedimiento no puede ser sumario si para tomar una decisión se requieren nueve de trece votos. De manera que nos encontramos ante una grave contradicción a lo interno de la Constitución, a la cual debe darse una solución.

Afortunadamente, la propia Constitución prevé un mecanismo de solución al conflicto planteado, no sólo cuando se presente una contradicción entre texto de la misma Constitución, sino también cuando exista en relación instrumentos internacionales sobre derechos fundamentales.

En el artículo 74 se establecen los principios de aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales. En el inciso 4 de dicho artículo se establece que “Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos humanos, procuraran armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”.

El órgano revisor de la Constitución de 2010 consagró en el texto objeto de exégesis los principios *pro-homine* y *pro-libertatis*, los cuales han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional.

Expuesto lo anterior, la pregunta obligada es la siguiente: ¿Y qué es lo más favorable para los titulares de derechos fundamentales? La respuesta es obvia, los perjudicados con un acto de uno de los poderes públicos o de un particular tienen interés en una respuesta rápida y expedita.

El Tribunal Constitucional puede interpretar el mencionado artículo 186, fundamentado en los principios indicados anteriormente, en el sentido de que el quórum agravado que el mismo prevé no es aplicable a la materia de amparo y, además, que la urgencia con que deben resolverse los conflictos en esta materia hacen necesario la división en salas del Tribunal.

Esta tesis tiene a su favor, además, un elemento determinante, que es el hecho de que el referido quórum se previó tomando en cuenta las competencias del Tribunal Constitucional consagradas en la Constitución y entre las mismas no se encuentra la acción de amparo, ya que esta fue atribuida mediante la Ley 137-11.

Por otra parte, no podemos olvidar que la Constitución no solo debe tener coherencia interna, sino que también debe estar conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, la doctrina más reciente y avanzada viene desarrollando el mecanismo del control de convencionalidad. Conforme a esta teoría el contenido de la Constitución debe ser compatible con el contenido de los tratados internacionales sobre derechos humanos de los cuales el Estado sea parte.

Una parte importante de la doctrina advierte, tomando en cuenta la importancia de la internacionalización de los Derechos Fundamentales, un debilitamiento del principio de supremacía constitucional; en este sentido, Ernesto Rey Cantor⁸³ sostiene, fundamentado en el control de convencionalidad, que “El principio de supremacía comienza a erosionarse, a partir de que el Estado Parte en un tratado internacional que reconoce derechos humanos-por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos-adquiere obligaciones internacionales objetivas erga omnes de “garantizar y respetar su libre y pleno ejercicio”, y de “adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para hacer efectivo tales derechos” (arts. 1.1 y 2), esto es de legislar de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Decimos erosionarse, porque la expedición de la Constitución y el poder de reforma constitucional quedan sometidos a los tratados en vigor “que-en la práctica-obligan a cada Estado a ejecutar determinados actos. O abstenerse de llevar a cabo otros”. Igualmente, el autor considera que “también se erosiona la teoría del Poder Constituyente, ya que no podrá actuar como poder único, superior, supremo, unitario y excluyente (que no admite otro poder exterior como competidor) expidiendo la Constitución o reformándola”⁸⁴.

En este mismo orden, Prats⁸⁵ sostiene que el

“(…) control de convencionalidad, puede y debe ser ejercido para controlar la legitimidad incluso de las normas constitucionales, a la luz de los convenios internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el país, pues dicho control no pone en juego la supremacía constitucional ordenada por el artículo 6 de la Constitución, pues es la propia Constitución la que reconoce el apego de la República “a las normas del derecho internacional” (artículo 26) y la que, al tiempo de darle rango constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos (artículo 74.3) y plena aplicabilidad, directa e inmediata, a dichos derechos humanos, dispone que los “poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorables a la persona titular de los mismos(artículo 74.4). Lo que esto significa es que no se trata de una cuestión de jerarquía, sino que lo que está en juego es la obligación del juez de aplicar preferentemente la norma internacional y la norma más favorable al titular de los derechos fundamentales, por lo que la norma internacional queda descartada si y sólo si la norma interna, sea constitucional e infra constitucional, es más favorable que la internacional”.

83 REY CANTOR, Ernesto. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, página XLVII, Editorial Porrúa, México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México 2008.

84 REY CANTOR, ob, cit. pp.XLVII-XLVIII

85 PRATS, Eduardo Jorge, ob. cit. pp. 465-466.

La República Dominicana es signataria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual ratificó en el año 1977. En el artículo 25.1 de dicha Convención se establece que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o los tribunales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

En el texto transcrito se consagra una obligación expresa a cargo del Estado dominicano y de los demás Estados Parte, consistente en que deben establecer un procedimiento sencillo y rápido que permita a los tribunales amparar a los ciudadanos contra los actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Resulta más que obvio que la exigencia del quórum calificado previsto en el artículo 186 de la Constitución impediría que la acción de amparo pueda conocerse de manera rápida y sencilla, por lo que el referido texto no es conforme con dicha Convención.

Mediante la ley orgánica debió subsanarse dicha contradicción, pero como no se hizo corresponde al Tribunal Constitución hacerlo, estableciendo, como indicamos anteriormente, que el referido quórum calificado no se aplica en materia de acción de amparo. De no producirse dicha armonización, el Estado dominicano quedaría expuesto a sanciones por parte de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

La consideración anterior la hacemos porque, como consecuencia de la exigencia del quórum calificado, por una parte, muchos casos se estacarían en la búsqueda “del consenso amplio”, lo que impediría que el recurso de revisión constitucional se resuelva en un plazo razonable y, por otra parte, bastaría que cinco de los trece jueces no estén de acuerdo con el recurso para que, en la práctica, resulte rechazado, es decir, que de lo que se trata es de que un ciudadano puede ver rechazado su recurso aunque ocho de los trece jueces estén de acuerdo con el mismo. Si esto no es denegación de justicia, está muy cerca de serlo.

Lo anterior supone que una demanda contra el Estado dominicano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, podría articularse bajo el fundamento de que el mecanismo interno previsto para la protección de los derechos fundamentales no es eficaz y, además, bajo el fundamento de que no es razonable. Inclusive, el ciudadano al cual le rechazan una acción de amparo pudiera acudir directamente ante la Corte Interamericana y alegar ante la misma que no agotó el recurso interno de la revisión por considerarlo ineficaz.

B. Procedimientos particulares de amparo

El proceso explicado hasta este momento concierne al amparo ordinario, ya que la ley establece otros procedimientos particulares de amparo, los cuales son los siguientes:

el amparo de cumplimiento, el amparo colectivo y el amparo electoral. A los tres procedimientos indicados entendemos que debe agregarse un cuarto, que es el relativo a la revisión constitucional de la sentencia, ya que aunque el constituyente la previó como un mecanismo para garantizar la unificación de la jurisprudencia constitucional al momento de desarrollarse en la ley, se convirtió, además, en una modalidad de amparo contra sentencia⁸⁶.

En lo que respecta a los indicados procedimientos particulares, nos limitaremos a exponer los aspectos más esenciales, para evitar que el presente trabajo resulte demasiado extenso.

20. El amparo de cumplimiento

Esta modalidad de amparo tiene como finalidad, por una parte, lograr que el juez de amparo ordene a un funcionario público que cumpla con una ley o con un acto administrativo; y, por otra parte, lograr que se ordene a un funcionario público que firme o se pronuncie, cuando una norma legal expresamente le ordena emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento⁸⁷.

La acción puede interponerla cualquier persona afectada en sus derechos, cuando tenga como finalidad el cumplimiento de una ley o de un reglamento, y por el defensor del pueblo y cualquier persona cuando se trate de la defensa de derechos colectivos y del medio ambiente o intereses difusos o colectivos⁸⁸. En cambio, cuando se trate del cumplimiento de un acto, sólo está legitimada la persona a favor de quien se expidió o la persona que invoque interés en el cumplimiento del deber omitido⁸⁹.

En lo que concierne a la legitimación pasiva, la acción debe dirigirse contra la autoridad o funcionario público de la administración que esté en falta⁹⁰. De manera que se trata de una acción que no procede contra un particular. Conviene hacer, sin embargo, la siguiente interrogante, ¿procede esta modalidad de amparo contra una persona moral de derecho privado a la cual el Estado le haya delegado la prestación de un servicio público? Consideramos que la respuesta debe ser afirmativa, porque de alguna manera la persona moral de derecho privado está ejerciendo, por delegación, una potestad pública.

En este tipo de amparo es importante destacar que previo a accionar es necesario poner en mora al funcionario de que se trata, para que subsane el incumplimiento

86 Artículo 277 de la Constitución.

87 Artículo 104 ley 137-11.

88 Artículo 105 de la ley 137-11.

89 Artículo 105 de la ley 137.

90 Artículo 106 de la ley 137-11.

en un plazo de 15 días. Vencido dicho plazo y en ausencia de cumplimiento o de respuesta, la acción puede interponerse dentro de los 60 días siguientes⁹¹.

Igualmente, esta modalidad de amparo no procede en relación al Tribunal Constitucional, el Poder Judicial, el Tribunal Superior Electoral; así como contra el Senado o la Cámara de Diputados para exigir la aprobación de una ley⁹².

Además de las prohibiciones anteriores, el amparo de cumplimiento no procede en relación a derechos garantizados mediante los procesos de hábeas corpus, el hábeas data o cualquier otra acción de amparo o cuando el funcionario goce de discrecionalidad y cuando el objeto de la acción sea la impugnación de un acto administrativo.

21. El amparo colectivo

El objeto de este amparo especial es la protección de los denominados derechos colectivos; así como del medio ambiente y de los intereses colectivos y difusos. Se trata de derechos que no pertenecen a una persona en particular, razón por la cual se prevé una legitimación activa totalmente abierta. Cualquier persona puede accionar en esta modalidad de amparo⁹³.

Como la legitimación activa es tan abierta, en relación a una misma violación se pueden presentar más de una acción de amparo colectivo. Consciente el legislador de esta realidad estableció que “En caso de diversos amparos colectivos, el primero de ellos produce litispendencia respecto de los demás amparos que tengan por causa una controversia sobre determinado bien jurídico, aún cuando sean diferentes los reclamantes y el objeto de sus demandas”⁹⁴.

Se trata de una previsión procesal que evitará incidentes innecesarios y que, en consecuencia, es muy pertinente, porque considerar que el primero de los amparos produce litispendencia, supone que los posteriores se adherirán al expediente ya formado y que todas se resolverán mediante una sola sentencia. Esto constituye, sin duda, una aplicación certera del principio de economía procesal, ya que si para cada acción de amparo se formara un expediente distinto se produciría un dispendio de recursos.

Finalmente, pensamos que el Tribunal Constitucional va tener una ardua tarea para distinguir los derechos colectivos de los difusos, porque se trata de nociones distintas, aunque suelen confundirse. El derecho colectivo, como dijimos anteriormente,

91 Artículo 107 de la ley 137-11.

92 Artículo 108 de la ley 137-11.

93 Artículo 112 de la ley 137-11.

94 Artículo 113 de la ley 137-11.

corresponde a un grupo social identificable, como lo podrían ser un gremio profesional. Mientras que, el derecho difuso pertenece a la totalidad de una sociedad determinada.

22. El amparo electoral

Esta modalidad de amparo está lacónicamente reglamentada en la ley. El legislador sólo le dedicó el artículo 114, texto que define lo relativo a la competencia. En este sentido, se establece que el Tribunal Superior Electoral es el competente para conocer de las violaciones en el orden electoral, salvo de elecciones gremiales, de asociaciones profesionales o de cualquier tipo de entidad no partidaria, casos en los cuales se puede recurrir ante el juez de amparo ordinario.

Conforme a lo expuesto en el párrafo anterior, se advierte que la Ley 137-11 concentra la competencia en el Tribunal Superior Electoral, lo cual generará serias dificultades en la práctica, porque las situaciones que se presenten el mismo día de las elecciones y que requieran de una respuesta inmediata, no podrán solucionarse, en la medida que el referido tribunal es único en el país y tiene su establecimiento en la capital de la República⁹⁵.

Consideramos que lo razonable es que la competencia del Tribunal Superior Electoral en materia de amparo se limite a conocer las violaciones a los derechos fundamentales que ocurran a lo interno de los partidos políticos.

Entendemos, en consecuencia, que el legislador incurrió en un grave error al concentrar el amparo electoral ante el Tribunal Superior Electoral, porque no es congruente con la naturaleza del amparo electoral relativo al derecho al voto.

Esta modalidad de amparo electoral, más que las otras modalidades, no tiene sentido si el ciudadano no cuenta con un órgano cercano y de fácil acceso cuando tenga que defender su derecho al voto.

En este sentido, el Tribunal Constitucional en su oportunidad deberá interpretar el alcance del artículo 114 de la Ley 137-11 y establecer que la competencia del Tribunal Superior Electoral se limita a las violaciones a derechos fundamentales que se puedan producir en ocasión de conflictos entre partidos o entre estos y sus integrantes, y que en caso de violación al derecho a elegir ocasionado en un proceso electoral nacional, provincial, municipal o a lo interno de un partido, se aplica el artículo 111 de la ley electoral.

95 Según los artículos 114 y 115 de la Constitución el Tribunal Superior Electoral está integrado por cinco jueces y conocerá de lo contencioso electoral y los conflictos internos de los partidos políticos.

Una exégesis como la propuesta en el párrafo anterior sería coherente con el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y con el artículo 72 de la Constitución.

23. La revisión constitucional de las sentencias

El recurso de revisión constitucional de las sentencias tiene su base en el artículo 277 de la Constitución, texto conforme al cual el Tribunal Constitucional puede revisar las sentencias que no hayan adquirido la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada antes de la proclamación de la presente Constitución. Un aspecto importante es que el constituyente hace referencia de manera especial a las sentencias que haya dictado la Suprema Corte de Justicia en materia de acción directa en inconstitucionalidad.

Las causas en las cuales debe fundamentarse el recurso son las siguientes: cuando la decisión declare inaplicable por inconstitucional una ley, decreto, reglamento, resolución u ordenanza; viole un precedente del Tribunal Constitucional o cuando se haya producido una violación a un derecho fundamental⁹⁶.

En lo que respecta a la última causal, la procedencia del recurso está condicionada a que se cumpla con los presupuestos procesales que se indican a continuación: que el derecho fundamental vulnerado se haya invocado formalmente en el proceso, tan pronto se haya tenido conocimiento de la violación; que se hayan agotado todos los recursos disponibles dentro de la vía jurisdiccional correspondiente y que la violación no haya sido subsanada; que la violación al derecho fundamental sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano jurisdiccional, con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que dicha violación se produjo, sobre los cuales el Tribunal Constitucional no podrá revisar y, finalmente, que exista relevancia constitucional⁹⁷.

La primera de las causales tiene como finalidad, cuando la decisión declare inaplicable por inconstitucional una ley, decreto, reglamento, resolución u ordenanza, garantizar la uniformidad de la jurisprudencia constitucional, cuestión que tiene una importancia trascendental en nuestro sistema de justicia constitucional, en razón de que el control concentrado coexiste con el control difuso. De manera que la correcta aplicación de este mecanismo permitirá superar la falla atribuible al control difuso, nos referimos a la inseguridad jurídica que genera el hecho de que jueces del mismo sistema puedan tener opiniones distintas sobre la constitucionalidad de una norma, de manera tal que, mientras uno la desaplica por ser contraria a la Constitución otro la aplica.

96 Artículo 53 de la ley 137-11.

97 Artículo 53 de la ley 137-11.

La segunda de las causales, esto es cuando la decisión viole un precedente del Tribunal Constitucional, tiene como finalidad garantizar la eficacia del carácter vinculante de las decisiones dictadas por el Tribunal Constitucional, en la medida que dicho tribunal tendrá la oportunidad de anular las decisiones que se dicte al margen de los precedentes establecidos por él.

La finalidad de la tercera de las causales, es decir, cuando se viola mediante una sentencia un derecho fundamental, no requiere de explicación.

Queremos destacar, sin embargo, que el legislador al consagrar esta última causal estableció una modalidad de amparo contra sentencia, en la medida que cualquier persona perjudicada en un proceso ordinario puede interponer el recurso que nos ocupa bajo el fundamento de que le violaron un derecho fundamental.

En lo que respecta al procedimiento, lo primero que queremos destacar es que de la interpretación conjunta de los numerales 5 y 7 del artículo 54 de la Ley 137-11, resulta que es necesario dictar dos sentencias en relación a cada recurso: la primera, para decidir sobre la admisibilidad y, la segunda, para resolver el fondo, esta última solo es necesaria, obviamente, cuando se declara admisible el recurso. El Tribunal Constitucional ha considerado que conviene, para garantizar el principio de celeridad y de economía procesal, que ambos aspectos se resuelvan mediante una sola sentencia, aunque dicha sentencia debe contener motivaciones tanto en relación a la admisibilidad como al fondo⁹⁸.

La solución adoptada por el Tribunal Constitucional nos parece correcta, ya que satisface el requerimiento del legislador, que consiste en que en todos los casos primero se analice la admisibilidad del recurso y luego el fondo, requerimiento que puede cumplirse, como lo entendió el tribunal, sin necesidad de dictar dos sentencias.

Siguiendo con el procedimiento, el recurso debe interponerse en un plazo de 30 días mediante escrito motivado que se deposita en la secretaría del tribunal que dictó la sentencia objeto del mismo. En un plazo de cinco días, contados a partir del referido depósito, el recurso se notifica al recurrido, quien dispone de treinta días para depositar el escrito de defensa y de cinco días para notificarlo⁹⁹. Respecto de esta parte del proceso advertimos que el principio de contradicción queda incompleto, en razón de que no se previó un plazo para que el recurrido respondiera los reparos que pudiera hacer el recurrente en relación al escrito de defensa. La lógica del debate nos indica que la última intervención en el mismo corresponde al recurrido, quien lo cierra con sus argumentos o alegatos. En su oportunidad el Tribunal Constitucional debe resolver esta imprevisión.

98 Véase sentencia TC/0038/12 del 13 de setiembre.

99 Artículo 54 incisos 1, 2 y 3 de la Ley 137-11.

Igualmente, advertir que no se indica a cargo de quién está la responsabilidad de notificar el recurso y el escrito de defensa; en torno a esta cuestión el Tribunal Constitucional estableció que como se trata “(...) de un recurso de revisión constitucional y, en consecuencia de orden público, es de rigor que dicha actuación procesal la realice la secretaria del tribunal que dictó la sentencia recurrida”¹⁰⁰.

Cabe destacar, por otra parte, que el recurso objeto de análisis no tiene efecto suspensivo, aunque el Tribunal Constitucional tiene facultad para ordenar la suspensión a pedimento de parte¹⁰¹. En este aspecto la ley acusa importantes imprevisiones, en particular nada se establece respecto de la notificación de la demanda en suspensión ni en lo concerniente a la posibilidad de que el demandado pueda depositar escrito de defensa.

Ante tales imprevisiones, el Tribunal Constitucional completó el procedimiento en ocasión en que conocía de una demanda en suspensión y fundamentado en el principio de autonomía procesal. En efecto, en la sentencia TC/0039/12, dictada el 13 de septiembre, el tribunal reivindicó el derecho del demandado a conocer y defenderse de la demanda en suspensión. Igualmente, puso a cargo del secretario del Tribunal Constitucional la notificación de la referida demanda en suspensión en un plazo de 3 días contados a partir de la fecha del depósito de la misma; mientras que le concedió al demandado 5 días, contados a partir de dicha notificación, para que deposite en la secretaria del tribunal el escrito de defensa.

Finalmente, en caso de que el recurso proceda la sentencia objeto del mismo será anulada y el expediente se devolverá al tribunal de origen para que conozca nuevamente del caso, con estricto apego a lo decidido por el Tribunal Constitucional en lo concerniente a la violación al derecho fundamental¹⁰².

Conclusiones

La entrada en vigencia de la Constitución del 26 de enero del 2010 y de la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales ha producido una revolución normativa importantísima en el modelo de justicia constitucional dominicano y, en particular, en lo relativo a la institución del amparo.

Por primera vez la institución del amparo tiene rango constitucional, al consagrarse en el artículo 72; esto, sin duda, fortalece la institución. De igual forma, tiene gran relevancia elevar a rango constitucional al defensor del pueblo, en la medida que este órgano está legitimado para accionar en amparo en defensa de los derechos

100 Véase sentencia TC/0038/12 de 13 de septiembre.

101 Artículo 54 de la Ley 137-11.

102 Artículo de la Ley 137-11.

fundamentales de las personas y los intereses colectivos y difusos establecidos en la Constitución y la ley.

En lo que concierne a la Ley 137-11, el procedimiento que prevé es más expedito que el anterior, al menos en primer grado. Igualmente, la atribución de competencia al Tribunal Constitucional para conocer del recurso de revisión constitucional contra sentencias relativas a la materia de amparo constituye una decisión muy atinada, en la medida que una jurisdicción especializada como lo es dicho tribunal permite una protección más adecuada de los derechos fundamentales.

El problema que se presenta en relación al recurso de revisión constitucional es que está sometido al criterio de relevancia constitucional y que el quórum requerido para que el tribunal decida es muy alto. A lo anterior debemos agregar que la ley adolece de imprevisiones y no toma en cuenta aspectos que en otros sistemas de justicia constitucional, similares al nuestro, han dado excelentes resultados.

Pensamos, finalmente, que las imprevisiones de que adolece la ley, así como los aspectos incoherentes con la naturaleza del amparo que contiene la misma pueden ser resueltos pretorianamente, en su gran mayoría, por el Tribunal Constitucional. De manera que si este importante órgano se comporta a la altura que demanda el modelo de justicia constitucional instaurado en el país mediante la Constitución del 26 de enero del 2010, las fallas que acusa la ley quedarían subsanadas.

ALGUNOS RETOS TEMÁTICOS PARA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

Víctor Bazán

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Catedrático de Derecho Constitucional y Derechos Humanos; de Derecho Procesal Constitucional, y de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Profesor de Posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y otras universidades argentinas y extranjeras

SUMARIO: I.- Preliminar. II.- Sobre algunos desafíos temáticos que afronta (o debería enfrentar) la justicia constitucional latinoamericana. 1. Sentencias “atípicas” o “intermedias”. 2. La inconstitucionalidad por omisión. 3. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales. 4. La efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales. 5. Justicia constitucional y pluralismo jurídico. 6. Justicia constitucional y tribunales internacionales. III.- Epílogo.

I. Preliminar

En este trabajo abordaremos algunos retos de la justicia constitucional latinoamericana, que ponen a prueba las posibilidades de fortalecimiento de sus (anhelables) roles de defensora de la Constitución, último reducto tuitivo de los derechos humanos en el plano interno y pieza importante de sostén de la institucionalidad democrática en su función de armonizadora de los poderes del Estado.

Nos concentraremos en determinados desafíos temáticos e incógnitas que surgen en torno a los tribunales, cortes o salas constitucionales y cortes supremas de justicia en el escenario de desarrollo de sus labores jurisdiccionales en el Estado Contemporáneo, que es Estado Constitucional.

En ese marco, hemos previsto: i) ingresar a la problemática de la utilización de sentencias “atípicas” o “intermedias”; ii) detenernos en las posibilidades de sustentación del control respecto de las omisiones inconstitucionales; iii) argumentar sobre la conveniencia de instrumentar el control de constitucionalidad previo y obligatorio de los instrumentos internacionales o mantenerlo incólume por vía jurisprudencial en caso de que tal modalidad ya estuviera implementada en el texto de la Ley Fundamental correspondiente; iv) resaltar la necesidad de fortalecer los mecanismos internos

(también en el plano interamericano) en pro de la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC); v) concentrarnos en los desafíos que a la justicia constitucional presenta el pluralismo jurídico; y finalmente, vi) insistir en la indispensable búsqueda de una armónica y eficaz interacción de la jurisdicción constitucional interna con los tribunales internacionales para fortalecer la salvaguardia de los derechos fundamentales, que tiene hoy en el control de convencionalidad uno de sus puntos de mayor complejidad.

Como puede suponerse, tales cuestiones no son sino sólo algunos de los puntos temáticos que el siglo XXI impone a la justicia constitucional en diversas latitudes de esta región geográfica del continente americano.

II. Sobre algunos desafíos temáticos que afronta (o debería afrontar) la justicia constitucional latinoamericana

Sin pretensiones de taxatividad, nos limitaremos a compartir algunas reflexiones acerca de institutos, instrumentos o herramientas que pueden resultar provechosos para el desarrollo de la eminente labor a cargo de la justicia constitucional en los ámbitos de la defensa y la realización de la Constitución, la protección de los derechos humanos y el cumplimiento de su papel de moderadora de la institucionalidad democrática.

Como aclaración al margen, es preciso puntualizar que en algún caso el cambio de perspectiva y de rumbo jurisprudenciales propuestos deberá acompañarse de una consistente modificación normativa que habilite expresamente la competencia que legitime una innovación en tal sentido.

1. Sentencias “atípicas” o “intermedias”

a) Insuficiencia del paradigma ‘kelseniano’

Muy útil en otro momento histórico, el esquema que Kelsen inicialmente diseñara, reducido a distinguir dos únicos tipos de sentencias (estimatorias y desestimatorias) y a considerar al Tribunal Constitucional como un “legislador negativo” cuyas resoluciones no podían conllevar más creación de Derecho que la escueta anulación de la ley, desde hace tiempo se vio desbordado por la realidad funcional de los órganos de cierre de la jurisdicción constitucional y los requerimientos del Estado Constitucional¹.

1 Cftar. GARRORENA MORALES, Ángel, “Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas”, en AA.VV., *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Vol. 2, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), Madrid, 2002, pp. 1844/1845.

Se constata, así, que la alternativa constitucionalidad-inconstitucionalidad se revela exigua para cubrir todo el espectro cualitativo de casos que ante aquéllos se presentan, lo que ha propiciado el advenimiento de posiciones jurisdiccionales activistas para modelar variantes sentenciales que permitan a los tribunales, cortes o salas constitucionales y cortes supremas de justicia desempeñar de modo más adecuado el relevante rol que están llamados a cumplir².

En esa lógica, principalmente en Europa (por ejemplo, en los Tribunales Constitucionales de Alemania, Austria, España y la Corte Constitucional de Italia), aunque con irradiaciones hacia la región latinoamericana (v. gr., en la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia argentina –que, como anticipábamos, pareciera buscar reconfigurarse institucionalmente³– y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica), fue concretándose la construcción jurisprudencial de “sentencias atípicas o intermedias” que reconocen una génesis primordialmente práctica, como válvula de escape al rígido molde que primigeniamente pensara Kelsen para los tribunales constitucionales.

Es preciso reconocer, no obstante, que no en todas las latitudes de Latinoamérica han sido recibidas estas modalidades sentenciales, observándose en algunas de aquéllas sólo muestras esporádicas que lejos están de dar cuerpo a una doctrina sistemática y uniforme del respectivo órgano de cierre de la justicia constitucional de que se trate.

b) Acercamiento taxonómico

Acerca de las variantes decisionales en cuestión existen casi tantas clasificaciones como autores se embarcan en intentos taxonómicos a su respecto, lo que demuestra la dificultad de lograr acuerdos absolutos en punto a su sistematización.

Sin embargo, cuando menos existe algún consenso en torno a que la problemática de la interpretación conforme a la Constitución (Verfassungskonforme Auslegung en la terminología alemana) tiene que ver con el nacimiento y la multiplicación de estos instrumentos sentenciales. Según GROPP, la idea se inscribe en el marco de

2 Sobre el punto, ver BAZÁN, Víctor, por ejemplo en “De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas”, *Jurisprudencia Argentina*, AbeledoPerrot, 15 de agosto de 2007, Buenos Aires, pp. 23/33.

3 Al respecto, vid. BAZÁN, Víctor, ejemplificativamente, en “El Derecho Procesal Constitucional frente al siglo XXI: actualidad y desafíos”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T° I, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, pp. 59/86; y con mayor detalle, “¿La Corte Suprema de Justicia argentina se reinventa, presentándose como un tribunal constitucional?”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 20, enero/junio de 2009, Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), pp. 4/63.

la “minimización” del impacto de las decisiones de inconstitucionalidad sobre el sistema, a fin de evitar vacíos y de buscar un equilibrio entre la necesidad de eliminar normas inconstitucionales y la de no crear lagunas o discontinuidades que pondrían en duda el carácter de ordenamiento jurídico (...). Con las sentencias interpretativas el juez constitucional hace propia una de las interpretaciones posibles de la disposición censurada, escogiendo la que es conforme (sentencia interpretativa de rechazo) o la contraria (sentencia interpretativa estimatoria) a la Constitución”⁴.

Estando las “sentencias interpretativas” vinculadas a la interpretación conforme, ellas parten del presupuesto de la distinción entre disposición y norma, o entre el enunciado normativo y la norma que, por medio de la interpretación constitucional, se desprende del mismo. Ligada a tal faceta de la cuestión, una de las numerosas aproximaciones que se han ensayado sobre las sentencias interpretativas –en este caso la surgente de la pluma de RUBIO LLORENTE– las entiende como aquellas que emiten un pronunciamiento, no sobre el enunciado de la ley sino de una norma que de él puede deducirse mediante los medios habituales de interpretación⁵.

Ilustrativamente, y dentro de la categorización de las “interpretativas”, hay quienes ubican por ejemplo a las sentencias “manipulativas”, que a su vez, pueden ser “sustitutivas”, “reductoras” o “aditivas”. Es, por citar un caso referencial, la posición de GASCÓN, para quien las primeras sustituyen una interpretación plausible pero inconstitucional del precepto legal impugnado, por otra que claramente no se deduce del mismo, pero que resulta acorde con la Constitución; las “reductoras” suponen precisamente una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del precepto legal impugnado para conformarlo a la Constitución, como producto de lo cual, y luego de la tarea interpretativa, la regla deja de ser aplicable en uno o varios de los supuestos comprendidos en abstracto por el enunciado legal; y las “aditivas”, asociadas a la inconstitucionalidad por omisión relativa (problemática que abordaremos más adelante), consisten en una interpretación extensiva del radio de acción del precepto legal objetado, para conformarlo a la Constitución, de resultados de lo cual y tras la interpretación, la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal⁶.

4 GROPPI, Tania, “¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Tº I, 4ª ed., Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Porrúa, México D.F., 2003, p. 355.

5 RUBIO LLORENTE, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, en *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 484.

6 Cfr. GASCÓN, Marina, voz “Interpretación conforme (con la Constitución)”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, Porrúa y UNAM, México D.F., 2002, p. 318.

En el necesariamente restringido contexto de este muestreo enunciativo, no podríamos dejar de referir a un enfoque taxonómico que las divide en unilaterales y bilaterales⁷.

Las primeras remedian inmediatamente la inconstitucionalidad modificando la norma considerada anticonstitucional, o sea, el tribunal, corte o sala constitucionales actuarían como legisladores positivos, v. gr., las citadas sentencias interpretativas y las que contienen una declaración de inconstitucionalidad parcial, ya cuantitativa, ya cualitativa.

De su lado, las nombradas en segundo término suponen una interacción entre el órgano de cúpula de la justicia constitucional, el poder legislativo y/o la magistratura ordinaria (incluso podrían denominarse multilaterales si involucran a otro u otros órganos públicos además del congreso o parlamento). Entre aquéllas se pueden incluir, inter alia, a las declaraciones de mera incompatibilidad o de inconstitucionalidad sin nulidad o de inconstitucionalidad simple; las sentencias apelatorias; las sentencias exhortativas y las “sentencias aditivas de principio” o las “sentencias-delegación”⁸.

Faceta funcional importante de la cuestión que tratamos es la de la modulación de los efectos de los pronunciamientos por los órganos de justicia constitucional. Mutatis mutandis, y en referencia al contexto español (pero –creemos– con valencia exógena), se ha afirmado que, más allá de purismos dogmáticos, la posibilidad de modular los efectos de la nulidad –lejos de debilitar la eficacia del control de constitucionalidad– en la práctica lo refuerza, ya que permite que el tribunal actúe con mayor libertad al poder cohonestar la declaración de inconstitucionalidad, cuando ésta es necesaria, con la ponderación, no menos necesaria y siempre presente, de las consecuencias prácticas que sobre otros bienes constitucionalmente protegidos puede producir una declaración de nulidad sin modulaciones temporales⁹.

En torno a semejante actividad jurisdiccional moduladora, pueden contabilizarse enunciativamente las sentencias que retrasan sus efectos para dar tiempo a la intervención del legislador o las que declaran que la ley “todavía no es inconstitucional”.

7 AJA, Eliseo y GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, “Conclusiones generales”, AJA, Eliseo (ed.), Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual, Ariel, Barcelona, 1998, pp. 274 y ss.

8 Ver DÍAZ REVORIO, Francisco J., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, Revista Española de Derecho Constitucional, N° 61, Año 21, enero/abril 2001, CEPC, Madrid, pp. 85/86.

9 VIVER PI-SUNYER, Carles, en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo et al., La reforma de la justicia constitucional, Ministerio de Justicia, Centro de Estudios Jurídicos, Thomson - Aranzadi, Navarra, 2006, p. 94.

En este punto, es interesante traer a colación las denominadas “sentencias prospectivas”, cuyo origen puede ubicarse en la Suprema Corte de Justicia de EE.UU., y que, naturalmente, no tienen eficacia retroactiva, sino que producen efectos pro futuro quedando fijado en las mismas el plazo en que ello ocurrirá. Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA individualiza como punto de partida de tal modalidad sentencial en la jurisprudencia norteamericana a la pronunciada en “Linkletter vs. Walker”, de 1965¹⁰, “que rompe conscientemente con el ‘principio of absolute retroactivity invalidity’, por el argumento pragmático de que tal principio aplicado en el caso (una precisión sobre las garantías del proceso penal, especialmente sobre la prueba capaz de justificar un veredicto de culpabilidad) implicaría una grave perturbación de la Administración de la justicia; con ello se pretende ‘the purpose to be served by the new standards’”¹¹.

c) Advertencia final

Obviamente, y como en otros ámbitos en cuya superficie la justicia constitucional despliega su labor, en punto a tal abanico de variantes sentenciales deberá ella conducirse con prudencia y mostrarse consciente de sus límites, previsora de las consecuencias de sus pronunciamientos y respetuosa del reparto de competencias y funciones que a los distintos órganos del Estado se les asigna para operar en la respectiva dinámica institucional.

Por otra parte, la importante y polifacética cuestión que tratamos nos tiende el puente hacia el tema que abordaremos a continuación: las posibilidades de sustentación del control sobre las omisiones inconstitucionales en el Estado Constitucional.

2. La inconstitucionalidad por omisión¹²

a) Liminar

Recuerda DE OTTO que la promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma suprema en el ordenamiento, lo que debe complementarse especificando que la infracción a lo dispuesto en la

10 381 U.S. 618 (1965).

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La respuesta a las objeciones formuladas contra la justicia constitucional”, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., 2ª reimpres., Civitas, Madrid, 1991, p. 181, nota 124.

12 Sobre la problemática de la inconstitucionalidad por omisión en general, pueden consultarse – entre otros– los siguientes trabajos de BAZÁN, Víctor: “Un sendero que merece ser transitado: el control de la inconstitucionalidad omisiva”, en el libro colectivo coordinado por el mismo autor, *Desafíos del control de constitucionalidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pp. 171/269; y “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en la obra colectiva bajo la coordinación de dicho autor, *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Bogotá, 1997, pp. 41/108.

misma es antijurídica. En cambio, si el ordenamiento no determina tales pautas, los preceptos de ésta serán constitucionales sólo en cuanto están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, dado que una norma que puede ser infringida lícitamente no es una norma¹³. Al respecto, acota que si el ordenamiento preceptúa que es obligatorio acatar la Constitución escrita, “todos” sus preceptos son igualmente obligatorios, sea cual fuere la materia de que se ocupen, y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema¹⁴ (énfasis del original).

Embebido de ese espíritu, que enraíza en el Estado Constitucional, se fundamenta y legitima el control de constitucionalidad sobre las omisiones que violenten la Ley Fundamental, en orden a amparar la primacía y el vigor normativo de ésta.

Es interesante la visión de REVENGA SÁNCHEZ, para quien la fuerza normativa de la Constitución no surge del vacío, y la normatividad constitucional “presenta una dificultad intrínseca que proviene tanto del elevado nivel de abstracción y generalidad de sus prescripciones, como de sus propias fuentes normativas. En el punto de intersección entre la Política y el Derecho –política que se normativiza, y norma que aspira a una regulación de lo político– la Constitución afronta siempre el riesgo de ver socavada su fuerza directriz a manos de actores particularmente poderosos, y con tendencia a presentar resistencia a la vocación limitadora/encauzadora que toda norma, y particularmente la Constitución, conlleva”¹⁵ –remarcado añadido–.

Como se precisara hace ya varias décadas en relación con las normas que el legislador ordinario debía dictar para dar plena ejecución a la Constitución, cuando éste se abstiene de estatuir, por ese camino viene a violar gravemente la Constitución¹⁶.

En otros términos, la Constitución puede ser vulnerada no sólo por acción, sino, también, por omisión. Concretamente en este último caso, cuando no se actúa a pesar de la expresa previsión constitucional dirigida a que se lo haga o cuando se regula de modo deficiente plasmando una reglamentación insuficiente o discriminatoria que deja de dotar a algunos de lo que, en igualdad de condiciones o circunstancias, acuerda a otros (tema sobre el que volveremos).

La activación del contralor sobre la inercia inconstitucional persigue entre otros objetivos recomponer el imperio de la Ley Fundamental, cuya supremacía habría

13 DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., 5ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1997, pp. 17/18.

14 *Ibid.*, p. 18.

15 REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, *Presupuestos para la enseñanza del Derecho Constitucional*, Serie “Cuadernos del Rectorado”, N° 22, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Lima, 2010, p. 40.

16 BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho Constitucional*, Colección de Ciencias Sociales, N° 48, Tecnos, trad. de Pablo Lucas Verdú, Madrid, 1965, p. 269.

quedado momentáneamente bloqueada por la inacción del órgano omitente. En línea con ello, cabe recordar que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado¹⁷.

Aunque reiterativo es conveniente recordar que el Estado Contemporáneo es Estado Constitucional, en cuyo marco la Carta Fundamental ocupa un lugar central en el sistema jurídico¹⁸ (junto a los instrumentos internacionales universales y regionales básicos en materia de derechos humanos con valencia homóloga a ella en aquellos sistemas jurídicos que así lo hayan determinado¹⁹) y ostenta fuerza normativa, lo que supone la imperiosa obligación de garantizar la indemnidad de la Constitución, sea que los ataques en su contra se produzcan por acción o por omisión.

b) Variantes tipológicas

Inmerso en la lógica descripta, y con adscripción al Estado Constitucional, se fundamenta y legitima el control de constitucionalidad ejercitable sobre las omisiones

17 VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 3.

18 Ver sobre el punto, BAZÁN, Víctor, “Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión”, *Revista Derecho del Estado*, N° 20, Universidad Externado de Colombia, diciembre de 2007, Bogotá, pp. 121/144.

19 Por citar un caso ejemplificativo, el art. 75, inc. 22, párr. 2°, de la Constitución argentina –de acuerdo con la reforma de 1994– elabora la siguiente nómina de instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que ha acordado *jerarquía constitucional*: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño.

A tal registro originario (que en total suma once documentos) se han añadido *ex post*, con *alcurnia homóloga a la Ley Fundamental*, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley N° 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (instrumento al que se le ha conferido esa valía mediante la Ley N° 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003).

Sobre la cuestión en Argentina, véase de BAZÁN, Víctor, “La Corte Suprema de Justicia argentina y su rol en la articulación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”, *Revista de Derecho Político*, N° 73, Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), septiembre/diciembre de 2008, Madrid, pp. 315/373.

En torno al tema en el derecho comparado, ver el mismo autor, por ejemplo, en “Conexiones y tensiones entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Latinoamérica”, en VELÁSQUEZ RAMÍREZ, Ricardo y BOBADILLA REYES, Humberto (coords.), *Justicia constitucional, derecho supranacional e integración en el derecho latinoamericano*, “VIIa Convención Latinoamericana de Derecho”, Santiago de Chile, 8 a 12 de octubre de 2007, Grijley, Lima, 2007, pp. 269/307.

que resultan lesivas de la Ley Fundamental, en tanto la vigencia sociológica de ésta es presupuesto de intangibilidad de los mencionados caracteres vertebrales de supremacía y normatividad.

Al respecto, es conveniente reenviar a WESSEL²⁰ cuando de afrontar la tipología de omisiones inconstitucionales se trata. En una simplificación taxonómica extrema (pues profundizar en otras variantes tipológicas de preterición excedería el objeto del presente señalamiento) nos limitamos a indicar que ellas pueden ser: absolutas o totales, cuando directamente media ausencia de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente; y relativas o parciales, cuando el legislador, al emitir la norma para cumplir el mandato constitucional, y en equivalencia de condiciones y circunstancias, favorece a ciertos grupos y, sin fundamento objetivo, deja de lado a otros o concede ventajas a unos que no son dispensadas a otros, es decir que, al legislar, lesiona el principio de igualdad con su presupuesto de no discriminación (aunque puede involucrar otros principios o valores como el debido proceso) o emite una regulación deficiente gestada por una regla incompleta o normativamente insuficiente.

Avanzando en esa línea argumental, con un punto de toque con la problemática que analizamos, puede incluso plantearse la cuestión vinculada al defecto de pronóstico o de prognosis del legislador, esto es, el que gira en derredor de las reglas que, dictadas para operativizar un mandato constitucional concreto, habrían sufrido desgaste o desfase deviniendo anacrónicas y, consiguientemente, disvaliosas. Ello da lugar al interrogante de si la omisión del legislador en actualizarlas, resultaría idónea para desencadenar la corrección jurisdiccional. La doctrina alemana ha destacado la posibilidad de controlar la omisión o inactividad del legislador en mejorar o corregir tales normas. La preterición no se centraría ya en la ausencia total o parcial de la norma, sino en la falta de adaptación o perfeccionamiento de la existente, como propone GOMES CANOTILHO²¹.

c) El radio de acción de la magistratura constitucional

Con todo, es indispensable al menos bosquejar el perímetro y la superficie con que cuenta la magistratura constitucional para analizar el cuadro de situación que le permita descubrir la presencia de pretericiones inconstitucionales y generar los remedios para superarlas. Tal labor requerirá dosis importantes de prudencia y rigor en orden a sortear el riesgo de deslizarse hacia una trivialización de las declaraciones de inconstitucionalidad al ritmo de la insensatez o el apresuramiento.

20 WESSEL, Franz, "Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde", *Deutsches Verwaltungsblatt* (DVBl), cuad. 6, 1952, p. 164.

21 GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito Constitucional*, 6ª ed. rev., Almedina, Coimbra, 1993, p. 1091.

En esta dinámica reflexiva con que debe actuar el magistrado constitucional para descifrar si convergen o no los requisitos configurativos de la inconstitucionalidad por omisión, no debería prescindirse de un balance cuidadoso y realista de las diversas pautas en juego: normatividad y primacía de la Constitución; connotaciones axiológicas del derecho alegado o de la situación jurídica contraria a la Constitución que la omisión provoca; lapso de tiempo por el que viene manteniéndose la pasividad del órgano deferente; margen de acción (o de inacción) del legislador o de la autoridad pública comprometida; abanico de posibilidades al alcance de la judicatura para disponer la efectivización de una solución material y financieramente posible; y, entre otros aspectos, el deber de ejercer cabalmente el control de constitucionalidad.

Semejante ejercicio jurisdiccional supone naturalmente tener siempre presente la obligación de generar una solución equilibrada que ni conlleve a una temeraria invasión de sectores de atribuciones propios de otros poderes estatales, ni obture la actuación judicial si el órgano competente anula arbitrariamente la vigencia de la supremacía constitucional al omitir sine die el cumplimiento de los mandatos constitucionales o, ya en tarea de desarrollo constitucional, excluye injustificada y discriminatoriamente a algunos de lo que concede a otros en igualdad o equivalencia de circunstancias.

d) Breve recorrido por el derecho comparado

Para ilustrar este acercamiento, realizaremos una visita panorámica por el derecho comparado para recordar que el tema de la inconstitucionalidad por omisión ha sido institucionalizado o gestado por²²:

- las Constituciones Nacionales, por ejemplo en Portugal y Hungría, en dominios europeos; en el Brasil, Venezuela y Ecuador²³, ya en Latinoamérica; o en Angola y Timor, en latitudes africana y asiática, respectivamente;

22 Un acercamiento a la inconstitucionalidad por omisión en perspectiva iuscomparada puede verse en BAZÁN, Víctor, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en CARBONELL, Miguel (coord.), En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión, 2ª ed., IJ - UNAM, México D.F., 2007, pp. 75/270; y “La inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, con particular referencia al sistema venezolano”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, Tº I, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006, pp. 475/506.

23 La actual Constitución del Ecuador, aprobada por el referéndum de 28 de septiembre de 2008, incluye en el cuadro competencial de la Corte Constitucional la atribución de “*declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley*” –énfasis añadido– (art. 436, inc. 10). Es preciso hacer notar que el desborde normativo que algunos autores percibieron en tal cláusula

- la senda legal directa en Costa Rica, por medio de la Ley N° 7.135, de 11 de octubre de 1989; o mediata en cuanto a las omisiones legislativas, en España, donde por conducto de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional implementada por la Ley Orgánica N° 6/2007, de 24 de mayo, el recurso de amparo en defensa de los derechos fundamentales puede tener ahora por objeto también las omisiones de los órganos judiciales y de las autoridades administrativas, lo que no excluye la posibilidad de un control mediato del poder legislativo²⁴. Más recientemente, el 13 de junio de 2011, en República Dominicana se promulgó la Ley Orgánica N° 137/11 del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (LOTCCPC), que en el art. 47, párr. II, prefigura la posibilidad del dictado de sentencias interpretativas aditivas para conjurar las omisiones legislativas inconstitucionales, entendidas en sentido amplio, como ausencia de previsión legal expresa de lo que constitucionalmente debía haberse previsto;
- las Constituciones locales en países con estructura federal. como Brasil, México y Argentina; y
- el despliegue jurisprudencial de los Tribunales Constitucionales de Alemania y España y la Corte Constitucional de Italia, en Europa; y de la Corte Constitucional de Colombia (por ejemplo, Sentencias N°s. C-073/96, C-543/96, C-540/97, C-080/99, C-956/99, C-427/00, C-1433/00, C-007/01, C-1064/01, C-041/02, C-185/02, C-871/02, C-402/03, C-858/06), el Tribunal Constitucional del Perú (Exptes. N°s. 2.945-2003-AA/TC, in re “A.A.M.G.”, y 05427-2009-PC/TC, “Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva - AIDSESP), el hoy extinto Tribunal Constitucional de Bolivia (en la Declaración Constitucional

constitucional en punto a que la Corte Constitucional vendría a actuar directamente como un *legislador suplente*, ha quedado en cierto sentido morigerado, esencialmente respecto de las omisiones normativas absolutas, por la citada LOGJCC, cuyo art. 129.1, dispone: “En el caso de las omisiones normativas absolutas, se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia” –bastardillas agregadas–.

24 Sobre el último aserto vertido en el texto (control mediato del poder legislativo), se ha expresado: “El hecho de que se trate de impugnaciones cuyo objeto es de manera inmediata la acción u omisión de los poderes ejecutivo y judicial no excluye la posibilidad de un control mediato del poder legislativo, toda vez que la Sala o la Sección del Tribunal Constitucional que conoce del recurso de amparo puede concluir que la lesión de los derechos fundamentales ocasionada por la acción o la *omisión administrativas o judiciales* trae en realidad causa de la ley aplicada al caso,...” –cursivas añadidas– (“Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional”, Ponencia del Tribunal Constitucional de España, “XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos”, Vilna, Lituania, mayo de 2008, www.lrkt.lt/conference/Pranesimai/ES-Lituania%202008.doc).

Nº 06/2000 y las Sentencias Constitucionales 0009/2004 y 0018/2004), la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (Expte. Nº 266-2012, de 14 de febrero de 2013), las Supremas Cortes de Justicia de República Dominicana (in re “Productos Avon S.A.”, de 24 de febrero de 1999), México (las Controversias constitucionales 46/2002 de 10 de marzo de 2005 y 14/2005 de 3 de octubre de 2005, que dieron lugar a tres tesis jurisprudenciales relevantes: 9, 10 y 11 de 2006²⁵), y Argentina (v. gr., en los casos “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ Reajustes varios” I²⁶, de 8 de agosto de 2006, y II²⁷, de 26 de noviembre de 2007, y “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1.563/04 s/ Amparo Ley 16.986”²⁸, de 24 de febrero de 2009; por enumerar algunos decisorios), en tierras americanas.

e) Epílogo

Para comenzar a cerrar este señalamiento acudimos a Carrillo, quien asegura que en Europa (aunque –agregamos por nuestra parte– con reflejos hacia el ámbito latinoamericano), la configuración de la justicia constitucional como mecanismo de defensa de la Constitución, ha supuesto una notable innovación en la función jurídica y política de la Ley Fundamental: desde el punto de vista jurídico, porque no hay duda que la Constitución adquiere progresivamente la condición de norma jurídica exigible ante los poderes públicos y los particulares; y desde la óptica política, porque aquélla ordena el sistema político y los Tribunales Constitucionales se convierten en instrumentos de defensa del ordenamiento constitucional ante el legislador y el resto de los poderes del Estado²⁹.

La reflexión precedente nos autoriza a reiterar que la discusión en torno a las posibilidades de sustentación jurídico-política del contralor de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales representa un capítulo más de la tensión

25 Tituladas: “Principio de división funcional de poderes. Sus características”; “Órganos legislativos. Tipos de facultades o competencias derivadas del principio de división funcional de poderes” y “Omisiones legislativas. Sus tipos”; *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9ª Época, Pleno, T. XXIII, febrero de 2006, pp. 1533, 1528 y 1527, respectivamente.

26 Fallos, 329:3089. El decisorio lleva la firma de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

27 Fallos, 330:4866. Votaron de manera coincidente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

28 Fallos, 332:111. La mayoría estuvo compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta lo hicieron los ministros Petracchi y Argibay y en disidencia parcial individual lo hizo el doctor Fayt.

29 CARRILLO, Marc, “La Jurisdicción Constitucional en Europa: las funciones del Tribunal Constitucional Español y las hipotecas del caso chileno”, en MORODO, Raúl y DE VEGA, Pedro (dirs.), *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, Tº II, UNAM y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 1472.

constitucionalismo-democracia, judicatura-congreso, tribunal constitucional-parlamento o, en otras palabras, de la delicada vinculación entre jurisdicción y legislación³⁰.

Las relaciones tensionales entre la justicia constitucional y el congreso o parlamento deben reconducirse en términos constructivos y, en el contexto específico de la inercia o la mora legislativas anticonstitucionales, la labor jurisdiccional superadora que al respecto se acometa no debería ser impulsada (ni entendida) en un plano confrontativo o de puja de poder, sino desde la vertiente del diálogo y la colaboración comprometidos institucionalmente en la búsqueda de un equilibrio que, sin soslayar la irrenunciable misión del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional de conservar inalterada la vigencia normativa suprema de la Carta Magna, resguarde la estructura del Estado, la división de poderes, la autoridad democrática del legislador y la libertad de configuración política que éste ostenta³¹.

En esa lógica interactiva es tan importante que la magistratura constitucional actúe imbuida de un activismo prudente, como que el congreso o el parlamento asuman la medular importancia de su rol institucional y actúen a la altura de las circunstancias que el Estado Constitucional les impone.

3. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales³²

a) Control constitucional previo y obligatorio

Como factores de análisis para una visión integral del problema que nos convoca, no cabría soslayar –inter alia– la creciente interdependencia de los Estados, la imposibilidad de aislamiento frente a los fenómenos de globalización e integración económica, la necesaria imagen de seriedad y confiabilidad hacia la comunidad internacional sustentada en la garantía de la seguridad jurídica fronteras adentro y la solidificación de la decisión institucional de dar cumplimiento a los compromisos internacionales que acometa el Estado en cuestión.

30 La frase que cierra este tramo del texto: “la delicada vinculación entre jurisdicción y legislación”, es paráfrasis de la apreciación de ZAGREBELSKY, quien alude a “lo delicado de la relación entre jurisdicción y legislación” (ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., Trotta, trad. de Marina Gascón, Madrid, 1999, p. 152).

31 Ver sobre el punto, BAZÁN, Víctor, “Las omisiones legislativas inconstitucionales y su posible corrección: entre la tensión y el diálogo del Poder Judicial y el Congreso”, en AA.VV., *El Poder Legislativo. Aportes para el conocimiento del Congreso de la Nación Argentina*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, pp. 899/929.

32 Para ampliar sobre el particular, ver el libro de BAZÁN, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales. Una visión de derecho comparado*, Porrúa, México D.F., 2003, passim.

En esa realidad contextual no nos parece que la temática en estudio recepte una importancia menor o secundaria; tampoco, que sea indiferente que un determinado ordenamiento jurídico diseñe normativamente o habilite jurisprudencialmente un control de constitucionalidad represivo o posterior de los instrumentos internacionales en vigor.

Pensamos que una vez que el documento internacional en cuestión se encuentre en vigor e integrado al ordenamiento jurídico interno, resultaría inconveniente habilitar a su respecto un control de constitucionalidad a posteriori, pues si siguiéramos un razonamiento hipotético, ¿qué sucedería si el órgano jurisdiccional constitucional pertinente concluyera que el mismo es total o parcialmente inconstitucional y, al hilo de tal decisión, se optara por no cumplir sus postulados? Percibimos que semejante alternativa podría coadyuvar al debilitamiento del contenido axiológico y jurídico de la exigencia que se impone a todo Estado de honrar sus compromisos internacionales. Ello tampoco supondría –precisamente– respetar los principios generales del derecho internacional y, ya en particular, las pautas *pacta sunt servanda* (norma fundamental de todo el derecho de los tratados), cumplimiento de buena fe e impropiedad de alegar disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de los acuerdos internacionales; y, por el contrario, propiciaría el demérito de la seguridad jurídica y el desencadenamiento de la responsabilidad internacional del país en cuestión.

b) Señalamiento iuscomparado

De un rápido recorrido por un sector de la preceptiva constitucional latinoamericana: Colombia, Ecuador, Bolivia, Chile, Venezuela y República Dominicana, tomado sólo para graficar la problemática expuesta, surge que –aunque con matices–, en aquél se diagrama por vía de principio un control de constitucionalidad previo o preventivo de los instrumentos internacionales, que puede adoptar las modalidades que a continuación se detallarán.

i) Obligatorio

Tal tipología se configura, no exenta de matices, por ejemplo en Colombia, Ecuador, Bolivia y República Dominicana.

i) En Colombia, y pese a la solución que por mayoría adoptó la Corte Constitucional (C.C.) en la Sentencia N° C-400 de 1998³³ (a favor de su competencia para resolver

33 Expediente L.A.T.-108; M.P.: Alejandro Martínez Caballero, respecto de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales”, formalizada en Viena el 21 de marzo de 1986 y de la Ley N° 406 de 24 de octubre de 1997 por medio de la cual se aprueba dicha Convención, la Corte Constitucional dejó en claro que abandonaba la doctrina desarrollada en la Sentencia N° C-276 de 1993 (M.P.:

respecto de demandas de inexecutableidad incoadas contra tratados internacionales perfeccionados con anterioridad a la vigencia de la Constitución de 1991), pareciera que el propio material normativo-constitucional y los antecedentes en que éste se basa no ofrecen mayores dudas sobre la modalidad de control de constitucionalidad de los instrumentos internacionales y de sus leyes aprobatorias concebida por la Asamblea Constituyente y volcada al texto de la Ley Fundamental vigente: previo o preventivo y automático, oficioso u obligatorio.

Ello así, y más allá de las discrepancias léxicas acerca de cuáles pudieran resultar las adjetivaciones lingüística o jurídicamente más puras para caracterizarlo, queda al descubierto la imposibilidad de que la C.C. ejerza el control de constitucionalidad posterior, represivo o correctivo, es decir, articulable sobre el tratado o la ley aprobatoria una vez que aquél ha quedado perfeccionado o, para ser más claros, se patentiza la imposibilidad jurídica de que el instrumento internacional sea invalidado constitucionalmente después de su ratificación.

Hacia tal criterio transporta una hermenéutica armonizante de los artículos constitucionales 241, numeral 10, y 9, inter alia.

Aquél, contiene un precepto especial y específico acerca de la aludida competencia fiscalizatoria de la C.C. sobre los tratados internacionales y las leyes que los aprueben, que determina la ocasión exclusiva en la que “cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad”, directriz que –partiendo de la advertencia lanzada en el introito del art. 241 en el sentido de que a aquélla se le confía la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución “en los estrictos y precisos términos” de dicha norma– no podría (o no debería) quedar mediatizada en el particular por la aplicación de una cláusula general, como la contenida en el numeral 4 del art. 241, para legitimar el control ex post.

Por su parte, el art. 9 aporta lo suyo en cuanto a que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan, entre otros puntos, en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia, algunos de los cuales no saldrían

Vladimiro Naranjo Mesa) relativa a su inhibición de examinar la constitucionalidad de un tratado internacional perfeccionado; criterio, este último, ya expuesto por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 6 de junio de 1985 (M.P.: Carlos Medellín Forero). A su vez, con la Sentencia N° C-276 de 1993 la Corte Constitucional había corregido el curso tomado mediante la Sentencia N° C-027 de 5 de febrero de 1993 (M.P.: Simón Rodríguez Rodríguez), en la que decidió sobre el mérito de las demandas incoadas contra la Ley N° 20 de 1974 y contra el Concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede en 1973, algunos de cuyos artículos fueron declarados inexecutableos, no obstante que el aludido instrumento internacional había sido objeto de canje de ratificaciones desde el 2 de julio de 1975.

En el marco de la Sentencia N° C-400 de 1998, son de muy recomendable lectura el salvamento de voto propiciado por el Mag. José Gregorio Hernández Galindo y sendos salvamentos parciales de voto de los Mags. Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa.

precisamente indemnes frente a la posibilidad de un control de constitucionalidad posterior del tratado internacional. Piénsese, por ejemplo y de conformidad con lo anticipado, en las citadas pautas *pacta sunt servanda*, buena fe e improcedencia de alegar disposiciones de derecho interno para dejar de cumplir las obligaciones internacionales asumidas.

Nos parece que la línea analítica que esbozamos podría permitir una armonización del carácter intangible del derecho internacional con el respeto por los postulados positivados al respecto en la Constitución colombiana.

En dirección convergente al sentido conclusivo que perfilamos parecieran enderezarse algunas sentencias de la C.C., como la N° C-178, de 25 de abril de 1995 (Expediente N° L.A.T. 041; M.P.: Fabio Morón Díaz), o la N° C-1.139, de 30 de agosto de 2000 (Expediente N° L.A.T. 167; M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa); como así también la ponencia presentada en forma conjunta por los constituyentes que integraron la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, que decantara en la Ley Fundamental de 1991, sin olvidar el Acta N° 1 emanada de la Subcomisión de Relaciones Internacionales de la mencionada Asamblea.

ii) Ya en lo concerniente a Ecuador, la modalidad fiscalizatoria previa y obligatoria fue establecida en la Constitución de 1998. Ello, cuando se trataba de aquellos instrumentos que requirieran la aprobación del Congreso Nacional, es decir, los enumerados en el entonces artículo 161 constitucional. O sea, que se refirieran a materia territorial o de límites; que establecieran alianzas políticas o militares; que comprometieran al país en acuerdos de integración; que atribuyeran a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley; que se refirieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos; y que contuvieran el compromiso de expedir, modificar o derogar alguna ley.

Tal competencia se puso a cargo del hoy extinto Tribunal Constitucional. Actualmente, esto es, según el citado texto constitucional vigente luego del referéndum de 28 de septiembre de 2008, el art. 438, inc. 1°, estatuye que la Corte Constitucional (que sustituyó a aquel Tribunal) emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad respecto de los tratados internacionales, con anterioridad a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.

Desarrollando tal disposición constitucional, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional³⁴ (LOGJCC) ha determinado en su art. 107

34 Publicada en el Segundo Suplemento del *Registro Oficial* N° 52 de 22 de octubre de 2009, derogatoria de la Ley del Control Constitucional, promulgada el 2 de julio de 1997.

que la Corte Constitucional intervendrá a través de los siguientes tres mecanismos: dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa; control constitucional previo a la aprobación legislativa; y control sobre las resoluciones mediante las que se imparte la aprobación legislativa.

Sin embargo, debe advertirse que el art. 112, inc. 4°, de la LOGJCC abre la puerta al control de constitucionalidad posterior, ya que estatuye: “Cuando se declara la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado, el Estado deberá denunciar el tratado ante el órgano correspondiente, la orden de promover la renegociación del tratado, o promover la enmienda, reforma o cambio constitucional” –énfasis agregado–.

iii) En su momento, según la reforma constitucional de 1994, en Bolivia la competencia que recaía en el Tribunal Constitucional anterior al Tribunal Constitucional liquidador, hacía presumir que el control de constitucionalidad de tratados y convenios internacionales era facultativo o potestativo.

Sin embargo, debe advertirse que, de acuerdo con la vigente Constitución aprobada por el referéndum de 25 de enero de 2009 (que abrogó la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas), y con una redacción no del todo nítida, el art. 203, inc. 9°, establece como atribución del actual Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), concebido por la Ley Fundamental hoy en vigor, efectuar el control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales³⁵.

Más aún, el Código Procesal Constitucional (instrumentado por la Ley N° 254, de 5 de julio de 2012), estatuye en su art. 106: “El control previo de constitucionalidad de Tratados Internacionales tiene por objeto confrontar el texto de dichos instrumentos con la Constitución Política del Estado, antes de su ratificación, y determinar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, total o parcial” –destacado agregado–. Más allá del citado art. 106, dicho Código despliega otras referencias a tal tipología de

35 Es de hacer notar que la Disposición Transitoria Novena determina: “Los tratados internacionales anteriores a la Constitución y que no la contradigan se mantendrán en el ordenamiento jurídico interno, con rango de ley. En el plazo de dos años desde la elección del nuevo Órgano Ejecutivo, éste denunciará y, en su caso, renegociará los tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución”.

Por su parte, el art. 410 estipula: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa.

”La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía:

1° La Constitución.

2° Las leyes y los tratados internacionales.

3° Los decretos supremos.

4° Las normas departamentales, regionales y municipales.

5° Normas de carácter administrativo”.

control previo de tratados internacionales en los arts. 104; 105, inc. 1º; y 107/110, de cuya interacción puede afirmarse que semejante fiscalización reviste carácter de obligatorio.

iv) Por último, ubicamos también en la presente categoría (un poco intuitivamente) a República Dominicana.

Como vimos, en tal contexto jurídico se promulgó la Ley Orgánica N° 137/11, LOTCPC; la que fue modificada por medio de la Ley N° 145/11, de 4 de julio de 2011, reformándose –en lo que aquí interesa– su Considerando Decimotercero, para que en adelante se lea como sigue: “Que dentro de los procedimientos constitucionales a ser regulados se encuentra el control preventivo de los tratados internacionales” –énfasis añadido–.

De ello se desprende que República Dominicana se suma a la nómina de Estados que han instrumentado el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales, y al no efectuarse mayores especificaciones en la literalidad de la norma, no es irrazonable pensar que tal fiscalización preventiva pueda realizarse con carácter obligatorio.

b) Obligatorio y facultativo

Ambas posibilidades parecieran convivir en Chile, al menos desde el plano normativo y según los supuestos de que se trate, a partir de la reforma constitucional de 2005.

Allí se habría programado un control previo obligatorio de los tratados referentes a materias que en el derecho interno son objeto de ley orgánica constitucional. En tal sentido, el art. 93.1 de la Constitución establece dentro de las atribuciones del Tribunal Constitucional, la siguiente: “Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación” –remarcado agregado–; competencia que figura reproducida en el art. 31.1 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (LOTC), según el D.F.L. N° 5, de 1 de junio de 2010³⁶, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de tal ley.

Precisamente, la LOTC, en su art. 48, párr. 1º, prevé: “En el caso del número 1º del artículo 93 de la Constitución, corresponderá al Presidente de la Cámara de origen enviar al Tribunal los proyectos de las leyes que interpreten algún precepto de

36 Publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, el 10 de agosto de 2010.

la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de los tratados que contengan normas sobre materias propias de estas últimas” –sobremarcado añadido–.

A su tiempo, y paralelamente, se habría diseñado una hipótesis de contralor previo facultativo a iniciativa de determinados órganos o autoridades del Estado. Así, el art. 93.3 de la Constitución acuerda al Tribunal la atribución de “resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”; prerrogativa trasvasada al art. art. 31.3 de la LOTC.

En la parte final del señalado art. 93, al referirse a la pauta contenida en el número 3 del mismo, la Ley Fundamental chilena establece que “el Tribunal sólo podrá conocer de la materia a requerimiento del Presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de una cuarta parte de sus miembros en ejercicio, siempre que sea formulado antes de la promulgación de la ley o de la remisión de la comunicación que informa la aprobación del tratado por el Congreso Nacional y, en caso alguno, después de quinto día del despacho del proyecto o de la señalada comunicación” –énfasis agregado–. Añade que deberá resolverlo “dentro del plazo de diez días contado desde que reciba el requerimiento, a menos que decida prorrogarlo hasta por otros diez días por motivos graves y calificados” y que tal “requerimiento no suspenderá la tramitación del proyecto; pero la parte impugnada de éste no podrá ser promulgada hasta la expiración del plazo referido, salvo que se trate del proyecto de Ley de Presupuestos o del proyecto relativo a la declaración de guerra propuesta por el Presidente de la República”.

Vale precisar que, de conformidad con la parte final del art. 49, in fine, de la LOTC, “si el Tribunal resuelve que uno o más preceptos de un tratado son inconstitucionales, deberá declararlo así por resolución fundada cuyo texto íntegro se remitirá a la Cámara de origen. La inconstitucionalidad total impedirá que el Presidente de la República ratifique y promulgue el tratado. La inconstitucionalidad parcial facultará al Presidente de la República para decidir si el tratado se ratifica y promulga sin las normas objetadas, en caso de ser ello procedente conforme a las normas del propio tratado y a las normas generales del derecho internacional” –remarcado agregado–.

En este último caso (inconstitucionalidad parcial), se comunicará el acuerdo aprobado por el Congreso Nacional, con el quórum correspondiente, y las normas cuya inconstitucionalidad se haya dispuesto, para que el Presidente de la República decida si hará uso de la facultad señalada en el párrafo anterior (cfr. art. 50, in fine, LOTC).

Por lo demás, la LOTC estipula en su art. 51, párrafo primero, que habiéndose pronunciado el Tribunal sobre la constitucionalidad de las normas de un tratado, o de un proyecto de ley orgánica constitucional o de ley que interprete algún precepto

de la Constitución Política, no se admitirá a tramitación en el Tribunal ningún requerimiento para resolver cuestiones sobre constitucionalidad de dichos proyectos o de uno o más de sus preceptos.

Como mensaje telegráfico final, pareciera que no concurren motivos jurídicamente incontrovertibles para sostener semejante bifurcación en cuanto al control preventivo de constitucionalidad: obligatorio para los tratados referidos a asuntos objeto de ley orgánica constitucional, y potestativo para los que no lo sean. Es que estos últimos también podrían resultar contrarios a la Constitución y, de ese modo, si se omitiera el control previo, eventualmente tampoco debería habilitarse el control posterior de constitucionalidad, puesto que –entre otras razones– el art. 50.1 de la Constitución, en uno de sus tramos, prescribe: “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional”. Pero además, semejante hipótesis de fiscalización constitucional a posteriori también violaría los nombrados principios iusinternacionales fundamentales contenidos en los arts. 26 y 27 y su relación con el art. 31.1, todos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

c) El reto concreto que recae en la justicia constitucional

Consecuentes con lo expresado hasta aquí, nos pronunciamos a favor del control preventivo o a priori de constitucionalidad de los instrumentos internacionales. Incluso, y para evitar potenciales inconvenientes en el despliegue vivencial de los mismos, pensamos que sería aconsejable pautar que dicha fiscalización fuese obligatoria, en orden a prevenir contradicciones o disturbios jurídicos ad intra; coadyuvar al mantenimiento de la coherencia y la lógica del sistema interno de fuentes, y evitar la vinculación jurídica del Estado pertinente en el ámbito internacional sin proceder, previamente, a las adaptaciones normativas correspondientes (por ejemplo, una reforma constitucional) o, en su caso, a desistir de la aprobación del documento internacional o a concretarla con reservas, en la medida en que éste lo permita.

Justamente, el desafío de la justicia constitucional radica en evitar que la praxis jurisprudencial desnaturalice o erosione el sustrato de las disposiciones específicas de las respectivas regulaciones constitucionales que han estatuido una modalidad preventiva o previa de constitucionalidad de los instrumentos internacionales, habilitando vías forzadas o heterodoxas para canalizar el control a posteriori.

4. Sobre la efectivización de los derechos económicos, sociales y culturales

A) Preliminar

Entre los derechos civiles y políticos y los DESC existe unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y de ninguna

manera media separación antinómica. En tal sentido, la utilización léxica de la expresión “generaciones de derechos humanos”, u otras equivalentes, no puede ni debe afectar aquella unidad conceptual de los derechos, puesto que ellos imbrican en la dignidad humana, obviamente, también unitaria. De ello se sigue –en palabras de GARCÍA RAMÍREZ– que, planteado el carácter integral de los derechos, corresponde afrontar igualmente el carácter integral de su protección³⁷.

Al ser unitaria la dignidad humana, la bifurcación de los derechos humanos en “categorías” pretendidamente diversas y estancas, sólo conduce a la creación de falsas dicotomías que poco aportan en favor de la indivisibilidad, la universalidad y la interdependencia de los derechos humanos, sean éstos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales. No es un secreto que los enfoques atomizados o fragmentados, como el que subyace a la tesis de las “generaciones de derechos humanos”, han dificultado la evolución del derecho internacional de los derechos humanos³⁸ en la dimensión fáctica.

Al menos, podríamos convenir en que tal estereotipada fórmula no puede ser aceptada a-criticamente, sino que, como alternativa de “mínima”, debe ser repensada, verificando si en definitiva es léxica, histórica y jurídicamente correcta o simplemente una creación discursiva arbitraria³⁹.

Prestigiosa visión autoral formula serias objeciones a la tesis de la escisión generacional de los derechos. En efecto, y sólo por citar algunos ejemplos, CANÇADO TRINDADE alude a la “fantasía de las generaciones de derechos”⁴⁰; RABOSI destaca que la consecuencia más dañina que tal doctrina genera es que implica y/o brinda un argumento a quienes sostienen que entre los derechos humanos civiles y políticos y los derechos humanos económicos, sociales y culturales existe una diferencia categorial de fondo o una distinción esencial⁴¹; por su parte, y entre otros cuestionamientos, PINTO enfatiza que la elección de la variable en que se sustenta dicha tesis es “caprichosa”⁴² y que la consistente doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad

37 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones constitucionales*, N° 9, julio/diciembre de 2003, IJ - UNAM, México D.F., p. 131.

38 Cfr. CANÇADO TRINDADE, Antônio A., en el prólogo a la obra de PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. II.

39 RABOSI, Eduardo, “Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché”, *Lecciones y Ensayos*, Nos. 69/70/71, 1997-98, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, AbeledoPerrot, Buenos Aires, pp. 41 y ss., *passim*.

40 Así la denomina CANÇADO TRINDADE, Antônio A., “Derechos de solidaridad”, en CERDAS CRUZ, Rodolfo y NIETO LOAYZA, Rafael (comps.), *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, T° I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1994, p. 64.

41 RABOSI, Eduardo, *op. cit.*, pp. 49/50.

42 PINTO, Mónica, *op. cit.*, p. 56.

de los derechos humanos se ve muy “contrariada” con la fórmula de las generaciones de derechos⁴³.

Se impone la necesidad de fortalecer los mecanismos internos de exigibilidad y justiciabilidad de los DESC, como paso previo a la articulación de los resortes transnacionales, dado que –como anticipábamos– la jurisdicción internacional es complementaria o coadyuvante de la nacional⁴⁴.

b) Recorrido jurisprudencial

Descendiendo de tal marco teórico para enfocar la aplicación práctica del desiderátum tuitivo de los DESC, puede verificarse en la jurisprudencia de algunos de los máximos órganos iusconstitucionales latinoamericanos, con mayor o menor grado de profundidad, una interesante actividad en pro de la efectivización de dichos derechos, tal como se expondrá a continuación.

a) Bolivia

Su hoy desaparecido Tribunal Constitucional (reemplazado –como anunciábamos– por el Tribunal Constitucional liquidador, actualmente suplantado por el TCP) siguió una laudable vertiente jurisprudencial protectoria⁴⁵.

Pueden citarse, en esa dirección, las Sentencias Constitucionales 411/2000-R, de 28 de abril de 2000, que obligó al Estado a proporcionar tratamiento médico a una enferma crónica y a la realización de hemodiálisis a enfermos renales; 433/2000-R, 530/2000-R y 1.052/2001-R, todas sobre tratamientos médicos de personas con enfermedades crónicas; 0026/2003-R, de 8 de enero de 2003, sobre provisión de tratamiento y medicamentos antirretrovirales a personas con VIH-SIDA; o la 1.871/2003-R, de 15 de diciembre de 2003, acerca de la protección que debe dispensarse a la mujer embarazada, respecto de quien, a pesar de su estado de gravidez, se había ordenado su detención preventiva, desconociendo la especial protección que la Constitución Política reconoce a favor de la maternidad.

b) Argentina

Con una tónica activista la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ejemplificativamente, ha proporcionado cobertura tuitiva a:

43 *Ibid.*, p. 57.

44 Ver para ampliar, entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor, “Vías de maximización protectoria de los derechos económicos, sociales y culturales”, *La Ley*, T° 2007-D, Buenos Aires, pp. 1135/1149.

45 Para un acercamiento al escenario actual de Bolivia, vid. BAZÁN, Víctor, “Los derechos fundamentales (particularmente económicos, sociales y culturales) en el Estado Plurinacional de Bolivia y ciertos desafíos que a su respecto afronta la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 16, enero-diciembre de 2012, CEPC, Madrid, 2012, pp. 21/60.

- el derecho a la salud, reconocido como derecho fundamental, por ejemplo, in re “María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado Provincial”⁴⁶, de 30 de octubre de 2007⁴⁷.
- los derechos laborales, v. gr., declarando la inconstitucionalidad de algunas normas de la Ley de Riesgos del Trabajo: “Castillo, Ángel Santos c/ Cerámica Alberdi S.A.”⁴⁸, de 7 de septiembre de 2004, y “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ Art. 39 Ley 24.557”⁴⁹, de 21 de septiembre de 2004; del tope tarifario implementado en la Ley de Contrato de Trabajo para la cuantificación de la indemnización por despido incausado: “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ Despido”⁵⁰, de 14 septiembre de 2004; o sustentando la estabilidad laboral del empleado público: “Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ Reincorporación”⁵¹, de 3 de mayo de 2007.
- la movilidad y la actualización de haberes previsionales: “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ Reajustes varios”⁵², de 17 de mayo de 2005; las citadas causas

46 *Fallos*, 330:4647. Dicha sentencia revocó la decisión que había rechazado la acción de amparo tendiente a obtener la cobertura integral de los gastos para la atención de una persona con discapacidad de naturaleza motora, mental, visceral y sensorial grave, en virtud de existir un reclamo similar en sede administrativa, pues -entre otros argumentos- la Corte consideró en el voto mayoritario que siempre que se amerite el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, los jueces deben habilitar las vías del amparo, ya que la existencia de otras vías procesales que puedan obstar a su procedencia no puede formularse en abstracto sino que depende de la situación concreta a examinar. En síntesis, por mayoría, y al tiempo de dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido, ordenó se remitieran los autos al tribunal de origen para que, por quien correspondiera, se dictara un nuevo decisorio con arreglo al criterio que sentaba el Alto Tribunal.

Los posicionamientos en el Tribunal fueron los siguientes: por la mayoría, los jueces Lorenzetti, Fayt y Maqueda; en sendos votos concurrentes, los ministros Highton de Nolasco y Zaffaroni; y, por último, en disidencia conjunta, los doctores Petracchi y Argibay.

47 Reenviamos a BAZÁN, Víctor, *Derecho a la salud y justicia constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2013.

48 *Fallos*, 327:3610. Votaron coincidentemente los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

49 *Fallos*, 327:3753. La posición triunfante fue sustentada por los jueces Petracchi y Zaffaroni. A su turno, por su voto se pronunciaron los ministros Belluscio y Maqueda, en concurrencia conjunta, y Highton de Nolasco y Boggiano, en mociones individuales.

50 *Fallos*, 327:3677. Se expidieron de modo consonante todos los firmantes: ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

51 *Fallos*, 330:1989. La mayoría quedó configurada por los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi; en voto concurrente conjunto se pronunciaron los ministros Highton de Nolasco y Maqueda y en concurrencia individual lo hizo la doctora Argibay.

52 *Fallos*, 328:1602. La mayoría quedó constituida con los ministros Petracchi, Belluscio, Fayt, Highton de Nolasco y Lorenzetti. A su turno, concurrentemente votaron los jueces Zaffaroni y Argibay, de modo conjunto, y Maqueda, individualmente. Por último, en disidencia se expidió el doctor Boggiano.

“Badaro” I y II⁵³; y “Elliff, Alberto c/ ANSeS s/ Reajustes varios”⁵⁴, de 11 de agosto de 2009.

- la inaplicabilidad del tope máximo de haberes previsionales: “Aban, Francisca América c/ ANSeS”⁵⁵, de 11 de agosto de 2009.
- la protección de la libertad de asociación sindical: “Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales”⁵⁶, de 11 de noviembre de 2008; y “Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional - Armada Argentina s/ Sumarísimo”⁵⁷, de 9 de diciembre de 2009.
- la tutela de los DESC respecto de las personas privadas de su libertad: por ejemplo, en “Méndez, Daniel Roberto s/ Recurso de casación”⁵⁸, de 1 de noviembre de 2011 (que cita en varios párrafos a la conocida sentencia recaída in re “Verbitsky, Horacio”⁵⁹), declaró la inconstitucionalidad del art. 121.‘c’ de la Ley 24.660⁶⁰, de ejecución de la pena privativa de la libertad, que dispone que “[l]a retribución del trabajo del interno, deducidos los aportes correspondientes a la seguridad social, se distribuirá simultáneamente en la forma siguiente: [...] c) 25% para costear los gastos que causare en el establecimiento”. Preciso que ello no sólo frustraba y desvirtuaba los propósitos de la ley en la que se encontraba inserto –sustentar el fin de readaptación social del condenado–, sino que colisionaba con enunciados de jerarquía constitucional, siendo deber de los jueces apartarse de tal precepto y dejar de aplicarlo a fin de asegurar la supremacía constitucional, sin que se tratara de apreciar el mérito, la conveniencia o la oportunidad de una norma dictada por el legislador, cayendo la cuestión bajo la jurisdicción de la Corte, dado que al Poder Judicial le competía garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que fueran sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias (consid. 6º, párr. 5º).

53 Ver *supra*, notas 26 y 27 a pie de página.

54 *Fallos*, 332:1914. Formaron la mayoría los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Concurrentemente se pronunció la jueza Argibay.

55 *Fallos*, 332:1933. Integraron la mayoría los jueces Lorenzetti, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. En disidencia se expidió la ministra Highton de Nolasco.

56 *Fallos*, 331:2499. Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

57 *Fallos*, 332:2715. Firmaron el fallo los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni. Por su voto se pronunció la jueza Argibay.

58 *Fallos*, 334:1216. Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

59 *Fallos*, 328:1146. La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se expidió el doctor Boggiano y, también disidentemente –aunque sólo en forma parcial–, lo hicieron por separado los jueces Fayt y Argibay.

60 B.O. de 16 de julio de 1996.

Luego de señalar que la readaptación social del penado resultaba no un mero objetivo de la ejecución de las penas privativas de la libertad, sino el objetivo “superior” de ese sistema, acotó que del texto constitucional y de los tratados internacionales con dicha jerarquía (arts. 18 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), surgía “que pesa sobre el Estado el deber de custodia de todas las personas que están sometidas a detención preventiva o condena y que dicho deber estatal debe llevarse a cabo con el debido respeto de los derechos fundamentales reconocidos por dichas normas, en el marco de los estándares internacionales” (consid. 3º, párr. 1º).

Antes había advertido que no por su elevado emplazamiento, dicho objetivo consentía toda medida por el solo hecho de que se la considerase dirigida a su logro, pues no resultaba admisible que, so color de la mentada readaptación, el Estado pusiera la satisfacción –total o parcial– de obligaciones propias en cabeza del interno (id. consid.).

Vale recordar que el art. 18 de la Constitución Nacional señala que las cárceles serán sanas y limpias para resguardo y no para castigo de los detenidos en ellas –cláusula que según la Corte Suprema tiene contenido operativo–, por lo que se impone al Estado, por intermedio de los servicios penitenciarios respectivos, la obligación y la responsabilidad de dar a quienes están cumpliendo una condena o una detención preventiva la adecuada custodia que se manifiesta también en el respeto de sus vidas, salud e integridad física y moral. Agregó el Alto Tribunal que, más aún: “las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones” a dichas obligaciones, pues ello “sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla” –art. 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH]– (consid. 3º, párr. 2º).

Apoyándose en diversos documentos internacionales con jerarquía constitucional, instrumentos de soft law e inter alia jurisprudencia de la Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, trasuntó la idea de que por la “relación e interacción especial de sujeción” que se establece entre el interno y el Estado (consid. 5º), éste no puede dejar de cumplir respecto de aquél sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

- la defensa de la vivienda única y familiar: “Rinaldi, Francisco Augusto y otro c/ Guzmán Toledo, Ronal Constante y otra s/ Ejecución hipotecaria”⁶¹, de 15 de marzo de 2007.

61 *Fallos*, 330:855. Los alineamientos fueron los siguientes: el voto que encabeza la sentencia correspondió a los ministros Highton de Nolasco y Maqueda; concurrentemente, en forma conjunta y coincidiendo con éstos en sus primeros once considerandos, se expidieron los jueces Lorenzetti y Zaffaroni; y, finalmente, la doctora Argibay se pronunció por su voto.

- los DESC en torno a personas en “situación de calle” y, vinculado mediatamente al caso anterior, el derecho de acceso a la vivienda digna: la base fáctica del caso “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”⁶², resuelto por la Corte Suprema el 24 de abril de 2012, muestra que una mujer en situación de calle –residente en esa ciudad desde 2000– dedujo una acción de amparo para que el Gobierno local la incluyera, junto a su hijo menor que padecía una discapacidad motriz, visual, auditiva y social producida por una encefalopatía crónica, en los programas en materia de vivienda, y le proporcionara alguna alternativa para salir de la grave situación en que se encontraba.

En primera y segunda instancias se admitió la acción, aunque la sentencia de cámara fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local. Contra dicho fallo, la actora planteó recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen a la queja. Ésta fue receptada por la Corte Suprema, que hizo lo propio respecto del citado recurso extraordinario, revocando la decisión recurrida.

Vale destacar que la Corte reiteró que el derecho a la “vivienda digna” es un derecho fundamental y, como tal, consagra las obligaciones de hacer a cargo del Estado, con las siguientes características: **i)** no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad (consid. 10 de la mayoría); **ii)** esa operatividad tiene un carácter derivado, no directo (ibíd., consid. 11); y **iii)** están sujetas al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial (ibíd., consid. 12).

En cuanto a la nombrada operatividad de carácter derivado, añadió que ella significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación, pues existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y también los recursos necesarios, originándose una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad, la que en definitiva soporta la carga. En consecuencia, la Corte manifestó no desconocer las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinados a hacer operativo el derecho referido y al hábitat adecuado. Consideró incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno. Determinó, en síntesis, que todo ello significa que las normas que menciona en el fallo no consagran una operatividad directa, en el sentido de que todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial (ibíd., consid. 11).

62 *Fallos*, 335:452. Los alineamientos fueron los siguientes: la moción que encabeza el fallo fue firmada por los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en sendos votos individuales se pronunciaron los jueces Petracchi y Argibay.

Asimismo, puntualizó que aquel control de razonabilidad por parte del Poder Judicial supone que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes del Estado deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad (ibíd., consid. 17).

En definitiva, la Corte ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que: i) interviniera con los equipos de asistencia social y salud con los que contaba para asegurar que el niño dispusiera de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requería y proveyera a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional; y ii) garantizara a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presentaba el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada.

c) Chile

El 26 de junio del 2008, su Tribunal Constitucional dictó –por mayoría⁶³– una sentencia trascendente en la materia, impulsando una posición que había estado demorándose en la percepción del Tribunal.

Nos referimos al Rol 976, Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de ISAPRES (Instituciones de Salud Previsional), en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Así, en lo que aquí interesa y poniéndose a tono con la percepción del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas⁶⁴ –ONU– (aunque sin mencionar expresamente a este órgano) en cuanto a la naturaleza jurídica de estos derechos, la índole de las obligaciones de los Estados Parte frente al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y la aplicación de éste en el derecho interno; ha enfatizado que “la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica” –remarcado agregado– (consider. vigesimosexto de la posición mayoritaria).

63 El fallo fue acordado con el voto en contra de los ministros Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto y Jorge Correa Sutil, quienes estuvieron por rechazar el requerimiento en todas sus partes.

64 Observación General (OG) N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (par. 1 del art. 2 del Pacto)”, 14 de diciembre de 1990; y OG N° 9, “La aplicación interna del Pacto”, 3 de diciembre de 1998.

En otras palabras ha subrayado la juridicidad –y con ella, la alegabilidad ante los órganos jurisdiccionales–, de los DESC, precisando que éstos no tienen una naturaleza necesariamente distinta de los derechos civiles o políticos, en lo que constituye un paso importante en la evolución de la doctrina judicial del Tribunal.

Vale destacar que éste receptó el requerimiento con relación a la discriminación por motivo de edad, al estimar que el aumento del valor de los planes y la precaria situación económica de los adultos mayores podía provocar que se viesan obligados a mudarse al sistema público de salud, lo que violaba el derecho a la salud reconocido en la Constitución en cuanto a la libertad de elegir el sistema de salud público o privado al cual afiliarse.

La sentencia que referimos produjo una catarata de recursos en los tribunales de instancia así como de nuevos requerimientos ante el propio Tribunal Constitucional, que en varios pronunciamientos declaró la inaplicabilidad de la norma que posibilitaba el aumento del precio de los planes en función del sexo y la edad del afiliado. Como se ha afirmado, en estas causas los argumentos del Tribunal fueron evolucionando: “ampliando el contenido del derecho a la salud que se afectaba por la disposición impugnada, vinculándolo al derecho a la seguridad social, abandonando el argumento de violación de la propiedad, atribuyendo a los contratos de salud el carácter de orden público y, por tanto, sometido a una serie de obligaciones, y finalmente agregando, en su última sentencia, como derecho vulnerado la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres. En esta última sentencia de 2009 el Tribunal dotó de mayor contenido al derecho de la igualdad, superando su clásica definición de dar un ‘trato igual a los que se encuentran en igual condición’. Es así como se refirió a la proporcionalidad, a la igualdad como principio y a la igualdad efectiva, a la discriminación directa e indirecta y a la prohibición de discriminar por factores cuya existencia y evolución transcurren independientemente de la voluntad de las personas”⁶⁵.

Finalmente, en el Rol 1.348, de 27 de abril de 2010, el Tribunal se pronunció de oficio por la inconstitucionalidad de la norma, lo que implicó su derogación. Asimismo, y como anunciábamos exhortó al legislador para colmar el vacío normativo que generaba semejante declaración de inconstitucionalidad.

d) Colombia

Son igualmente dignos de destacar ciertos aspectos de la labor de la Corte Constitucional que, en el marco de la acción de tutela, ha realizado una interesante labor

65 Ver NASH, Claudio e IRARRÁZABAL, Paz, “Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile 2009-2010”, en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Montevideo, 2011, p. 151.

hermenéutica sobre el carácter o la incidencia sociales de aquella acción, además de haber empleado con frecuencia la denominada argumentación “por conexidad”, para “comunicar” a otros derechos (como el de la salud) el carácter de “fundamentalidad” que poseen intrínsecamente algunos (como el derecho a la vida). Por ejemplo, mutatis mutandis, las Sentencias T-571 de 1992, justamente sobre el derecho a la salud, o T-079 de 2008, en torno al derecho a una vivienda adecuada.

Tal modalidad de razonamiento se ha aplicado también en el campo del derecho a la seguridad social, por ejemplo, en las Sentencias C-177 de 1998 y SU-1354 de 2000; particularmente en esta última, donde con claridad la asocia al derecho a la subsistencia digna.

Como ha afirmado OSUNA PATIÑO, la Corte Constitucional también ha empleado la argumentación por conexidad en el ámbito de los derechos colectivos, por vía de principio protegibles por la acción popular, aunque les ha dado canalización tuitiva por la acción de tutela (v. gr., la Sentencia SU-1116 de 2001), “cuando la afectación del interés o derecho colectivo vulnera o amenaza ‘por conexidad’ un derecho ‘fundamental del peticionario’”⁶⁶. Por ejemplo, en el derecho a un ambiente sano y su conexión con los derechos a la vida, a la salud (Sentencia SU-116 de 2001), a la integridad física⁶⁷.

No puede omitirse siquiera una mínima alusión a un decisorio trascendente: la Sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzado interno (correspondiente a la Sala 3ª de Revisión de la Corte Constitucional), que determinó al respecto un “estado de cosas inconstitucional” ante las condiciones de vulnerabilidad extrema en las cuales se encontraba la población desplazada y la omisión reiterada de brindar protección oportuna y efectiva por parte de las distintas autoridades, violándose los derechos a la vida digna, integridad personal, igualdad, petición, trabajo, salud, seguridad social, educación, mínimo vital y protección especial a personas de la tercera edad, mujeres cabeza de familia y niños.

No ha sido ésta la única ocasión en que la Corte ha utilizado la categoría de “estado de cosas inconstitucional”, pues –al menos hasta donde alcanza nuestra información– también lo ha efectuado en otras materias, dictando “sentencias estructurales” por ejemplo en el campo de la salud (ver, por caso, la Sentencia T-760 de 2008).

Aquí se observa claramente, entre otras cosas, cómo el derecho a la salud es per se un derecho fundamental y no por conexidad.

66 OSUNA PATIÑO, Néstor, “La tutela de derechos por conexidad”, en CEPEDA, Manuel J. y MONTEALEGRE, Eduardo (dirs.), *Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 177.

67 *Ibid.*, pp. 177/178.

De hecho, la citada sentencia desprende del derecho fundamental a la salud otros importantes derechos, tales como: el de acceso a servicios; la protección especial a niños y niñas; el concepto del médico adscripto y externo; el acceso sin obstáculos por pagos; el de acceso al diagnóstico; la protección contra las enfermedades catastróficas y de alto costo; el acceso con continuidad a la salud y a los servicios de acuerdo con el principio de integralidad.

Las “megasentencias” mencionadas (respectivamente, en los campos del desplazamiento forzado de personas y del derecho a la salud) permiten pensar en cierta metamorfosis que la jurisprudencia de la Corte Constitucional exhibe en cuanto al pasaje de una protección casuística (case by case) de determinados derechos sociales, a la aludida tipología de sentencias “estructurales”, que delinear los contornos de verdaderas políticas sociales.

Otro asunto que se plantea como un reto para la Corte Constitucional en el ámbito de protección de DESC, es la búsqueda de alternativas para articular semejante propósito tuitivo con la regla fiscal implementada no hace mucho tiempo en la Constitución o, en palabras oficiales, la “sostenibilidad fiscal” para alcanzar los “fines del Estado Social de Derecho”, lo que se basa en el discurso relativo a que la estabilidad macroeconómica es la que hace a aquél “fiscalmente viable”.

Es que por medio del Acto Legislativo 3 de 2011, de 1 de julio⁶⁸, se modificó el art. 334, párr. 1º, de la Constitución Política (entre otras normas) estableciendo que el Estado “intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario” (remarcado agregado).

El párr. 4º de aquella cláusula establece que el “Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales” –énfasis agregado–.

68 *Diario Oficial* N° 48.117, de dicha fecha.

En síntesis, será todo un desafío para la Corte Constitucional conjugar dicho “criterio”⁶⁹ con el resguardo efectivo de derechos sociales fundamentales.

e) Perú

El Tribunal Constitucional muestra algunas imágenes sentenciales enderezadas a la protección de los derechos sociales.

Por ejemplo, en Expte. N° 2.945-2003-AA/TC, in re “A.A.M.G.” (Sala Primera). Se ventilaba allí una acción de amparo contra el Estado peruano, representado por el Ministerio de Salud, en el que la peticionante perseguía el otorgamiento de atención médica integral en su condición de paciente con VIH/SIDA, es decir, la provisión constante de medicamentos necesarios para su tratamiento y la realización de exámenes periódicos, así como las pruebas de CD4 y carga viral, ambos a solicitud del médico tratante y/o cuando la necesidad de urgencia lo requiriera. Tal amparo fue acogido sólo parcialmente por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, razón por la cual la impetrante acudió al Tribunal Constitucional por vía de recurso extraordinario.

La sentencia del Tribunal Constitucional ordenó que se considerara a la recurrente en el grupo de pacientes que recibirían tratamiento integral contra el VIH/SIDA por parte del Ministerio de Salud, lo que incluiría la provisión de medicamentos y análisis correspondientes, según lo dispuesto por los médicos del hospital tratante y bajo su responsabilidad, al tiempo de exhortar a los poderes públicos a que se cumpla lo dispuesto en el art. 8 de la Ley N° 26.626, debiendo considerarse como inversión prioritaria el presupuesto para la ejecución del Plan de Lucha contra el SIDA.

Es interesante la argumentación que este Tribunal elabora analizando los derechos económicos y sociales en general y en particular el derecho a la salud y su relación inseparable con el derecho a la vida para dar cabida al amparo y razonar que, como jueces constitucionales, sin entrar a cuestionar la política de salud *per se*, era “necesario analizar la actuación del Estado en el presente caso, al haberse alegado la afectación de derechos de la demandante que ponen en riesgo su propia vida. Si bien es cierto que en el caso de países en desarrollo, como el nuestro, resulta difícil exigir una atención y ejecución inmediata de las políticas sociales para la totalidad de la población, este Tribunal reitera que tal justificación es válida sólo cuando se observen

69 Se ha sostenido que con la promulgación del Acto Legislativo 3 de 2011 “termina el tránsito de uno de los más controvertidos proyectos económicos que, aunque no tuvo mayor visibilidad entre el público, seguramente por su alto carácter técnico, sí enfrentó a los partidos políticos, a los economistas y a los constitucionalistas. *Esta controversia llevó a que, en la discusión en el Legislativo, la sostenibilidad fiscal pasara de derecho a principio y que, al final, terminara como criterio*” (Cfr. la nota periodística “Derechos con sostenibilidad fiscal”, *El Colombiano*, 11 de julio de 2011, Medellín [<http://www.elcolombiano.com/BancoConocimiento/D/derechos..>]).

concretas acciones del Estado para el logro de resultados; de lo contrario, esta falta de atención devendría en situaciones de inconstitucionalidad por omisión” (énfasis añadido, Fundamento 39).

Convergentemente, agregó que “...los derechos sociales, como es el caso de la salud pública, no representan prestaciones específicas por sí mismas, pues dependen de la disponibilidad de medios con que cuente el Estado, lo que, sin embargo, de ninguna manera puede justificar la inacción prolongada (...), ya que ello devendría en una omisión constitucional” (remarcado agregado, Fundamento 49).

En dirección afín, pueden contabilizarse -inter alia- las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en Expte. 6572-2006, sobre pensión por viudez en caso de unión de hecho, y 4646-2007, relativa al derecho a la educación.

C) Derechos exigibles

En síntesis, y luego del recorrido jurisprudencial meramente ilustrativo efectuado, es preciso recalcar que lo ideal sería que el Estado previera y evitara posibles incumplimientos en el campo de los DESC, pero si ellos igualmente se configuraran, los remedios nacionales darían a aquél ocasión de repararlos localmente antes de que se activen en su contra las instancias transnacionales.

En un marco genérico de discusión, creemos que no es posible soslayar la existencia de una directriz axiológicamente relevante que en todo momento debe ser tenida en consideración tanto por las autoridades pertinentes en el ámbito interno cuanto por los órganos competentes en la dimensión internacional en el respectivo desarrollo de sus funciones: los derechos humanos son la expresión directa de la dignidad de la persona humana, sean ellos civiles y políticos o económicos, sociales y culturales.

Aprehender tal premisa configuraría un buen punto de partida para superar preconceptos, abandonar concepciones que ven en los DESC ciertos “defectos congénitos” que obstan a catalogarlos como verdaderos “derechos” o a adjudicarles algún “valor jurídico”⁷⁰, y dejar de lado percepciones que, al mantener que aquéllos no generan obligaciones estatales correlativas, preconizan la “irresponsabilidad” del Estado en caso de incumplimiento de normas nacionales o internacionales que los reconozcan.

Contrariamente, dichos esfuerzos deberán canalizarse constructivamente y, al superar relativismos y escepticismos, convertirse en aportes para crear, modular y

⁷⁰ Ver al respecto, la respuesta que a tales objeciones brinda COURTIS, Christian, “Los derechos sociales como derechos”, en AA.VV., *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política 2001, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 198 y ss.

repensar técnicas de realización, vías de maximización o mecanismos de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales que coadyuven definitivamente a ponerlos en acción⁷¹.

En esa línea, y más allá de los casos puntuales esquematizados, se impone una profundización de la labor de la jurisdicción constitucional latinoamericana en el ámbito temático relevado y un dinamismo prudente para generar estándares jurisprudenciales sustentables que, sin resultar temerarios ni atentar contra el equilibrio financiero del Estado, coadyuven a la realización de semejantes derechos.

Por lo demás es de hacer notar que, en el plano regional y además de la CADH, numerosos Estados latinoamericanos han ratificado el Protocolo de San Salvador, Adicional a tal Convención en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, al momento de confeccionar este trabajo el Protocolo ha sido ratificado por: Suriname (10 de julio de 1990), Panamá (18 de febrero de 1993), Ecuador (25 de marzo de 1993), Perú (4 de junio de 1995), El Salvador (6 de junio de 1995), Uruguay (2 de abril de 1996), México (16 de abril de 1996), Brasil (21 de agosto de 1996), Paraguay (3 de junio de 1997), Colombia (23 de diciembre de 1997), Costa Rica (16 de noviembre de 1999), Guatemala (5 de octubre de 2000), Argentina (23 de octubre de 2003), Bolivia (5 de octubre de 2006), Nicaragua (5 de marzo de 2010) y Honduras (10 de noviembre de 2011)⁷².

En el ámbito universal, debe resaltarse que uno de los puntos débiles del sistema de protección de DESC siempre ha radicado en la imposibilidad de presentar denuncias individuales ante el Comité de DESC de la ONU. Ello ha tenido comienzo de solución (al menos en su prefiguración normativa) con la adopción el 10 de diciembre de 2008 en Nueva York del Protocolo Adicional al PIDESC, durante la 63ª reunión de la Asamblea General de la ONU⁷³. El Protocolo fue firmado por 35 Estados, y entró en vigor el 5 de mayo de 2013 tras alcanzarse la décima ratificación requerida, que fue la de Uruguay, el 3 de febrero de 2013. Es que se había estipulado que el Protocolo cobraría vigencia tres meses después de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la ONU.

71 Sobre el tema, ver BAZÁN, Víctor, por ejemplo en “Los derechos económicos, sociales y culturales en acción: sus perspectivas protectorias en los ámbitos interno e interamericano”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005*, Tº II, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, pp. 547/583.

72 El estado de ratificaciones puede consultarse en: www.cidh.org/Basicos/Basicos4.htm.

73 Ello, por medio de la Resolución A/RES/63/117.

5. Justicia constitucional y pluralismo jurídico

a) Contexto

Numerosas Constituciones latinoamericanas utilizan diversas fórmulas para definir a sus naciones, v. gr., como pluriétnicas y pluriculturales, consagrando la promoción de la diversidad como principio constitucional. En esa línea, se pueden incluir – ejemplificativamente y con diversas construcciones gramaticales y adjetivaciones– los casos de⁷⁴:

- Colombia, cuyo art. 7 determina: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”;
- Perú, que en su art. 2, num. 19, establece que toda persona tiene derecho “[a] su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”;
- México, en relación con su art. 2, párr. 2° (reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001), que dispone: “La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas...”;
- Venezuela, que ya desde el Preámbulo reconoce “el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica, multiétnica y pluricultural...”;
- por su parte, el art. 1 de su Ley Fundamental define al Ecuador como “un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”;
- Bolivia, que en su parte preambular estipula: “Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario ...”, y en su art. 1 puntualiza que “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”; y
- Argentina, que por conducto de la reforma constitucional de 1994 ha diseñado una previsión de relevancia jurídica y axiológica, al reconocer en su art. 75, inc. 17, “la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”, y garantizar

74 En todos los casos emplearemos por nuestra cuenta las cursivas para resaltar la parte del texto constitucional respectivo relacionada con el tema en análisis.

-inter alia- “el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural”⁷⁵.

b) Retos del pluralismo jurídico

Una problemática de indudable vigencia y enigmática prospectiva en el Estado Constitucional radica en los crecientes retos que plantea el pluralismo jurídico a la justicia constitucional. La cuestión, tan compleja como poliforme y sensible, se hace más perceptible en algunos países latinoamericanos que en otros. Por ejemplo, en Bolivia, Panamá, Ecuador, Perú, México y Guatemala. Al solo efecto ejemplificativo, haremos breve referencia a dos casos: Bolivia y Ecuador.

a) Bolivia

Aquí el asunto asume gran intensidad. Se aprecia que la Ley del varias veces citado TCP⁷⁶ esboza en su art. 3.2 unos trazos conceptuales muy genéricos en torno al pluralismo jurídico, describiéndolo como “la coexistencia de varios sistemas jurídicos en el marco del Estado Plurinacional”.

Fuertes y demandantes son las exigencias que en distintos ámbitos temáticos se ciernen sobre el TCP. Específicamente en el tema que concita nuestra atención, la Nueva Constitución Política del Estado (NCPE) ha puesto sobre el escenario nutridas y dilemáticas cuestiones, por ejemplo, los desafíos que impone el funcionamiento del Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario; la plurinacionalidad; el pluralismo jurídico; y, entre otros, la interculturalidad y la intraculturalidad, constituyen exigencias jurídica, política, institucional, cultural y axiológicamente relevantes para el Tribunal que tendrá una ciclópea tarea por delante en el marco de la interpretación, la integración y la aplicación de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, además de la muy delicada labor como órgano de resolución de los conflictos competenciales, v. gr., entre la justicia indígena originaria campesina y la justicia ordinaria y agroambiental.

75 Para un examen de la cuestión en Argentina, ver BAZÁN, Víctor, por ejemplo en: “Il riconoscimento del Diritto dei Popoli Indigeni in Argentina”, en LANNI, Sabrina (coord.), *I Diritti dei Popoli Indigeni in America Latina*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2011, pp. 121/168; “Los derechos de los pueblos indígenas y el rol de los jueces en la decisión de conflictos sobre propiedad comunitaria”, La Ley, T° 2009-E, Buenos Aires, pp. 15/26; “Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: Diversos aspectos de la problemática. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Nueva Serie, Año XXXVI, N° 108, septiembre/diciembre de 2003, IIJ - UNAM, México D.F., pp. 759/838; y “De ‘indios’ a ‘pueblos indígenas’; de la ‘asimilación’ al ‘pluralismo cultural’”, AA.VV., *Constitución de la Nación argentina. Con motivo del sesquicentenario de su sanción*, T° I, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Santa Fe, 2003, pp. 171/210.

76 Dicha ley lleva el N° 027 y fue promulgada el 6 de julio de 2010.

En esa línea, y entre muchas otras cuestiones, deberá ocuparse de brindar coherente interpretación y aplicación a la Ley N° 073⁷⁷, denominada “Ley de Deslinde Jurisdiccional” que, de acuerdo con su art. 1, “tiene por objeto regular los ámbitos de vigencia, dispuestos en la Constitución Política del Estado, entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente; y determinar los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdicciones, en el marco del pluralismo jurídico” –énfasis agregado-. Además, el art. 2.1 deja en claro que la ley se fundamenta en la NCPE, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y demás instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables.

Entre los principios centrales que establece la normativa analizada (art. 4), se cuentan –en relación con el tópico que abordamos–, los siguientes: **i)** la relación espiritual entre las naciones y pueblos indígena originario campesinos y la Madre Tierra; **ii)** la diversidad cultural, como constitutiva de la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario; **iii)** la interpretación intercultural; y **iv)** el pluralismo jurídico con igualdad jerárquica.

b) Ecuador

La citada LOGJCC ha diseñado en sus arts. 65 y 66 la “acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena”, pensada para que la persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser tal, pueda acudir a la Corte Constitucional (C.C.) e impugnar dicha decisión (art. 65, inc. 1°).

La normativa en cuestión fija un exigente parámetro a la C.C. tanto en relación con las pautas procedimentales como en el dictado de la decisión que resuelva tales acciones. Así, en el art. 66 se determinan ciertos principios y reglas de ineludible acatamiento, por ejemplo, en cuanto a: interculturalidad para la comprensión de los hechos y de las normas aplicables, para evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural, para lo cual, el Tribunal deberá recabar toda la información necesaria sobre el conflicto resuelto por las autoridades indígenas (inc. 1); y pluralismo jurídico, en referencia a que el Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y el desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado (inc. 2).

Por lo demás, expandiendo el marco de posibilidades para munirse cuantitativa y cualitativamente de elementos para estar en mejores condiciones de resolver las acciones

77 Promulgada el 29 de diciembre de 2010.

que analizamos, el art. 66, inc. 11, confiere a la jueza o juez ponente la posibilidad de solicitar la opinión técnica de una persona experta en temas relacionados con justicia indígena, y –según interpretamos– queda igualmente habilitada la presentación de *amicus curiae*⁷⁸, desde que se pueden receptar opiniones de organizaciones especializadas en la temática.

c) Pluralismo jurídico e interculturalidad

Los desafíos a los que nos referíamos deberán afrontarse principiando por abocarse a la compleja labor de descifrar de qué se habla cuando se habla de pluralismo jurídico.

Vale la pena detenerse un instante en este tema, que consideramos de vital importancia. Al respecto, RODRÍGUEZ VELTZÉ señala que “por la novedad y la complejidad que conlleva asimilar el concepto del pluralismo jurídico, será necesario apoyar la comprensión del replanteamiento de los nuevos paradigmas del sistema jurídico: el ‘pluralismo jurídico’, que importa el reconocimiento de derechos diversos, específicamente de aquellos pueblos indígenas, originario campesinos que lo preservan. El sistema jurídico vigente, tradicional o formal, tendrá que ser capaz de responder mejor a viejos y nuevos desafíos que se le presentarán al frente, con una perspectiva renovada. La tradición jurídica monista y positivista puede ser reacia a admitir con facilidad un orden que no tenga los mismos orígenes tradicionales”⁷⁹.

Luego advierte el autor citado que la NCPE (de Bolivia) “reconoce el pluralismo y la diversidad, pero debe transitarse del reconocimiento meramente literal o teórico a una valoración sobre el funcionamiento de cada uno de los sistemas de justicia. Será necesario establecer si todos son adecuados y sustentables para cada grupo social, si son eficientes para resolver sus conflictos pacíficamente, observando garantías y derechos universales”⁸⁰. Añade que “también será útil indagar en qué medida muchas comunidades conviven con sistemas propios y formales o, en su caso, si procedieron a refuncionalizar elementos del derecho estatal, reinterpretando, apropiando su propia lógica y funcionalidad (ej.: los famosos ‘apoderados’, las ‘actas’ rituales procesales, etc.). Esto refleja pluralismo o interlegalidad. Vale la pena también preguntarse cómo se entienden las garantías del debido proceso en las comunidades, si existe la ‘cosa juzgada’ y cómo se aplica”⁸¹.

78 Sobre el tema, y entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor, ver “El *amicus curiae*”, La Ley, T° 2009-D, Buenos Aires, pp. 1325/1337; y “El *amicus curiae* en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 10, 2006, CEPC, Madrid, 2006, pp. 15/50.

79 RODRÍGUEZ VELTZÉ, Eduardo, “El Órgano Judicial en la Nueva Constitución”, AA.VV., *Reflexión Crítica a la Nueva Constitución Política del Estado*, Fundación Konrad Adenauer, Oficina Bolivia, La Paz, 2009, p. 245.

80 Ídem.

81 Ídem.

A propósito de ello, es útil traer a colación a DE SOUSA SANTOS quien ha sostenido: “Nuestra vida jurídica está constituida por la intersección de diferentes órdenes legales, es decir, por la interlegalidad. Interlegalidad es la contraparte fenomenológica del pluralismo legal, y el concepto clave para una concepción postmoderna del derecho”⁸²–énfasis añadido–.

Por ahora, el tópico ofrece más dudas que certezas, por lo que serán fundamentales los aportes de la justicia constitucional y de la doctrina para demarcar algunos de los perfiles salientes del concepto de pluralismo jurídico y sus alcances, en un proceso que –puede intuirse– será extenso, escarpado y no precisamente lineal.

6. Justicia constitucional y tribunales internacionales

a) Preludio

Nos interesa ahora resaltar el relevante papel que los magistrados constitucionales están llamados a jugar en el Estado Constitucional, fundamentalmente en contextos cuyos paisajes jurídicos han sido impactados fuertemente por el derecho internacional de los derechos humanos, como –por citar sólo un ejemplo– el argentino al influjo de la reforma constitucional operada en 1994⁸³.

La delicada misión que la magistratura constitucional ostenta como último reducto para la defensa y la efectivización de los derechos fundamentales en el ámbito vernáculo deberá ser afrontada y desplegada conociendo y asumiendo la importancia axiológica de las fuentes jurídicas internacionales (instrumentos internacionales sobre derechos humanos, costumbres internacionales consolidadas y principios generales del derecho de las naciones civilizadas), las que habrán de emplearse como guía en la trascendente tarea de interpretación y aplicación de los preceptos de la Ley Fundamental por parte de la jurisdicción constitucional y también, de acuerdo con la valencia que en la propia Constitución se les asigne vis-à-vis el derecho doméstico, como cánones para fiscalizar la adecuación a ellas de las leyes y normas infralegales.

82 De SOUSA SANTOS, Boaventura; cit. por TWINING, William, *Derecho y Globalización*, 1ª reimpr., Universidad de los Andes - Pontificia Universidad Javeriana, Siglo del Hombre Editores, trad. de Oscar Guardiola-Rivera et al., Bogotá, 2005, p. 210.

Inmediatamente antes del párrafo transcrito en el texto, el citado autor manifiesta: “La cartografía simbólica del derecho refuerza mi concepción de la pluralidad jurídica; no el pluralismo jurídico de la antropología jurídica tradicional, en el cual los diferentes ordenamientos jurídicos son considerados entidades separadas que coexisten en el mismo espacio político, sino antes bien, la idea de diferentes espacios legales superimpuestos, interpenetrándose y mezclándose en nuestra mente tanto como en nuestras acciones, sea con ocasión de saltos cualitativos o de radicales crisis en la trayectoria de nuestras vidas, o bien en la insignificante rutina de nuestra ineventual vida cotidiana. Vivimos una época de juridicidad permeable, en la cual múltiples redes de ordenamientos jurídicos nos fuerzan a realizar constantes transiciones y a extralimitarnos” (idem).

83 Ver *supra* en nota 19 a pie de página.

No hacerlo así podría significar –más allá de una objetable despreocupación por la dignidad humana– que el Estado en cuestión incurra en responsabilidad internacional, pues por ejemplo respecto del orden jurídico interamericano, ser parte de la CADH genera tanto un deber de respeto a los derechos humanos como un deber de garantía de éstos (tema sobre el que volveremos).

b) Alusión al control de convencionalidad⁸⁴

Por su parte, no puede omitirse recordar que en el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, de 26 de septiembre de 2006, la Corte IDH se ha pronunciado en los siguientes términos: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (remarcado añadido)⁸⁵.

Dicho de otro modo, en tal fallo el Tribunal Interamericano fija a los poderes judiciales de los Estados (ordinarios y/o constitucionales, según corresponda) la misión de concretar el control de convencionalidad de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos frente a la CADH, tomando en consideración al efecto no sólo la literalidad de dicho pacto sino la lectura que del mismo ha realizado la Corte, que –como se sabe– es el intérprete último de aquél. Realza, así, la operatividad de la pauta de interpretación conforme a la CADH como estándar hermenéutico a respetar y resguardar por parte de los órganos jurisdiccionales vernáculos.

⁸⁴ Para compulsar diversos aspectos de la cuestión vid. BAZÁN, Víctor, por ejemplo en: “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 16, 2° Semestre de 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2011, pp. 15/44; y “El control de convencionalidad y la necesidad de intensificar un adecuado diálogo jurisprudencial”, *La Ley. Actualidad*, Año LXXV, N° 22, Buenos Aires, 1 de febrero de 2011, pp. 1/4.

⁸⁵ Corte IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

Aquel Tribunal ha avanzado más aún, estableciendo que tal control de convencionalidad por la magistratura local debe ejercerse incluso de oficio. Así, en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, puso de manifiesto que “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”⁸⁶.

Entre otros fundamentos, la aplicación de oficio del control de convencionalidad –que representa una manifestación de la observancia por los jueces locales de la jurisprudencia internacional– puede explicarse –utilizando mutatis mutandis las palabras de JIMENA QUESADA– “por una correcta puesta en práctica del principio *jura novit curia*, esto es, cuando el juez interno aplique la jurisprudencia internacional para resolver los casos sobre los que se vea llamado a pronunciarse pese a que las partes procesales no hayan invocado dicha jurisprudencia internacional, que a la postre sea determinante para la resolución de dichos casos [ya que] la aplicación de las normas internacionales por los jueces nacionales y los demás operadores jurídicos se considera la ‘piedra de toque’ del cumplimiento efectivo del derecho internacional como tal”⁸⁷.

Al panorama someramente descrito deben aún agregarse algunos ingredientes significativos.

En esa línea, en el “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, la Corte IDH amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el derecho interno. Así, precisó que: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” –cursivas añadidas– (párr. 225)⁸⁸.

86 Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, N° 158, párr. 128.

87 JIMENA QUESADA, Luis, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (coord.), *El Poder Judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 542. Para su afirmación, tal autor se apoya en CONFORTI, Benedetto (*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 9), y pasa luego a agregar: “Cabalmente, cuanto mayor éxito tenga la tarea de difusión de la jurisprudencia internacional entre los operadores jurídicos internos, menos operativo resultará el principio *jura novit curia*, pues la mayor formación de los abogados comportará una elaboración más cuidada y perfeccionada de sus pretensiones y, por lo tanto, menor margen de discrecionalidad interpretativa en manos de los jueces” (“La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”, cit., pp. 542/543 y nota 96 a pie de página).

Más adelante, el 24 de febrero de 2011, la Corte IDH se pronunció en el “Caso Gelman vs. Uruguay”, expandiendo fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad, para colocar a la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática. Sostuvo en tal ocasión que “... particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”⁸⁹ -remarcado agregado-.

En breves palabras, la Corte IDH ha involucrado en la obligación de realizar control de convencionalidad a “cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” -destacado agregado-, lo que supone un mandato con un nivel de generalidad tal que es posible intuir traerá aparejadas ciertas dificultades operativas.

En un nuevo movimiento en la dirección indicada, el Tribunal Interamericano expresó en los Casos “López Mendoza vs. Venezuela”⁹⁰ y “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”⁹¹ que, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia.

Por último, consideramos de utilidad evocar lo indicado por la Corte IDH en el “Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia” y el “Caso Gelman vs. Uruguay”, específicamente en la Resolución de 20 de marzo de 2013, Supervisión de cumplimiento de sentencia⁹²) en punto a la “obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”, adquiriendo, así, “sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a

88 Corte IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, Serie C, N° 220.

89 Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, Serie C, N° 221, párr. 239.

90 Corte IDH, “Caso López Mendoza vs. Venezuela”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de septiembre de 2011, Serie C, N° 233, párr. 228.

91 Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, Serie C, N° 239, párr. 284.

92 Corte IDH, “Caso de la Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 30 de noviembre de 2012, Serie C, N° 259, párr. 144; y “Caso Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de cumplimiento de sentencia, Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 72.

derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, sólo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad” -énfasis agregado-.

c) Diálogo interjurisdiccional

Para finalizar este señalamiento (y dar paso a las observaciones de cierre del trabajo), desde un plano general de análisis corresponde insistir en la exigencia que pesa sobre las autoridades internas competentes en punto a llevar adelante el control de convencionalidad, no obstante lo cual, estamos igualmente persuadidos de la conveniencia de que se desarrolle un diálogo jurisprudencial de los respectivos órganos de cierre de la justicia constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano entre sí y de ellos con la Corte IDH.

En esa dinámica, si bien aquéllos están obligados a receptar los postulados hermenéuticos sentados por el Tribunal Interamericano en sus sentencias y opiniones consultivas: a su vez, éste no puede mostrarse indiferente frente a los valores y principios constitucionales del Estado involucrado, además de ser conveniente que realice un análisis ponderativo de la situación jurídica, social, política e institucional imperante al momento de la violación de derechos humanos que se esgrima en cada caso concreto.

Debe ponerse empeño en instaurar o incrementar una mutua deferencia que permita una convivencia institucional sustentable, lo que coadyuvaría a la solidificación del modelo tuitivo de los derechos humanos en nuestra dimensión regional⁹³.

En otras palabras, la cuestión ya no puede enfocarse exclusivamente desde una matriz unidireccional desde la Corte IDH hacia los tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de éstas), sino que corresponde hacer foco en una “construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional”⁹⁴.

93 Remitimos a BAZÁN, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 18, 2º Semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, pp. 63/104.

94 GÓNGORA MERA, Manuel E., “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en VON BOGDANDY, Armin, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ‘Ius Constitutionale Commune’ en América Latina?*, T° II, IJ - UNAM, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México D.F., 2010, p. 429.

Corresponde, por tanto, propiciar una suerte de “fertilización cruzada” (crossfertilization⁹⁵) de ambas instancias en la línea de su retroalimentación y plausible reciprocidad de influjos, para enriquecer cuantitativa y cualitativamente la tutela y la realización de los derechos humanos por medio del intercambio y el aprendizaje mutuos.

III. Epílogo

1. La puja de la justicia constitucional latinoamericana por legitimarse social y democráticamente, pugnar por su independencia funcional y económica, superar las carencias presupuestarias, erigirse en eficaz instrumento de defensa y realización de la Constitución y garante final de los derechos humanos en los correspondientes ámbitos internos; son –en general– problemáticas comunes que recorren las respectivas parcelas donde actúan los órganos de la magistratura constitucional pertinente en distintas latitudes de dicho contexto jurídico regional⁹⁶.

2. Para cumplir sus objetivos en el marco del Estado Constitucional, es imprescindible que la justicia constitucional sea valiente, fuerte, activa e independiente; pero simultáneamente, prudente, equilibrada, consciente de sus límites y respetuosa de la autoridad democrática del legislador.

3. El empleo mesurado de sentencias “atípicas” o “intermedias”, que pueden resultar provechosas en la dinámica del modelo constitucional; la incursión en espacios incómodos del control de constitucionalidad como el de la fiscalización de las pretericiones inconstitucionales; el mantenimiento del esquema de contralor de constitucionalidad previo y obligatorio de los instrumentos internacionales (si así viniera estatuido en las respectivas Constituciones); el afianzamiento de los mecanismos internos de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; el examen cuidadoso de cuestiones multifacéticas y altamente sensibles como las que quedan envueltas en la problemática del “pluralismo jurídico”; y la búsqueda de una madura y eficaz interacción de la jurisdicción constitucional interna con la Corte IDH para fortalecer la salvaguardia de los derechos fundamentales; no son sino algunos de los desafíos temáticos que figuran en una agenda imaginaria que el siglo XXI impone a la justicia constitucional y al propio Estado Constitucional en Latinoamérica.

95 Utilizamos tal término a modo ilustrativo y tomándolo mutatis mutandis de lo explicado por DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 20 y notas a pie de página 10, 11 y 12.

96 Un acercamiento al tema puede compulsarse en BAZÁN, Víctor, “Algunos problemas y desafíos actuales de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, T° I, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2007, pp. 37/61.

4. La observación de las experiencias normativas (constitucionales o infraconstitucionales) y jurisprudenciales europeas y latinoamericanas (éstas por medio de las citadas modalidades sentenciales “atípicas” o “intermedias”), deja al desnudo el paulatino interés por institucionalizar o aplicar pretorianamente diversos mecanismos para superar o corregir las omisiones inconstitucionales. Al menos, se fortalece la idea de que la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión tiene algo que ofrecer a favor de la fluidez del tránsito de la supremacía constitucional, la vigencia real de los derechos y la consolidación del Estado Constitucional.

Sobre la creciente importancia (anche potencial conflictividad) de las sentencias interpretativas, refiriéndose al caso español pero con indudable utilidad argumental general, REVENGA SÁNCHEZ advierte que ha terminado por depositar en manos de la justicia constitucional una función que denomina “reconstructiva de los contenidos posibles cobijados bajo el ‘signo sensible’ del lenguaje legal. Se trata de un control de baja intensidad con consecuencias tan variables como impredecibles. Puede producir racionalidad e ‘inyectar’ seguridad jurídica a un magma de normas des-ordenado. Pero puede hacer las cosas aún más confusas, cuando el producto del control consiste en vaporosas directrices interpretativas que el legislador toma como coartada para persistir en sus silencios”⁹⁷ -bastardilla del original-.

Siendo así, las fricciones entre el congreso y el tribunal, corte o sala constitucionales o el poder judicial (de acuerdo con las respectivas adscripciones a los diversos sistemas de contralor de constitucionalidad) deben recanalizarse en términos de diálogo y convivencia institucional sensatos y no ser concebidas desde un prisma confrontativo o de lucha de poder. Ello, en el marco de una deseable dinámica armónica en la que, sin que la magistratura constitucional abdique de su insoslayable tarea de preservar la vigencia normativa suprema de la Constitución, al mismo tiempo se muestre respetuosa de la división de poderes y la autoridad democrática del legislador.

5. Y aunque no pueda dejar de reiterarse que explorar la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión significa ingresar a terrenos inhóspitos del control de constitucionalidad, ya que enlaza con complejos problemas como los de la eficacia y la aplicabilidad de las normas constitucionales y toca puntos conflictivos al procurar corregir inercias de las autoridades competentes que pueden sentirse invadidas en espacios que consideran de su exclusiva discrecionalidad o limitadas antidemocráticamente; el esfuerzo en tal sentido vale la pena. Así, el control sobre las omisiones inconstitucionales supone un mecanismo no desdeñable para sumar en el

97 REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, “Al hilo de los 25 años de control (en abstracto) de la constitucionalidad de la ley: la declinante fuerza del recurso de inconstitucionalidad”, en REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, PAJARES MONTOLIO, Emilio y RODRÍGUEZ-DINCOURT, Juan, “50 años de Corte Constitucional italiana. 25 años de Tribunal Constitucional español”, ‘IV Jornadas italo-españolas de Justicia Constitucional’, Ministerio de Justicia, Gobierno de España, Madrid, 2007, pp. 28/29.

intento de aproximar los extremos de la brecha erigida entre el discurso normológico y las concreciones pragmáticas de los contenidos de la Ley Fundamental.

6. En un contexto marcado por el crecimiento de la circulación de reglas iusinternacionales y la profundización de la interrelación del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, adquiere realce cualitativo la realización ad intra por la magistratura jurisdiccional (y otras autoridades públicas) del control de compatibilidad convencional de la normativa doméstica subconstitucional y constitucional vis-à-vis el compacto de reglas y principios que conforman la estructura literal de la CADH (y de los demás instrumentos integrantes del corpus juris interamericano) y los patrones valorativos que viene forjando la Corte IDH en su labor interpretativa.

Pero ello no debe darse en el contexto de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar un diálogo jurisprudencial entre ambos órdenes de tribunales concernidos: interamericano e internos.

7. En la línea argumental que hemos transitado, que exhibe una dinámica interactiva de las fuentes jurídicas internas e internacionales, no debe perderse de vista que la Constitución, con el vigor normativo que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como las disposiciones contenidas -v. gr.- en la CADH y los patrones hermenéuticos que a su respecto modela la Corte IDH, componen un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: la protección y la realización de los derechos humanos, que son reflejo directo de la dignidad de la persona.

8. En una perspectiva general de discusión, puede constatarse que las bases jurídicas, políticas y axiológicas mínimas de sustentación de un cabal Estado Constitucional, son⁹⁸: una Constitución suprema y con fuerza normativa, al igual que los instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos; un sistema democrático no declamado sino real; el goce y el ejercicio efectivos de los derechos humanos, porque -como afirma FERRAJOLI- el progreso de la democracia se mide por la expansión y la justiciabilidad de los derechos⁹⁹; y, entre otros elementos, una justicia constitucional que asegure la normatividad y la primacía constitucionales y el respeto y la realización de aquellos derechos sin superfluas distinciones categoriales, esto es, con prescindencia de que sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales¹⁰⁰.

98 Sobre el particular, *vid.* la monografía de BAZÁN, Víctor, Estado de Derecho: Perfiles y exigencias actuales, Cuadernos Democráticos N° 1, Fundación Konrad Adenauer Ecuador, Quito, 2009.

99 FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 2ª ed., Trotta, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, 1997, p. 918.

100 Ver BAZÁN, Víctor, “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en BAZÁN, Víctor (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos), Ediciones Legales, Lima, 2009, pp. 257/300.

BALANCE DEL FENECIDO TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

(con énfasis en el control concentrado de la constitucionalidad)

Ernesto Blume Fortini
Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú

SUMARIO: I.- Introducción. II.- La Constitución de Cádiz de 1812. III.- La primera etapa: el control exclusivamente político de las infracciones fácticas a la Constitución en la línea gaditana y los primeros atisbos del control normativo. 1821 -1932. III.1. Las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1860, 1867 y 1920. III.2 La excepción al influjo gaditano: la Carta de 1856. III.3 Los primeros atisbos del control disperso de constitucionalidad: el debate producido el año 1923 en la Comisión Reformadora del Código Civil. III.4 Las reflexiones de la Comisión Villarán en torno a la constitucionalidad y su control normativo producidas en 1931. IV.- La segunda etapa: el control exclusivamente político de las infracciones fácticas a la Constitución y el control concentrado de constitucionalidad y de legalidad de normas infralegales a cargo del Poder Judicial. 1933 – 1935. V.- La tercera etapa: el control exclusivamente político de las infracciones fácticas a la Constitución, el control concentrado de constitucionalidad y de legalidad de normas infralegales a cargo del Poder Judicial y el control disperso de constitucionalidad en la modalidad americana. 1936 - 1979. VI.- La cuarta etapa: la adición al esquema anterior del control concentrado de la constitucionalidad de normas con rango de ley. 1980 en adelante. VI.1 Consideraciones previas. VI.2 El control disperso de constitucionalidad en la Constitución de 1979. VI.3 El control disperso de constitucionalidad en la Constitución de 1993. VI.4 El control concentrado de constitucionalidad en la Constitución de 1979: El Tribunal de Garantías Constitucionales. VI.5 El control concentrado de constitucionalidad en la Constitución de 1993. VII.- Balance del fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales como ente de control concentrado de la constitucionalidad. VII.1 Balance del fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales desde la dimensión del desarrollo histórico de la justicia constitucional peruana. VII.2 Balance del fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales desde la dimensión de las circunstancias que rodearon su creación. VII.3 Balance del fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales desde la dimensión de la evaluación de los resultados de su función jurisdiccional. VIII.- Apreciaciones conclusivas. IX.- Bibliografía.

I. Introducción

Cualquier balance que se pretenda realizar del fenecido “Tribunal de Garantías Constitucionales”, en adelante TGC, que fue creado por la Constitución de 1979, predecesora de la presente, y ha sido reemplazado en la Carta constitucional vigente de 1993 por el hoy llamado “Tribunal Constitucional”, en lo sucesivo el TC, si se

pretende, como es nuestro propósito en el presente trabajo, que tal balance se realice con énfasis respecto de su rol de ente de control concentrado de la constitucionalidad, que ejerció a través del conocimiento del proceso de inconstitucionalidad, sin perjuicio de apreciarlo en el otro importante rol que le competió como tribunal de casación de las resoluciones denegatorias dictadas por el Poder Judicial en los procesos de hábeas corpus y de amparo, debe partir necesariamente de una suerte de abordaje desde la perspectiva histórica, que persiga responder, básicamente, a las siguientes interrogantes: ¿cómo se gestó el control de constitucionalidad en el Perú?, ¿cuál fue su desarrollo desde los inicios de la república hasta nuestros días? y ¿qué perspectivas ofrece el sub modelo dual o paralelo de control de la constitucionalidad asumido actualmente por el legislador constituyente peruano? Ello, porque de lo contrario, se caería en el riesgo de efectuar tal balance al margen de los antecedentes, del desarrollo y del contexto que se dieron respecto al TGC, cayendo en una evaluación simplista y, por lo tanto, superficial y hasta parcial.

En tal dirección, en la línea de investigaciones anteriores¹, para alcanzar el propósito que se persigue, en primer lugar, hemos efectuado un recorrido académico, que parte de lo acontecido el 19 de marzo de 1812, fecha en la que se promulgó y sancionó la Constitución Política de la Monarquía española o, comúnmente rotulada Constitución de Cádiz, cuya elaboración corrió a cargo de las “Cortes generales y extraordinarias de la Nación española”, que estuvieron integradas, entre otros representantes, por diputados oriundos del “reyno del Perú”²; y comprende toda la etapa republicana del Perú, desde la proclamación de la independencia nacional el 28 de julio de 1821 hasta lo que va del presente siglo XXI³.

En dicho recorrido se ha efectuado un rastreo, básicamente a nivel de normativa constitucional, de cómo se ha ido forjando el esquema de control de la constitucionalidad que hoy rige en el país, caracterizado básicamente por la coexistencia de dos modelos clásicos. Por un lado, el modelo americano, también denominado modelo de revisión judicial (judicial review), modelo de control disperso, modelo de control difuso o

1 BLUME FORTINI, Ernesto. *El proceso de inconstitucionalidad en el Perú*. Editorial Adrus, Arequipa. 2009. pp. 253-367.

2 Para revisar el texto de la Constitución de Cádiz de 1812, transcrito con total fidelidad, puede accederse al libro *Constituciones históricas ediciones oficiales* de Raquel Rico Linage, 3ra. edición, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Madrid, 1999, páginas 19 a 70; libro en el cual se incluyen textos constitucionales españoles del periodo 1808-1936. También FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *Las Constituciones Históricas Españolas (Un análisis histórico-jurídico)*, 4ta. edición revisada, ampliada y corregida, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992.

3 Se ha tomado como fuente principal para este trabajo la investigación realizada por el autor a raíz del artículo titulado “El Tribunal Constitucional Peruano como Supremo Intérprete de la Constitución”, publicado en el número 50 de la *Revista Derecho* de la Pontificia Universidad Católica del Perú, correspondiente a diciembre de 1996, pp. 125-205, por lo que para un mejor manejo de fuentes se hace remisión a la amplia bibliografía que en él se consigna.

modelo de control judicialista de la constitucionalidad. Y, por otro lado, el modelo europeo, igualmente conocido con las denominaciones de modelo austriaco, modelo kelseniano, modelo de control ad hoc o modelo de control concentrado de la constitucionalidad.

El primero, a cargo de los jueces del Poder Judicial⁴, quienes, al resolver los casos concretos que conocen, si observan que entre las posiciones jurídicas que arguyen las partes existe incompatibilidad entre una norma constitucional y una de inferior jerarquía, deben preferir la primera y, así sucesivamente en la escala normativa; ejerciendo un control sólo para el caso concreto, que conlleva la inaplicación excepcional de la norma inconstitucional al mismo, sin alcances generales ni anulatorios ni derogatorios de la norma inaplicada.

El segundo, que fuera inaugurado en el Perú con la creación del TGC, a cargo exclusivo y excluyente de dicho órgano, y actualmente del TC, respecto a las normas que tienen rango de ley, que concentra la facultad o el poder de control; ejerciéndolo en forma abstracta, analizando la disposición legal impugnada independientemente del caso concreto que pueda haber dado origen a su cuestionamiento –realizando una suerte de análisis de puro derecho entre la normativa constitucional y la norma infraconstitucional de primer rango objeto de impugnación, para determinar si adolece de algún vicio de inconstitucionalidad, sea de forma o de fondo, directa, indirecta, total o parcial– y con efectos anulatorios de la misma, la cual deja de tener vigencia para todos, en general. Es decir, con efectos *erga omnes*.

Este último, sin perjuicio del control concentrado de la constitucionalidad y de la legalidad otorgado a la magistratura judicial ordinaria sobre las normas infralegales conformantes del sistema jurídico nacional, tales como los reglamentos, las disposiciones administrativas, las resoluciones, los decretos y toda norma de alcance general cuyo rango sea inferior al de la ley.

El recorrido académico en mención nos ha permitido esbozar las siguientes etapas en el desarrollo del control de la constitucionalidad en el Perú, respecto de las cuales se harán algunas referencias:

- Una primera etapa, de control exclusivamente político constreñido a las infracciones fácticas cometidas contra la Constitución, de influjo gaditano por la Constitución de Cádiz de 1812, que cubre el largo periodo comprendido entre 1821 a 1932;

4 Sobre este modelo de control de constitucionalidad, el actual TC, en su calidad de supremo intérprete de la Constitución, ha interpretado que, a la luz del contenido normativo de la disposición constitucional que lo consagra (artículo 138º) y de un análisis integral de los valores y principios que inspiran al legislador constituyente, así como de los demás preceptos de la Norma Suprema, permiten determinar que tal control también debe operar en sede administrativa (Léase, entre otras, la STC N° 03741-2004-AA/TC).

- Una segunda etapa, en la cual se adiciona al primero el control concentrado de constitucionalidad y de legalidad de normas infralegales, que se encarga al Poder Judicial vía la acción popular, que comprende el cortísimo periodo comprendido entre 1933 y 1935;
- Una tercera etapa, en la que, manteniendo los dos anteriores, aparece el control disperso de constitucionalidad en la modalidad americana, que abarca del año 1936 al año 1979; y
- Una cuarta etapa, en la que continuando con los controles de la tercera etapa, se inaugura el control concentrado de la constitucionalidad respecto de normas con rango de ley, con la creación del TGC (cuyo sucesor, como está dicho, es el actual TC); se eleva a rango constitucional el control disperso de la constitucionalidad; y se mantiene el control concentrado de la constitucionalidad y de la legalidad de normas de rangos infralegales; etapa que empieza en 1980, al entrar en vigencia la Constitución de 1979, y continúa hasta ahora, año 2013, pues el constituyente de la actual Carta Constitucional de 1993 ha reproducido el mismo esquema de control que asumió su predecesor, configurando el sub modelo dual o paralelo de control normativo de la constitucionalidad y de la legalidad que hoy rige⁵.

Como punto de destino de nuestro imaginario andar académico se consignarán algunas reflexiones sobre la creación, actuación y desactivación del hoy fenecido TGC, concluyendo con un balance del mismo, con énfasis en su rol de ente encargado de ejercer el control concentrado de la constitucionalidad, en la perspectiva de lo vivido y de lo que vino después, así como de las condiciones que deben darse para que se consolide el control concentrado de la constitucionalidad como un auténtico mecanismo de aseguramiento de la vigencia normativa de la Constitución.

5 El constitucionalista peruano Domingo García Belaunde denomina a este modelo, en el que coexisten los precitados modelos, sistema dual o paralelo; empero para nosotros se trata de un submodelo derivado de los clásicos modelos de control de la constitucionalidad: el modelo americano, también denominado modelo de revisión judicial (judicial review), modelo de control disperso, modelo de control difuso o modelo de control judicialista de la constitucionalidad; y el modelo europeo, igualmente conocido con las denominaciones de modelo austriaco, modelo kelseniano, modelo de control ad hoc o modelo de control concentrado de la constitucionalidad.

II. La Constitución de Cádiz de 1812

La determinación de los antecedentes del control de constitucionalidad en el Perú, exige partir de una breve referencia a la normativa constitucional española inmediatamente anterior a la proclamación de la independencia nacional ocurrida el 28 de julio de 1821, lo cual obliga a detenerse en la Constitución Política de la Monarquía española de 1812, promulgada por el Rey Fernando Séptimo para España y sus colonias el 19 de marzo de 1812, conocida como Constitución de Cádiz o Constitución Gaditana, la cual es de imprescindible abordaje porque operó como un elemento catalizador de los intereses españoles e hispanoamericanos, en el contexto histórico de finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, en el que se estaban desarrollando las nociones del constitucionalismo liberal; que en su debate intervinieron diputados de toda América, entre ellos cuarenta y nueve hispanoamericanos, de los cuales varios eran peruanos, que obtuvieron victorias parlamentarias sobre los peninsulares, al decir de Vicente Ugarte del Pino⁶; y que fue publicada en Lima el 2 de octubre de 1812 y jurada el día subsiguiente, en circunstancias en que gobernaba el marqués José Fernando de Abascal y Sousa, quien llegó a convocar a elecciones municipales y a dictar una serie de medidas para su implementación, en concordancia con sus propios postulados⁷.

Del examen de su texto y, específicamente, de los artículos 372° y 373° del Capítulo Único de su Título X (“De la observancia de la Constitución, y modo de proceder para hacer variaciones a ella”), que a la letra preceptuaban, respectivamente: “Las Córtes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubiesen contravenido á ella.” (artículo 372°) y “Todo español tiene derecho de representar á las Cortes ó al Rey para reclamar la observancia de la Constitución” (sic) (artículo 373°), se aprecia que se trataba de un encargo constitucional de control de naturaleza eminentemente política, pues su ejercicio correspondía a la Corte y al Rey, y constreñido a “infracciones” de carácter fáctico a la Constitución cometidas por quienes ejercían cargo público. No de transgresiones normativas a ella, vía normas inconstitucionales. Sin embargo, revelador de la preocupación del legislador por la vigencia de la Norma Suprema, que viene a constituir un primer atisbo de control de la constitucionalidad en la dimensión aplicativa y de vigencia de la misma, concordante con la concepción de aquella época, consistente en considerar que al Poder Legislativo le correspondía el control de las infracciones a la Constitución.

6 UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. *Historia de las Constituciones del Perú*. Lima, Editorial Andina S.A. 1978. pp. 23-29.

7 *Ibid.*, pp. 35-36.

III. La primera etapa: el control exclusivamente político de las infracciones fácticas a la Constitución en la línea gaditana y los primeros atisbos del control normativo. 1821-1932

En esta primera etapa las constituciones dictadas dentro de ella, con excepción de la de 1856, reprodujeron el control exclusivamente político en la línea trazada por la Constitución gaditana de 1812, como una constante que comprende algo más de los primeros cien años de la vida republicana del Perú; etapa en la cual, no obstante tal denominador común, se presentan algunos atisbos de control normativo a los cuales se hace referencia más adelante.

III.1 Las Constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1860, 1867 y 1920

En efecto, la concepción gaditana fue recogida, entre otros, en los artículos 186° y 187° de la Constitución de 1823; 47°, inciso 4), y 150° de la Constitución de 1826; 173° y 174° de la Constitución de 1828; 178° de la Constitución de 1834; 184° de la Constitución de 1839; 107°, inciso 1), de la Constitución de 1860; y 83°, inciso 4), de la Constitución de 1920; excepción hecha, como está referido, de la Constitución de 1856, de efímera vigencia, por la situación que se comenta líneas abajo.

Sobre este influjo gaditano debe enfatizarse que se trataba de un control respecto de los actos que constituían infracciones, violaciones o atentados contra la Constitución y no respecto de normas que, eventualmente, pudieran entrar en pugna con ella; y que, por lo demás, en forma unánime, en todos ellos se otorgaba al Congreso, entre otras, la atribución de interpretar las leyes, lo cual implicaba un análisis de legalidad, que, en el fondo, conllevaba un análisis de constitucionalidad en forma implícita.

III.2 La excepción al influjo gaditano: la Carta de 1856

Bajo aquel influjo gaditano, los legisladores constituyentes que tuvieron bajo su responsabilidad la elaboración de las Cartas constitucionales de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1860, 1867 y 1920, no concibieron, trataron ni legislaron sobre el control normativo de la constitucionalidad y de la legalidad; menos aún, fórmulas que se aproximaran al control concentrado de constitucionalidad o al control difuso de constitucionalidad ni mecanismos procesales para su funcionamiento, ya que el andamiaje constitucional se asentaba en una concepción absolutamente dominada por la idea de que el Poder Legislativo era el primer poder del Estado y, como tal, las normas que él dictaba sólo podían ser interpretadas, revisadas y modificadas por él mismo; descartándose, por tanto, el examen de constitucionalidad y de legalidad por otro órgano, en los términos que hoy recoge el derecho procesal constitucional.

Empero, es interesante constatar un hecho curioso o peculiar, por denominarlo de alguna manera, consistente en que la Constitución de 1856 rompió ese marcado esquema, con la norma contenida en su artículo 10º, que a la letra rezaba: “Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga á la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes”⁸.

Sobre el texto de este inédito precepto, Jorge Danós y Martha Sousa son coincidentes en afirmar que fue la primera y, finalmente, la única norma de rango constitucional que antes de la Constitución de 1979 consagró, en forma expresa e inequívoca, “(...) el principio de que sería inválido todo acto legislativo dictado en contravención de las normas fundamentales”⁹; lo cual es complementado por Aníbal Quiroga León al afirmar que “Lo que sí resulta novedoso, y pionero además, es que el embrión de un esbozo de justicia constitucional puede ser hallado en esta importante –pero de breve vigencia– constitución (...)”¹⁰.

Al escudriñar en la motivación de la norma transcrita y en las razones de su inclusión en el texto constitucional se detecta que, salvo la propuesta del congresista Escudero, relacionada con la precisión de señalar “leyes secundarias”¹¹, presentada en la Convención Nacional encargada de elaborar la Constitución de 1856, en su sesión del día sábado 5 de enero de 1856, no existen mayores luces que iluminen el análisis. Sin embargo, en el Diario de Debates del Congreso reunido en 1860 para reformarla, aparece que en su sesión del 11 de setiembre del mismo año se debatió sobre el texto sustitutorio del artículo en mención, que eliminaba su primera parte. Esto es, la que establecía “Es nula y sin efecto legal cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución”.

En aquel Diario de Debates consta la intervención del congresista León, quien exigió al congresista Arenas que, como miembro de la Comisión encargada de elaborar el proyecto, explicara las razones de la eliminación de la referida primera parte de la norma en mención, así como la correspondiente fundamentación que realizara el señor Arenas; esta última en los términos siguientes: “En mi concepto, está fuera de toda cuestión que las reglas consignadas en la Constitución del Estado, deben ser sagradas é inviolables; que todas las resoluciones opuestas á esas reglas carecen de

8 CONVENCION NACIONAL 1855 - 1856. “Actas Oficiales y Extractos de las Sesiones en que fue discutida la Constitución de 1860”. Publicación ordenada por la Cámara de Diputados. Lima, Empresa Tipográfica La Unión, 1910. p. 595.

9 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge; SOUSA CALLE, Martha. “El Control Jurisdiccional de las Normas Jurídicas de Carácter General”. En *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima, Cultural Cuzco S.A., 1987. pp. 289-290.

10 AAVV. *Una Aproximación a la Justicia Constitucional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 1990, p. 199.

11 CONVENCION NACIONAL 1855 - 1856. Op. cit., p. 10.

una verdadera legitimidad; y que por consiguiente las leyes contrarias á la Constitución no deben tener existencia. Pero, la nulidad de estas leyes no puede surtir sus efectos, ni eximir á los ciudadanos de la obligación de cumplirlas, sino cuando esté revestida de ciertas formas y declarada por la autoridad competente, que es el mismo cuerpo legislativo. Si al Poder Ejecutivo; si á cualquiera otra autoridad; si á cualquier ciudadano se concede la facultad de que llame á juicio á la ley; examine si es ó no conforme á la Constitución; y le preste ó le niegue la obediencia, según el resultado de este examen, se dislocará la máquina social: se introducirá en la república la mas espantosa confusión, y se nos entregará alternativamente á los furores del despotismo ó de la anarquía. En efecto, el que hace el examen de la ley, puede equivocarse por falta de datos, ó por la limitación de su inteligencia; y también puede suceder que á sabiendas de que la ley es conforme á la Constitución, busque algún pretexto para suponerla anticonstitucional, porque daña sus intereses. Contrayéndome al Poder Ejecutivo, que tiene grandes medios de acción y ejerce una influencia poderosa en la marcha de la república, la disposición suprimida en el proyecto de reforma pondrían en sus manos una arma tremenda, con lo que sería fácil despojar al Congreso de sus prerrogativas y anular sus determinaciones. Los legisladores de 1856 quisieron sin duda impedir los extravíos de los Congresos, que realmente pueden dictar leyes opuestas á la Constitución. Pero, los abusos de un Congreso que realmente puede dictar leyes opuestas a la Constitución. Pero los abusos de un Congreso según nuestro sistema político, que desconoce el veto absoluto y aun el verdadero veto suspensivo, no puede corregirse sino con la sanción moral de la opinión pública y la renovación del mismo cuerpo legislativo. Cuando un Congreso expide una ley viciosa, viene después que otro Congreso declara la nulidad de esa ley y la deroga. Según nuestras teorías y prácticas políticas no hay otro medio de contener los abusos de los cuerpos legislativos. Así la declaración suprimida, sin añadir fuerza ni respetabilidad á las disposiciones constitucionales, no haría mas que sembrar el desorden en la república y preparar la ruina del sistema representativo. Tales son las razones, que ha tenido la Comisión para suprimir la primera parte del artículo constitucional”¹².

En la intervención del señor Arenas se encuentran algunos elementos importantes a considerar, reveladores de las ideas que en aquel entonces primaban en el criterio de los legisladores constituyentes, tales como la conceptualización que las normas constitucionales tienen el carácter de sagradas e inviolables, por lo que las normas de inferior jerarquía que les sean opuestas carecen de legitimidad. Hay aquí, un reconocimiento expreso al principio de la jerarquía y primacía de la Constitución.

De otro lado, aparece nítidamente esbozada la idea que animó a los constituyentes de la Carta de 1856 para aprobar el mencionado artículo 10°, cuando Arenas sostiene que “(...) quisieron sin lugar a dudas impedir los extravíos de los Congresos, que

12 CONGRESO DE LA REPÚBLICA. “Diario de Debates del Congreso reunido en 1860 que ha reformado la Constitución dada por la Convención en 1856”. Lima, Tipográfica del Comercio, 1860. p. 176.

realmente pueden dictar leyes opuestas a la Constitución”¹³; lo cual revela que existió la preocupación por establecer un freno al Poder Legislativo, una suerte de control de constitucionalidad, pero sin desarrollar cómo efectuarlo ni a través de quién.

Por lo demás, también aparece clara la idea de los legisladores constituyentes de la Constitución de 1860, en el sentido que sólo correspondía al Congreso frenar los excesos que pudieran producirse en su propio seno y, por consiguiente, las leyes contrarias a la Norma Suprema debían cumplirse, hasta que el Poder Legislativo las dejara sin efecto, como un mecanismo de impedir el caos que, según presumían, se produciría de mantenerse una norma como la del artículo 10° de la Constitución de 1856.

III.3 Los primeros atisbos del control disperso de constitucionalidad: el debate producido el año 1923 en la Comisión Reformadora del Código Civil

Después de los antecedentes que se han mencionado y de acuerdo con las fuentes consultadas, se habría producido un gran silencio normativo en la temática relacionada con el control de la constitucionalidad hasta 1923; año en el cual la Comisión Reformadora del Código Civil debate, a propuesta del jurista A. Solf y Muro, la inclusión en su Título Preliminar de una norma que habilitara el control disperso. Dicha propuesta fue debatida en la Sesión N° 21, llevada a cabo el miércoles 28 de febrero de 1923¹⁴, en cuya acta, por las intervenciones del proponente y de los señores Juan José Calle, M. A. Olaechea y Pedro M. Oliveira, se puede apreciar¹⁵ que el control disperso de constitucionalidad, creado a partir de su primer antecedente constituido por el caso *Marbury versus Madison*, plantaba sus primeras raíces en el Perú y que ya existía conciencia de la importancia y trascendencia del control disperso de constitucionalidad, aunque con cierta reserva, expresada a través de las reflexiones de los señores Solf y Olaechea; tanto es así, que este último sostenía la tesis de reservar ese control solo a la Corte Suprema, por considerar excesivo que el mismo fuera ejercido por jueces inferiores. No obstante esta reserva, al final se impuso el criterio de señalar el principio y dejar para una reglamentación posterior la regulación específica del trámite a seguir para el cabal ejercicio del control en cuestión. Ello fluye del debate producido en la Sesión No. 23, del miércoles 14 de Marzo de 1923, entre los señores Calle, Olaechea, Oliveira y Solf¹⁶.

Al final, quedó consagrada la fórmula que, trece años después, se recogiera en el artículo XXII del Código Civil de 1936, que a la letra preceptuó: “Cuando hay

13 Loc. cit.

14 COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO (1923). “Actas de las Sesiones”. Lima, Imprenta C.A. Castrillón, 1928. Tomo I, p. 102.

15 *Ibid.*, pp. 102-104.

16 COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO (1923). *Op. cit.* p. 114.

incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”¹⁷.

III.4 Las reflexiones de la Comisión Villarán en torno a la constitucionalidad y su control normativo producidas en 1931

En época de la Junta de Gobierno que presidiera don David Samanez Ocampo se designó por Resolución Suprema del 7 de agosto de 1931, ampliada mediante las resoluciones supremas de 21 de agosto y 22 de setiembre del mismo año, una comisión presidida por el ilustre jurista don Manuel Vicente Villarán e integrada por los connotados hombres de derecho don Víctor Andrés Belaunde, don Diómedes Arias Schreiber, don Carlos García Gastañeda, don Carlos Doig y Lora, don Jorge Basadre, don José León Barandiarán, don Toribio Alayza y Paz Soldán, don Ricardo Palma, don Luis Valcárcel, don Emilio Romero y don César Antonio Ugarte, a la cual se encargó la elaboración de un proyecto de Constitución, que sería sometido al Congreso Constituyente convocado, precisamente, para fines del año 1931.

La Comisión Villarán, nombre con el cual se le conoce en homenaje a su renombrado presidente, produjo un magnífico proyecto, en el cual puso de relieve la impostergable necesidad de convertir a la Corte Suprema de la República en el guardián de la constitucionalidad, recogiendo el sistema de control disperso. Lamentablemente, la Constituyente convocada el día 8 de diciembre de 1931, a tres días de haberse producido la entrega del proyecto, lo desechó en un “(...) arranque de soberbia política y redactó por su cuenta su propio proyecto, (...) en el que introdujo muy poco de los artículos propuestos por la Comisión”¹⁸, según afirmación de don Luis Echeopar García.

Interesa resaltar que en la exposición de motivos del proyecto de la Comisión Villarán, se dejaba sentado que a pesar que las Cartas constitucionales de 1860 y de 1920, no reprodujeron el artículo 10 de la Constitución de 1856, que establecía que cualquier ley era nula en cuanto se opusiese a la Constitución, el principio que postula la nulidad de las leyes contrarias a la Constitución estaba presente en la teoría y en la inspiración de los legisladores constituyentes de aquellas Normas Supremas, toda vez que en ambas se había establecido que quienes ejercían función legislativa no podían transgredir las limitaciones establecidas por la propia Constitución y que, por consiguiente, eran nulos aquellos actos perpetrados por quienes usurpaban las funciones públicas. Se agregaba en la mencionada exposición de motivos, en forma inédita en lo que atañe a la fundamentación de la importancia y trascendencia del control de constitucionalidad en antecedentes peruanos, que: “La constitucionalidad

17 Ibid., p. Tomo VIII, p. 40.

18 ECHECOPAR GARCÍA, Luis. “Prólogo”, en Anteproyecto de Constitución de 1931 de la Comisión Manuel Vicente Villarán. Lima, P.C. Villanueva, 1962. p. 19.

como régimen político es la supremacía de la Constitución sobre la ley. La Constitución es ley para el legislador y no puede confiarse del todo en que el cuerpo legislativo, por estímulos morales y respeto a la opinión, guarde invariable respeto a las prohibiciones que la Constitución le impone. Teóricamente es de toda evidencia la invalidez de las leyes que infringen la Constitución”¹⁹.

Es más, no sólo se explicitó en aquella exposición de motivos el principio de supremacía de la Constitución y la constitucionalidad como consustancial a la validez de las normas jurídicas, sino que se invocó el principio de la no aplicación de las leyes inconstitucionales; reprobando la validez de las leyes infractoras de la Constitución, así como ingresando a la reflexión y al esbozo de lo que podría denominarse el diseño de la implementación del control disperso de constitucionalidad, sin dejar de lado las consideraciones y preocupaciones, así como recelos que planteaba la propuesta de establecer un sistema que buscaba romper con una tradición y que disentía de las tesis imperantes hasta aquel entonces.

En tal sentido, el aporte de la Comisión Villarán resulta trascendental en el desarrollo del control de constitucionalidad en el Perú. A este respecto, son elocuentes las reflexiones que se plantean en la exposición de motivos materia de comentario, al señalarse que “La dificultad que plantean las leyes inconstitucionales es que el poder a quien se dé facultad de declararlas nulas adquiere, por ese atributo, superioridad jerárquica sobre el Congreso. No se puede consentir que el gobierno, o las autoridades subalternas o los ciudadanos, se sustraigan al cumplimiento de las leyes, por cuanto en su concepto, que puede ser erróneo, se hallan en pugna con la Constitución. La proposición de que toda ley opuesta a la Constitución es nula, ofrece el grave peligro, por su forma abstracta, de incitar a una forma anárquica de control sobre el legislador, que destruye el imperio de la ley. La solución que ha dado a este problema la práctica constitucional de los Estados Unidos, y que varios países han imitado, consiste en reservar al Poder Judicial la potestad de no aplicar las leyes inconstitucionales en los casos sometidos a su jurisdicción habitual. En esa forma limitada, nuestro proyecto incorpora el principio de la no aplicación de las leyes inconstitucionales (Art. 142). Imaginemos que una ley inconsulta imponga pena de muerte por los delitos de rebelión o sedición, hallándose dispuesto en la Constitución del Estado que la ley no podrá aplicar esa pena sino por homicidio calificado o traición a la patria. Los jueces y tribunales, al juzgar el delito, hallarán en conflicto dos leyes contradictorias de diversa jerárquica: una ley ordinaria que ordena imponer la pena capital y un artículo de la Constitución que la prohíbe. Aplicarán la ley superior y dejarán la inferior sin efecto. Como necesaria precaución, se ordena que las cuestiones sobre inconstitucionalidad falladas en primera o segunda instancia, se eleven siempre a la Corte Suprema por recurso de nulidad o por consulta y que conozca de ellas la Corte Suprema en sala

19 COMISIÓN MANUEL VICENTE VILLARÁN DE 1931. “Anteproyecto de Constitución de 1931.” Lima, P.C. Villanueva, 1962. p. 77.

plena. Tienen, pues, todos los jueces potestad de pronunciarse al ejercer su jurisdicción natural, sobre la inconstitucionalidad invocada por los litigantes, y para cooperar con sus fallos al esclarecimiento de la doctrina jurídica; pero la fijación y unificación de ella se reservan por medio de la revisión obligatoria, a la mayor capacidad legal de la Corte Suprema”²⁰.

El artículo 142° del anteproyecto de la Comisión Villarán consagraba el precitado principio de la no aplicación de las leyes inconstitucionales; establecía la obligación de los jueces de respetar dicho principio en los casos que juzgaban; señalaba que las sentencias que omitían aplicar la ley inconstitucional se elevarían a la Corte Superior, vía apelación o, en ausencia de ésta, vía consulta; preceptuaba que las sentencias dictadas en segunda instancia con motivo de las apelaciones o consultas, según el caso, que declaraban que una ley se oponía a la Constitución, debían ser elevadas a la Corte Suprema, vía recurso de nulidad o, en ausencia de éste, vía consulta; establecía que las consultas debían ser sometidas a la Corte Suprema en pleno, como también aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que se presentaban a nivel de la propia Corte Suprema en la sala encargada de conocer los casos de competencia ordinaria; exigía para la declaración de “Anticonstitucionalidad de una ley” el voto de las dos terceras partes del pleno de la Corte; precisaba que la declaración regía únicamente para el caso materia del litigio; y ordenaba a los jueces no aplicar los decretos y reglamentos (esto es, las normas de menor jerarquía que las leyes), que fueran contrarios a la propia Constitución o a las leyes. Nótese que en este último punto también se recogía una cautela al principio de legalidad y un correctivo a su violación, en el caso de normas infralegales²¹.

IV. La segunda etapa: el control exclusivamente político de las infracciones fácticas a la Constitución y el control concentrado de constitucionalidad y de legalidad de normas infralegales a cargo del Poder Judicial. 1933 – 1935

A partir del año 1933 se ingresa en una segunda etapa en el desarrollo del control de constitucionalidad en el Perú, con motivo de la aprobación de la Constitución de 1933 que se extenderá hasta 1935; etapa en la cual se mantiene el control exclusivamente político de las infracciones fácticas a la normativa constitucional en la ya referida línea gaditana, al que se adiciona una suerte de control concentrado de la constitucionalidad y de la legalidad de los reglamentos, resoluciones y decretos gubernativos, que se encarga al Poder Judicial. Es decir de rango infralegal; de rango inferior al de la ley en la escala normativa.

20 Ibid., p. 77-78.

21 Ibid., p. 157.

Recalamos que, como se ha adelantado, el proyecto de la Comisión Villarán fue desechado, por lo que, al final de cuentas, la Constitución de 1933 vendría a utilizar los esquemas mas clásicos del siglo XIX, considerando que era competente para conocer de las infracciones a la Constitución el Congreso de la República y, en definitiva, convirtiéndolo en intérprete de la Constitución²². No obstante ello, la Carta de 1933 acogió en su artículo 133° el instituto de la acción popular, que parecía romper con esa pauta, pues preveía la atribución al Poder Judicial de un control de constitucionalidad y de legalidad de las normas infralegales (no de las leyes, sino de los decretos y normas reglamentarias); dejando a la ley el establecimiento del procedimiento judicial correspondiente.

En tal dirección, el artículo en referencia rezaba textualmente: “Artículo No. 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”²³.

En el Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1931, se consigna que en la sesión del martes 12 de abril de 1932, con motivo de la presentación del proyecto de Constitución, se leyó la fundamentación del precitado numeral, de la cual se desprende que la razón que llevó a los constituyentes a su consagración fue el haber comprobado que el Poder Ejecutivo, al ejercer su facultad de reglamentar las leyes había expedido “(...) multitud de disposiciones reglamentarias que infringen la Constitución o las leyes”²⁴, por lo que resultaba aconsejable y prudente poner limitaciones a tales excesos. En este sentido se señalaba textualmente: “La Constitución, que es la ley matriz de la República, debe ser celosamente defendida. Ningún reglamento que infrinja la Constitución o la ley tiene fuerza coercitiva, y 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”²⁵.

Acto seguido, reconociendo el carácter inédito de la incorporación de la acción popular en una Carta Constitucional peruana y mostrando el criterio de la conveniencia de delegar a la ley la regulación procedimental respectiva, se agregaba: “Disposición de tanta importancia que figurará por primera vez en nuestra Carta Política, reclama una ley que establezca el procedimiento judicial correspondiente”²⁶.

22 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Loc. cit.

23 UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. Op. cit. p. 589.

24 CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1931. “Diario de Debates”. Lima, Editora La Nacional S.A., 1936. Tomo III, p. 2521.

25 Loc. cit.

26 Loc. cit.

El texto del artículo propuesto, figuraba con el número 10 en el proyecto y se ubicaba en el Título II, del Capítulo III, denominado “De la formación y promulgación de las leyes”. Su texto era el siguiente: “Artículo No. 10.- Hay acción popular ante el Poder Judicial, contra los reglamentos y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros”²⁷.

De la lectura de las páginas 2639 a la 2641 del Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1931, se aprecia el debate que sostuvieron los Congresistas Juan José Hidalgo, Arca Parró, Gamarra, Bustamante de la Fuente, Castro Pozo, Tirado y Revilla, en torno al artículo propuesto por la Comisión de Constitución; debate del cual se desprende que a instancias del señor Hidalgo se incorporó a las “resoluciones” dentro del mismo, pero no fueron atendidas sus propuestas que buscaban incorporar también a los reglamentos y decretos de carácter local, así como señalar que además de la responsabilidad política de los Ministros, debía incluirse la responsabilidad civil y criminal.

Es curioso observar que el Congreso Constituyente de 1931 trató el tema de la incorporación del control difuso de constitucionalidad, con motivo de la discusión del dictamen en minoría presentado por la Comisión de Constitución en la sesión del 5 de agosto de 1932, bajo las firmas de los Congresistas Feijóo Reina, Francisco Pastor y N.S. Bara Cadillo, en el que se recogían las recomendaciones de la Comisión Villarán y se incluía como artículo 21° el siguiente texto: “Artículo 21°.- La Corte Suprema al conocer los fallos civiles y criminales, está facultada para no aplicar las leyes y resoluciones que juzgue contrarias a la Constitución”²⁸.

En el citado Diario de Debates se observa que en la sesión correspondiente al sábado 6 de agosto de 1932 se llevó a cabo el debate sobre este último artículo transcrito, con la sustentación correspondiente, que corrió a cargo del señor Feijóo Reina, quien reprodujo los argumentos de la Comisión Villarán; siendo del caso referir que, después del debate del martes 18 de octubre de 1932, finalmente, la propuesta fue desestimada.

Para concluir la referencia a la incorporación de la acción popular en la Constitución de 1933, debe enfatizarse que, sin lugar a dudas, se trató de un significativo avance en el desarrollo de los instrumentos de control de la constitucionalidad y, además, de la legalidad, a cargo del Poder Judicial, pero constreñido a las normas de rangos infralegales y con el carácter de concentrado. No obstante, fue un avance digno de destacar, a pesar que pasaron muchos años para que se dictaran las disposiciones

27 Ibid., p. 2622.

28 Ibid., Tomo VI, p. 2696.

legales reglamentarias para su debida implementación; hecho que, por insólito que parezca, sólo ocurriría treinta y tres años después y curiosamente por parte de un gobierno de facto, a través del Decreto Ley No. 14605, denominado Ley Orgánica del Poder Judicial, que estableció literalmente en su artículo 7° la vía procedimental para el ejercicio de la acción popular: “La acción que concede el artículo 133 de la Constitución se ejercitará ante el Poder Judicial y se substanciará por la vía ordinaria, como proceso de puro derecho, con intervención del Procurador General de la República en representación del Estado”²⁹. En este punto. Es pertinente mencionar que, en puridad, las propuestas reglamentarias venían siendo trabajadas mucho tiempo antes por sus propugnadores.

V. La tercera etapa: el control exclusivamente político de las infracciones fácticas a la Constitución, el control concentrado de constitucionalidad y de legalidad de normas infralegales a cargo del Poder Judicial y el control disperso de constitucionalidad en la modalidad americana. 1936 - 1979

En esta tercera etapa, que abarca el largo periodo comprendido entre los años 1936 y 1979, manteniéndose los controles existentes en la etapa anterior surge a nivel de normativa infraconstitucional el control disperso de la constitucionalidad en la modalidad americana, que ya venía gestándose desde años anteriores. En efecto, el debate llevado a cabo en 1923 en la Comisión Reformadora del Código Civil, que fuera promovido por el señor Solf y Muro, quien en la Sesión No. 20, del 21 de febrero de 1923, propuso la inclusión del texto “Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá la primera.”, tuvo sus frutos recién el año 1936 al promulgarse el Código Civil, en cuyo artículo XXII del Título Preliminar se introdujo dicho texto, con muy ligeras variaciones quedando en definitiva como sigue: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera”³⁰.

Obsérvese que se había dado un gran paso: el expreso reconocimiento del control disperso de constitucionalidad. Pero, a su vez, existía un gran vacío: la ausencia de disposiciones procedimentales que señalaran el camino a seguir para objetivar tal control. Ese vacío fue llenado, recién, veintisiete años después y, paradójicamente, por el mismo gobierno militar que reglamentó el ejercicio de la acción popular; toda vez que en el artículo 8° del Decreto Ley No. 14605, Ley Orgánica del Poder Judicial, de fecha 25 de julio de 1963, textualmente se estableció: “Art. 8°.- Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera. Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema. Las sentencias de segunda instancia, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte

29 LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, DECRETO LEY No. 14605. Artículo 7mo.

30 COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO (1923). *Ibid.*, p. 102

Suprema, si no se interpusiese recurso de nulidad. Los Jueces y Tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes”³¹.

Prácticamente se trata de una reproducción del artículo 142° del texto del proyecto de Constitución de la Comisión Villarán de 1931. Los esfuerzos de los precursores peruanos del control disperso de constitucionalidad, tardíamente y en circunstancias en que el país atravesaba por momentos de ruptura del orden constitucional, habían dado resultado; por lo menos, a nivel normativo.

VI. La cuarta etapa: la adición al esquema anterior del control concentrado de la constitucionalidad de normas con rango de ley. 1980 en adelante

Esta es la etapa en la que se encuentra actualmente el control de la constitucionalidad en el Perú. Empieza en el año 1980 con la entrada en vigencia de la Constitución de 1979 y se mantiene hasta la actualidad. En ella se perfila el sub modelo dual o paralelo de control de la constitucionalidad, caracterizado por la coexistencia de los clásicos modelo americano, también denominado modelo de revisión judicial (judicial review), modelo de control disperso, modelo de control difuso o modelo de control judicialista de la constitucionalidad, con el modelo europeo, igualmente conocido con las denominaciones de modelo austriaco, modelo kelseniano, modelo de control ad hoc o modelo de control concentrado de la constitucionalidad; a los que se suma el mantenimiento del control de las infracciones fácticas a la Constitución por el Congreso de la República y el control concentrado de constitucionalidad y de legalidad de normas infralegales por el Poder Judicial. Es, sin lugar a dudas, la etapa más importante en el desarrollo del control de la constitucionalidad en el Perú.

VI.1 Consideraciones previas

La Constitución Política de 1979 significó el avance más notable que registra la historia constitucional del Perú en cuanto al control de constitucionalidad se refiere. Las dos principales razones son: se elevó a nivel de texto constitucional el control disperso de constitucionalidad y se inauguró el control concentrado de constitucionalidad, con la creación del entonces denominado “Tribunal de Garantías Constitucionales” (TGC), cuyo balance pretendemos realizar en este trabajo; dando origen a lo que, en un primer momento, diversos constitucionalistas peruanos y algunos extranjeros denominaron un sistema mixto, posteriormente Domingo García Belaunde llamara sistema dual o paralelo y el autor del presente trabajo rotula como sub sistema dual o paralelo.

31 LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, DECRETO LEY No. 14605. Artículo 8vo.

Lamentablemente, lo advertimos desde ahora, este avance en el plano normativo constitucional no fue acompañado de una praxis constitucional paralela, que permitiera apreciar las bondades del control de constitucionalidad y, en especial, del control concentrado, lo cual llevó a que se pensara en su eliminación o, en todo caso, su traslado a una sala de la Corte Suprema de la República. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos de quienes, en esa línea y a contramano de la doctrina contemporánea que ilumina al derecho constitucional, aún no creen en las ventajas del control de constitucionalidad y, especialmente, del concentrado, la Carta de 1993 ha recogido también ambos sistemas; reproduciendo casi con total exactitud el esquema de la Constitución de 1979. Por ello y a los efectos de un tratamiento más ordenado, se revisará a continuación el control disperso de constitucionalidad y, luego, el control concentrado, en cada una de las citadas constituciones, realizando en ese momento el balance del fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales.

VI.2 El control disperso de constitucionalidad en la Constitución de 1979

Como bien conceptúa César Landa, la historia constitucional peruana se caracteriza por una suerte de prodigalidad en la producción de textos constitucionales, así como lo que denomina “(...) la incorporación nominal de modernas instituciones democráticas, (...)”³², a despecho de una ausencia de creación de una conciencia sobre la importancia y transcendencia de la Constitución y de sus instituciones; a lo que habría que agregar en una continuación, aunque menos marcada y ya debilitada, de los problemas del divorcio entre el Estado Nación y la sociedad que se presentan en la fundación de la República. Landa agrega con acierto que “Podría señalarse que el desfase de la falta de vigencia de los textos constitucionales en la vida social, se debe a que la expedición de estas cartas políticas se ha dado al unísono de los cambios políticos y sociales de cada época: unos mas estructurales, como la Independencia y el establecimiento de la república y, otros mas coyunturales, como las guerras civiles, las guerras internacionales y las revoluciones civiles y militares”³³.

A esta realidad no escapó la Constitución de 1979. Nació en verdad sin haber sido pedida por el pueblo peruano ni requerida por sector significativo alguno de la colectividad nacional. Fue consecuencia de una condición impuesta por la dictadura instalada en el país desde el 3 de octubre de 1968, para devolver el poder a la civilidad.

El 28 de julio de 1978 se llevó a cabo la ceremonia de instalación de la Asamblea Constituyente, electa para dictar la nueva Constitución, y el 11 de setiembre de 1978 se nombró en sesión plenaria la Comisión Principal de Constitución, con el encargo

32 LANDA ARROYO, César. “Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: El Caso Peruano”. En *Pensamiento Constitucional*. Lima, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995. p. 73.

33 Loc. cit.

de preparar un proyecto de Constitución, que, posteriormente, se sometería al Pleno, para cuyo efecto se le encomendó recopilar la información respectiva y recoger, así como consolidar el trabajo de las diversas Comisiones Especiales, que fueron catorce, y sub comisiones, que tuvieron a su cargo el estudio de las propuestas y la elaboración de los planteamientos puntuales, que iban a incorporarse en la nueva constitución. Dicha Comisión Principal de Constitución estuvo presidida por don Luis Alberto Sánchez, quien había sido nombrado Primer Vice Presidente de la Asamblea, por haber obtenido la segunda votación, después de don Víctor Raúl Haya de la Torre, y teniendo en cuenta, además, que había sido miembro del Congreso Constituyente de 1931.

La Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente que aprobó la Constitución de 1979 tuvo veinticinco miembros y su conformación fue multipartidaria. En palabras del propio Luis Alberto Sánchez, contenidas en el prólogo fechado el 12 de Setiembre de 1985, a la publicación del Diario de Debates de la Comisión Multipartidaria que elaboró el proyecto de Constitución de 1979, "(...) la Constitución de 1979 es realmente pluralista y aprobada por consenso, sin que ningún partido pueda jactarse de que sus ideas sean predominantes. Las combinaciones de votos fueron muy variadas tanto en el seno de la Comisión como en las sesiones plenarias. Puede afirmarse que imperó una productiva libertad de conciencia para aprobar cada uno de los artículos"³⁴.

Conteniendo el Diario de los Debates de la Comisión Principal los criterios que inspiraron a cada uno de los artículos de la Carta Fundamental de 1979, un estudio riguroso de la racionalidad que llevó a su legislador constituyente a elevar a categoría constitucional el control disperso de constitucionalidad, ya consagrado en el Perú desde 1936, a través del artículo XXII del Código Civil de aquel año, obliga a su revisión; dejando constancia que fueron también sumamente importantes los trabajos de las sub comisiones que apoyaron a la citada Comisión Principal de Constitución, para la presentación del proyecto final y el reexamen de los artículos que fueron reservados o rechazados inicialmente por el Pleno.

El arribo a la fórmula final consagrada en su artículo 236°, que se transcribe a continuación y que significó elevar a categoría constitucional el control disperso de constitucionalidad, no fue tan lógico y sencillo como podría pensarse, si se tiene en cuenta que la fórmula venía consagrada in fine desde el Código Civil de 1936: "En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna"³⁵.

34 COMISIÓN PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1978-1979). Diario de Debates. Lima, Editora Atlántida S.A., 1985, Tomo I. En prólogo del señor Luis Alberto Sánchez, Presidente de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente y Presidente del Senado.

35 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, con la colaboración de GUTIÉRREZ CAMACHO. Walter. "Las Constituciones del Perú". Lima, Edición Oficial, 1993. p. 236.

Ciertamente, es curioso observar que ni en la ponencia de la Comisión Especial No. 3 sobre “Derechos y Deberes Fundamentales. Garantías”³⁶, ni en la ponencia de la Comisión Especial No. 6 sobre “Poder del Estado-Judicial”³⁷, ni en las ponencias presentadas por el Partido Aprista Peruano³⁸, el Partido Demócrata Cristiano³⁹, el Partido Popular Cristiano⁴⁰, ni en los proyectos del Partido Comunista ni del Partido Socialista⁴¹, ni en la propia Comisión Principal de Constitución en un primer momento, se planteó la fórmula del control disperso de constitucionalidad en los términos en que finalmente quedó consagrada en el antes citado artículo 236°: la facultad de los jueces de inaplicar una norma por causal de inconstitucionalidad o ilegalidad, en los casos materia de su juzgamiento, cuando entre el derecho invocado por las partes existe un choque normativo (una incompatibilidad) entre una norma constitucional y una legal ordinaria o entre una norma legal ordinaria y una norma subalterna, respectivamente.

En el planteo inicial de la Sub Comisión de Poder Judicial, que integraron los asambleístas Vega García, Valle Riestra, Cáceres Velásquez y Chirinos Soto, se presentó y aprobó el siguiente texto: “Cuando un juez o tribunal considere inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, suspenderá el procedimiento y planteará la cuestión por escrito motivado ante el Tribunal Constitucional”⁴².

Como se desprende del mismo, no se trataba del control clásico de constitucionalidad al estilo del modelo americano, disperso o difuso; sino de una figura distinta, en cuya virtud al detectar el juez una ley de cuya validez depende el fallo, que considerara inconstitucional, debía suspender el procedimiento y recurrir ante el TC en consulta. Vale decir, no fallaba inaplicando la ley inconstitucional. Sólo suspendía el trámite del litigio, planteaba la cuestión de inconstitucionalidad y se abstenía de seguir interviniendo hasta que el TC se pronunciara.

Posteriormente, en la Sesión No. 24 de la Comisión Principal, realizada el martes 27 de febrero de 1979, aparece dentro del Capítulo IV, Poder Judicial, como artículo 239° el siguiente texto, que después se ubicaría como numeral 240°: “Cuando un juez o tribunal considere inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se abstendrá de pronunciar sentencia y planteará la cuestión mediante escrito motivado ante el Tribunal de Garantías Constitucionales”⁴³.

36 COMISIÓN PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1978-1979). Op. cit., p. 213

37 Ibid., Tomo III. p. 155.

38 Ibid., p. 160.

39 Ibid., p. 171.

40 Ibid., p. 177.

41 Ibid., p. 183.

42 Ibid., p. 243.

43 Ibid., Tomo IV. p. 214.

Nótese que se mantenía el mismo criterio, pero con las únicas diferencias que ya no se hablaba de suspensión del procedimiento, sino de abstención de emitir sentencia, y de Tribunal de Garantías Constitucionales, en vez de Tribunal Constitucional.

En circunstancias en que el texto del artículo 240° ya había sido aprobado por la Comisión Principal de Constitución, en la Sesión No. 27 del viernes 23 de marzo de 1979, el asambleísta Javier Valle Riestra propuso suprimirlo y “(...) mantener la norma que un juez debe preferir la norma constitucional a la legal, la forma consuetudinaria, clásica, existente en nuestra legislación.”⁴⁴, argumentando que su aplicación ocasionaría que los procedimientos se atasquen; pedido al cual se sumaron los asambleístas Enrique Chirinos Soto y Ortiz de Zevallos; sosteniendo este último que “Esto va a complicar enormemente todo el funcionamiento del Poder Judicial, porque cualquier juez o cualquier tribunal que no quiera fallar –y sabemos de las presiones que se ejercen sobre ellos– entonces optará porque opine el Tribunal de Garantías y vamos a las calendas griegas. El mal que se va a hacer con este artículo es tremendo”⁴⁵.

La posición del asambleísta Roberto Ramírez del Villar, que grafica la posición contraria y que resulta sorprendente fue la siguiente: “Ahora, en nuestro medio, ¿qué es lo que sucede? Ha venido funcionando la inconstitucionalidad de las leyes en base a un artículo del Título Preliminar del Código Civil, que era francamente inconstitucional. Si revisamos la Constitución del año 33, encontramos que la interpretación y modificación de la ley sólo la puede hacer el Congreso, no la puede hacer el Poder Judicial. Sin embargo, esta violación fue tolerada y pasó; pero la propia Corte Suprema se ha dado cuenta que esta atribución no puede ser entregada a todos los jueces. Tenemos que ser realistas y ver cuál es la calidad intelectual de los jueces. Vamos a suponer que el juez del último rincón de la tierra esté en condición de suspender un proceso porque él lo considera inconstitucional. Entonces, la propia Corte viendo el medio propone que cuando se presente un caso de esta naturaleza, el juez lo eleve a la Corte Suprema para que ella declare la inconstitucionalidad en Sala Plena. O sea que la dilación se va a producir de todas maneras en una de las dos fórmulas, porque el aceptar simplemente que cualquier juez puede dejar de aplicar una ley porque la considere personalmente inconstitucional, es francamente aberrante en nuestro medio. En realidad estamos frente a tres tesis”⁴⁶.

Es rescatable la refutación que hizo el asambleísta Enrique Chirinos Soto: “No creo que el dispositivo citado del Código Civil sea anticonstitucional, porque el Congreso interpreta las leyes; pero, en el caso particular, las interpreta el Poder Judicial. Si creo

44 *Ibíd.*, Tomo V. p. 162.

45 *Ibíd.*, p. 163.

46 *Loc. cit.*

que está dentro del título de la Constitución. En esta materia, señor, más eficaz ha demostrado ser el sistema americano, me parece a mí, que el europeo. De consiguiente, soy de la opinión de suprimir este artículo”⁴⁷.

El artículo quedó suprimido, pero en la Sesión No. 55, del 28 de mayo de 1979, aparece como texto del artículo 242° el siguiente: “En caso de que el juez deje de aplicar una ley por considerarla incompatible con una norma constitucional, la sentencia debe ser elevada en consulta a la Corte Suprema. La Corte Suprema para resolver elevará previamente el asunto al Tribunal de Garantías Constitucionales para que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de la ley”⁴⁸.

En aquella sesión, el asambleísta Enrique Chirinos Soto se opuso a este nuevo texto, sosteniendo que “Este es un artículo realmente peligroso porque va a empantanar todos los procesos habidos y por haber. Cuando el litigante, como ocurre con frecuencia, tenga deseos de demorar un proceso, planteará el problema constitucional y el juez tendrá que elevar el expediente a la Corte Suprema y ésta al Tribunal de Garantías, cuando el juez debe aplicar la Constitución con preferencia a la ley y la ley con preferencia a toda otra norma subalterna, sin consulta. Cuando llegue el expediente a la Corte Suprema, ésta verá si está fundada o no la inconstitucionalidad. En caso del Tribunal de Garantías es distinto. Al Tribunal de Garantías, si se llega a aprobar, se va a recurrir para que diga si tal o cual ley es inconstitucional. Pero no creo, de ninguna manera, que tengamos que inmiscuir al Tribunal de Garantías en todos los litigios judiciales. De manera que hagamos moción para que este artículo se suprima”⁴⁹.

A dicha oposición se sumaron los asambleístas Aramburú, Vega, Cáceres Velásquez y Valle Riestra; lográndose finalmente consenso en que se sustituya por el siguiente texto: “Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, el juez prefiere la primera. En igual forma procede entre una ley y otra norma de inferior jerarquía”⁵⁰.

Este texto, con ligeros ajustes de redacción, es el que finalmente fue aprobado por el Pleno y quedó consagrado por tanto a nivel constitucional el control disperso de constitucionalidad. En este punto conviene llamar la atención que se trata de un control obligatorio para el juzgador y comprensivo del control de constitucionalidad propiamente dicho y del control de legalidad. Vale decir, cuando la incompatibilidad se da entre la Constitución y la ley y cuando se produce entre la ley y la norma de inferior jerarquía.

47 *Ibid.*, p. 164.

48 *Ibid.*, Tomo VII. p. 255.

49 *Loc. cit.*

50 *Ibid.*, p. 304.

VI.3 El control disperso de constitucionalidad en la Constitución de 1993

La Constitución peruana de 1993 ha mantenido el sistema de control disperso de constitucionalidad, que la Carta de 1979 elevó a categoría constitucional, consagrando en el segundo párrafo de su artículo 138°, una norma casi idéntica a la que contenía el numeral 236° de su antecesora, que reza: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma constitucional sobre toda otra norma de rango inferior”⁵¹.

Contrariamente a lo ocurrido en el caso de la Carta Fundamental de 1979, el constituyente de 1993 reveló que, desde un primer momento, tuvo clara la idea del control disperso de constitucionalidad, así como su intención de mantenerlo mediante una norma de rango constitucional. Así se desprende, desde el denominado “Primer Documento- El Anteproyecto en estado de elaboración”⁵², que la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático, presidida por el jurista Carlos Torres y Torres Lara publicara en el diario oficial “El Peruano” el día 20 de mayo de 1993 y que constituyó el primer anteproyecto integral y consolidado de los artículos aprobados por la mencionada comisión al 18 del mismo mes; pasando por el llamado “Proyecto Constitucional elevado al Pleno. Dictamen en Mayoría”⁵³, que fuera publicado en el diario oficial “El Peruano” y que recogió los cambios efectuados entre el 10 de junio y el 01 de julio de 1993; hasta el denominado “Dictamen Constitucional de la Comisión de Redacción ante el Pleno”⁵⁴, de fecha 1 de setiembre de 1993, que recogió los cambios efectuados entre el 1 de julio y el 1 de setiembre de 1993.

En el primero de los citados documentos (el anteproyecto consolidado al 18 de mayo de 1993), en la parte relativa al control constitucional y administrativo se incluyó un artículo exactamente igual al numeral 236° de la Constitución de 1979, cuyo texto era el siguiente: “En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma de menor jerarquía”⁵⁵.

En el tercero de los citados documentos (el Dictamen Constitucional de la Comisión de Redacción del 1 de setiembre de 1993), en la parte relativa al Poder Judicial y como segundo párrafo del artículo 148° se encuentra el siguiente texto: “En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una

51 TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La Nueva Constitución del Perú 1993: Antecedentes, Fundamentos e Historia Documentada*. Lima Desarrollo y Paz, 1993 p. 109.

52 *Ibid.*, pp. 239-307.

53 *Ibid.*, pp. 329- 373.

54 *Ibid.*, pp. 419-480.

55 *Ibid.*, p. 286.

norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”⁵⁶.

Como se observa, este fue el texto que, finalmente y concluidos los reajustes y recortes efectuados, se consagró como segundo párrafo del numeral 138° que se ha transcrito líneas arriba y que está actualmente vigente.

En lo que atañe al control disperso de constitucionalidad en la Carta de 1993 queda claro, en consecuencia, que éste fue ratificado y, podría decirse, en alguna medida perfeccionado, ya que el análisis comparativo entre el texto de la Constitución de 1979 (artículo 236°) y el de esta última (artículo 138°), revela que en la Constitución de 1993 se ha precisado que el control disperso de constitucionalidad se ejerce en “todo proceso”, lo cual viene a enfatizar la obligación del juzgador de velar por la constitucionalidad y también por la legalidad en todos los casos en que interviene, haciendo un análisis de las normas invocadas por las partes, para, independientemente de que aquéllas lo hayan invocado o no, preferir la norma constitucional o la norma legal, según el caso.

VI.4 El control concentrado de constitucionalidad en la Constitución de 1979: el Tribunal de Garantías Constitucionales

Tal como se ha mencionado anteriormente, en la Constitución de 1979 se dieron dos avances notables en lo que atañe al control de constitucionalidad. El primero, consistente en la elevación a rango constitucional del control disperso de constitucionalidad. El segundo, consistente en la inauguración del control concentrado de constitucionalidad, a través de la creación del entonces denominado Tribunal de Garantías constitucionales. Este segundo avance fue el más importante y novedoso; inédito hasta ese momento; excepción hecha de la modalidad sui generis de control de decretos y reglamentos de carácter general, que venía consagrada en el artículo 133° de la Carta de 1933 y que, como se ha visto, recién fue reglamentada en la Ley Orgánica del Poder Judicial del 25 de julio de 1963.

El examen, tanto del Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución, como de las Comisiones Especiales, de las sub-comisiones y del Pleno, correspondientes a la Asamblea Constituyente que elaboró la Constitución de 1979, revela que no existió desde un primer momento la idea de consagrar un control concentrado de constitucionalidad; sino, por el contrario, de mantener la tesis tradicionalmente recogida en las Constituciones anteriores, de considerar al Poder Legislativo como el gran guardián de la constitucionalidad, con capacidad exclusiva y excluyente de dejar sin efecto las normas superiores afectadas de vicios de inconstitucionalidad.

56 Ibid., p. 447.

La incorporación del control concentrado de constitucionalidad en la Carta de 1979 fue consecuencia de un proceso lento, complicado y de ardua confrontación, en el cual, en honor a la verdad, jugó un papel preponderante el asambleísta Javier Valle Riestra, quien se constituyó en el propulsor de esta conquista del derecho constitucional peruano y, por cierto, también del novel derecho procesal constitucional.

En la ponencia de la Comisión No. 3, presentada el 27 de octubre de 1978 por los asambleístas Mario Polar, Javier Valle Riestra, Carlos Roca, Luis Heysen, Alfonso Ramos, Pedro Cáceres y Magda Benavides, al presidente de la Comisión Principal de Constitución, en la parte relativa a las Garantías, se lee textualmente: “En el mismo Título, aunque sin precisar sus características, hemos incluido un precepto relativo a la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales. Este artículo necesariamente deberá ser concordado por la Comisión Principal con las iniciativas que sobre el particular formule la Comisión encargada de presentar una ponencia sobre el Poder Judicial”⁵⁷.

Más adelante, en la misma ponencia, en el articulado propiamente dicho se incluyen dos cuyos textos son los siguientes: “Artículo.- Se constituye un Tribunal de única instancia denominado de Garantías Constitucionales y que es competente para conocer: a) De la acción de hábeas corpus; b) De la acción de amparo; c) De la inconstitucionalidad de las leyes, sea en vía de acción o de excepción; d) De la inconstitucionalidad de decretos, reglamentos, resoluciones supremas, resoluciones ministeriales, resoluciones legislativas o fallos judiciales que transgredan la Constitución o las leyes”⁵⁸; “Artículo.- Una ley regulará la estructura y procedimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales”⁵⁹.

La idea ya había sido plasmada pero tendría que recorrerse un largo camino para arribar a la fórmula que finalmente se consagró, por cuanto surgieron varias posiciones discrepantes, desde las que rechazaban totalmente la idea de crear un ente de control concentrado de la constitucionalidad, con autonomía e independencia respecto de los poderes del Estado, hasta la de otorgar el control concentrado a la Corte Suprema de la República, como fue la del Partido Aprista Peruano, contenida en el proyecto alcanzado a la Comisión Principal de Constitución, como parte de la ponencia de la Comisión Especial No. 6, sobre Poder del Estado-Judicial. En aquella ponencia, en la parte relativa a las atribuciones constitucionales, si bien se hace referencia a que las mismas conllevan “(...) la labor de cautelar la supremacía de las normas constitucionales”⁶⁰, se estima que ésta debe corresponder al máximo

57 COMISIÓN PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1978-1979). Op. cit., Tomo I. p. 215.

58 *Ibid.*, p. 225.

59 *Loc. cit.*

60 *Ibid.*, Tomo III. P. 160.

tribunal de justicia de la Nación: la Corte Suprema de la República. Al respecto, para mayor ilustración se transcriben algunos párrafos de dicha propuesta: “La ponencia sugiere que a nuestra futura Corte Suprema se le otorgue la potestad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes u otras normas por vía de acción y que, por lo mismo, tal declaración entrañe la abrogación de la disposición pasada”⁶¹. “En suma, pues, la Comisión recoge a plenitud las numerosas iniciativas lanzadas para la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales, pero prefiere encomendar esta labor a la Corte Suprema y evitar así una innovación que acarree innecesarios desembolsos”⁶².

Más adelante, ya en el articulado propuesto, en lo que atañe a las atribuciones de la Corte Suprema de la República en cuanto al control de constitucionalidad, se incluye, entre otras, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes o de las resoluciones o actos del Poder Ejecutivo⁶³, también recogiendo el planteamiento aprista.

En resumen, como bien lo señalara el asambleísta Vega García, en cuanto a las atribuciones constitucionales, se inclinaron por la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales el Partido Popular Cristiano, el Partido Socialista Revolucionario y el Partido Demócrata Cristiano; mientras que el Partido Aprista atribuyó tales facultades a la Corte Suprema⁶⁴.

En la Sesión No. 22 de la Comisión Principal de Constitución, llevada a cabo el 14 de febrero de 1972, en circunstancias en que se había producido en sesiones anteriores una confrontación de ideas entre los asambleístas Francisco Chirinos Soto, quien sustentó la ponencia aprista, de entregar el control concentrado de constitucionalidad a la Corte Suprema, y la tesis de Javier Valle Riestra de crear un ente autónomo e independiente, este último presentó un proyecto sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuya fundamentación interesa transcribir, siguiendo exactamente el texto que aparece en el acta en cuestión: “El señor VALLE RIESTRA.- Voy a hacer un esbozo de este proyecto de Tribunal de Garantías Constitucionales, recordando que el Tribunal ya existe en Alemania, en Italia, en Francia y que existen varios sistemas, dentro de ellos la declaración de anticonstitucionalidad a priori y a posteriori, cuando por acción o por excepción llega a conocimiento del Tribunal una cuestión constitucional antes de que se pronuncie sobre la misma. Después, la trascendencia de la resolución del tribunal o es simplemente declarativa, como la que existe en la legislación italiana que del momento que se publica la resolución del tribunal en el boletín oficial del Estado, dicha resolución queda abrogada, o es el problema final de si tiene efectos retroactivos ultraactivos dicha decisión final. Entonces este Tribunal de Garantías, tal

61 Loc. cit.

62 Ibid., p. 161.

63 Ibid., p. 165.

64 Ibid., p. 183.

como lo diseño en el proyecto que tengo aquí, se compondría de doce miembros: dos designados por la Federación Nacional del Colegio de Abogados, dos por el Consejo Nacional de la Magistratura, dos por el Senado, dos por la Cámara de Diputados, dos por la Corte Suprema y dos por las Facultades de Derecho. Para ser miembro de este tribunal se requerirían las condiciones exigidas para ser magistrado supremo y su personal debe ser escogido entre magistrados, fiscales, profesores universitarios de derecho, abogados de reconocida competencia y trayectoria y sobre todo de línea en defensa de los Derechos Humanos, requisito éste que exige actualmente el Tribunal Nacional español. Como atribuciones se le señala a este tribunal una jurisdicción en todo el territorio de la República y competencia para declarar la anticonstitucionalidad de las leyes y resoluciones del Congreso, así como de los decretos, reglamentos y resoluciones del Poder Ejecutivo y la de los entes públicos; declarar –aquí pongo– en vía de casación. Ya que se ha insistido tanto en introducir la casación, en este carácter podría ensayarse: declarar en vía de casación la inconstitucionalidad de las resoluciones judiciales definitivas a solicitud del Fiscal General de la Nación. He insistido en este punto de vista y ha habido un conato de cambio de ideas en sesión anterior con el doctor Chirinos, cuando yo explicaba mi convicción de que no sólo es anticonstitucional una ley, no sólo es anticonstitucional un reglamento del Poder Ejecutivo, sino también las decisiones de los tribunales, claro que se refieren a pleitos entre partes. Pero hay que ver hasta que punto no es aceptado en el orden público si ahí se permite que subsista una violación de la Constitución, de las leyes, de los Derechos Humanos. La Ley de Garantías Constitucionales Española de 1932-33, recogía la posibilidad en vía de amparo de combatir la anticonstitucionalidad de una resolución judicial y también la tiene la Constitución mexicana. Ahora, para evitar un abuso, para evitar la alteración de la cosa juzgada, se tramitaría a través del Fiscal de la Nación, que ya hemos estructurado, ¿no es cierto? Se recurriría al Fiscal diciendo que en tal resolución, recaída en un pleito seguido por A con B, se ha violado la Constitución. El Fiscal si lo considera así, podría tramitarla si fuera realmente algo lesivo al orden público”⁶⁵.

Este fue el esbozo que permitió entrar de lleno al modelo consagrado en la Carta de 1979. Empero, su adopción definitiva, así como sus competencias, el número de sus miembros, el tiempo de su mandato y los titulares de la acción de inconstitucionalidad fueron largamente debatidos, tal como aparece de los Tomos IV, V, VII y VIII del Diario de Debates de la Comisión Principal; debiendo destacarse que en el proyecto de Constitución que elevara al presidente de la Comisión Principal de Constitución, con fecha 27 de marzo de 1979, al presidente de la Asamblea Constituyente, don Víctor Raúl Haya de la Torre, en la parte relativa a las garantías, se expresa que: “(...) se crea un Tribunal integrado por doce miembros, entre los cuales seis son designados por los tres poderes del Estado. Su finalidad primordial es declarar la inconstitucionalidad en todo o en parte de cualquier acto legislativo o de la administración pública. Además

65 Ibid., pp. 353-354.

conocerá de los autos denegatorios de hábeas corpus y del amparo, agotada la vía judicial; de las apelaciones contra resoluciones que destituyan a los magistrados; de la resolución de la Corte Nacional de Elecciones que anula el proceso electoral nacional. Resolverá conflictos de competencia entre el Poder Central y los órganos departamentales y regionales y absolverá consultas sobre constitucionalidad de tratados pendientes de ratificación o adhesión”⁶⁶.

El articulado propuesto para regular lo atinente a este ente de control concentrado de la constitucionalidad, es bastante elocuente para comprobar en qué medida el planteamiento del asambleísta Javier Valle Riestra llegó a calar entre los demás miembros de las comisiones encargadas, ya que se comprendió dentro de sus competencias muchas otras, por lo que resulta importante transcribir los artículos 298°, 299°, 300°, 301°, 302°, 303°, 304° y 305° del proyecto en cuestión: “Artículo 298°.- El Tribunal de Garantías Constitucionales con sede en la ciudad de Arequipa, se compone de 12 miembros; dos designados por el Senado; uno por la Cámara de Diputados; tres por el Poder Ejecutivo; uno por la Corte Suprema de Justicia; uno por los Colegios de Abogados de la República; uno por el Consejo Nacional de la Magistratura; y uno por las Facultades de Derecho de las Universidades de la República”⁶⁷; “Artículo 299°.- Para ser miembro del tribunal se requiere no menos de 55 años de edad y las condiciones exigidas para ser Vocal de la Corte Suprema de Justicia. Su período dura 9 años y no está sujeto a mandato imperativo. El cargo es incompatible con cualquier otra función pública y con el ejercicio de la abogacía”⁶⁸; “Artículo 300°.- El Tribunal de Garantías tiene jurisdicción en todo el territorio de la República y es competente para: 1. Declarar la inconstitucionalidad en todo o en parte de cualquier acto legislativo o de la administración pública, por vía de acción o de excepción; 2. Pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley en el caso del artículo 242°; 3. Conocer de los autos denegatorios de la acción de hábeas corpus y los autos denegatorios de la acción de amparo, agotada la vía judicial; 4. Conocer en apelación de las resoluciones que expida el Consejo Nacional de la Magistratura que imponga destitución a magistrados de cualquier categoría; 5. Resolver en vía de apelación en el plazo máximo de siete días naturales, la resolución de la Corte Nacional de Elecciones que anule el proceso electoral nacional; 6. Resolver conflictos de competencia entre el Poder Central y los órganos departamentales y regionales así como de éstos entre sí; 7. Absolver consultas del Presidente de la República o del Congreso sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales pendientes de ratificación o de adhesión”⁶⁹; “Artículo 301°.- Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad de las leyes: 1. El Presidente de la República en leyes no promulgadas por el; 2. El Fiscal de la Nación; 3. 60 Diputados y 20 Senadores; 4. 50,000 ciudadanos con firmas comprobadas por

66 *Ibid.*, p. 214.

67 *Ibid.*, Tomo V. pp. 251-252.

68 *Ibid.*, p. 252.

69 *Loc. cit.*

la Corte Nacional de Elecciones”⁷⁰; “Artículo 302°.- No tiene efecto retroactivo, la sentencia del Tribunal que haya declarado total o parcialmente inconstitucional una norma legal”⁷¹; “Artículo 303°.- El Tribunal comunicará al Presidente del Congreso las sentencias de inconstitucionalidad de normas emanadas del Poder Legislativo. El Congreso por el mérito del fallo aprobará una ley derogando la norma inconstitucional. Transcurridos 45 días sin haberse promulgado la derogatoria, entenderá derogada la norma inconstitucional y el tribunal ordenará publicar la sentencia en el diario oficial”⁷²; “Artículo 304°.- Cuando el Tribunal declare la inconstitucionalidad de normas que se originen en el Poder Legislativo, ordenará la publicación de la sentencia en el diario oficial, la que tendrá valor desde el día siguiente”⁷³; “Artículo 305°.- Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales”⁷⁴.

Sin embargo, posteriormente se produjo un significativo desmoche, como consecuencia del debate producido a nivel de la Comisión Principal de Constitución, sobre todo a instancias del asambleísta Ernesto Alayza Grundy, quien fue sumamente duro al cuestionar la amplitud de facultades que se le pretendía atribuir, argumentando que se estaba desnaturalizando la función del Tribunal de Garantías Constitucionales⁷⁵, a pesar de la ardorosa defensa efectuada por el asambleísta Valle Riestra. Así, paulatinamente, a instancias del propio Alayza Grundy, de Aramburú Menchaca, de Sotomarino y de Ramírez del Villar, entre otros, se fueron limitando las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales, hasta arribar a la fórmula final, que estuvo limitada, como rezaba el texto definitivo de la Constitución de 1979, a: “1.- Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo; y 2.- Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de hábeas corpus y la acción de amparo agotada la vía judicial”⁷⁶.

Por lo demás, se precisó que dicho tribunal era el órgano de control de la Constitución (debió decirse de la constitucionalidad), que se componía de nueve miembros (tres designados por el Congreso, tres por el Poder Ejecutivo y tres por la Corte Suprema), se mantuvieron en esencia los requisitos exigidos, se estableció la renovación por tercios cada dos años, la reelección de sus miembros, la ausencia de mandato imperativo, la independencia por sus votos y opiniones, el privilegio de no ser denunciados ni detenidos durante su mandato, se precisaron los titulares de la acción de inconstitucionalidad, que

70 Loc. cit.

71 Loc. cit.

72 Loc. cit.

73 Loc. cit.

74 Loc. cit.

75 *Ibid.*, Tomo VII. p. 562.

76 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, con la colaboración de GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. *Op. cit.*, p. 487.

sus sentencias no tenían efecto retroactivo, el procedimiento de efectivización de las sentencias y el que una ley orgánica regularía su funcionamiento.

Ley No. 23385, del 3 de mayo de 1982, denominada Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, reguló su organización y atribuciones, así como diversos aspectos relacionados a su funcionamiento, incluyendo entre ellos el procedimiento para la declaración de inconstitucionalidad y para la casación de las resoluciones denegatorias de hábeas corpus y amparo. Más adelante, como parte final de este trabajo, haremos un balance del mismo, desde la perspectiva que nos da el haber transcurrido más de tres décadas desde su creación.

VI.5 El control concentrado de constitucionalidad en la Constitución de 1993.

En el antes mencionado “Primer Documento - Anteproyecto en estado de elaboración”⁷⁷, que hizo publicar la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático en el diario El Peruano no aparece contemplada la figura de un ente de control concentrado de constitucionalidad, ajeno e independiente de los otros órganos del Estado y con autonomía, como era (por lo menos a nivel normativo constitucional) el fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales, lo cual revela que, desde un inicio, la intención del legislador constituyente de la Carta de 1993 fue eliminarlo o, en todo caso, realizar un planteo distinto al que se formuló en la Constitución de 1979. Esta hipótesis se reafirma cuando en el citado documento, en la parte relativa al control constitucional y administrativo, y numerados como artículos 2° y 3°, se encuentran los siguientes textos: “Artículo 2°.- El Poder Judicial es el órgano de control de la Constitución. Los procesos de hábeas corpus y amparo se tramitan en dos instancias. Contra las resoluciones denegatorias procede recurso de casación por ante la Corte Suprema de Justicia”⁷⁸; “Artículo 3°.- Compete al Poder Judicial conocer de la acción popular por infracción de la Constitución o de la ley, contra los reglamentos, las resoluciones y decretos de carácter general que expidan el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público. El Poder Judicial ejerce el control constitucional o legal de cualquier resolución de la administración pública que causa estado. Para iniciar el proceso respectivo se debe agotar la vía administrativa. La ley determina las reglas de competencia”⁷⁹.

Como se observa, tanto en la primera parte del citado artículo 2° como en la segunda parte del también citado artículo 3°, aparece una asignación expresa e inequívoca del control de la constitucionalidad (mal denominado control de la Constitución en el primero de tales numerales) al Poder Judicial. Por lo demás, esta posición se reafirma si se tiene en cuenta que en el artículo 220° del proyecto de Constitución, elevado

77 LANDA ARROYO, César. Op. cit., p. 80.

78 TORRES Y TORRES LARA, Carlos. Op. cit., pp. 239-309

79 Ibid., p. 286.

al Pleno como dictamen en mayoría por la Comisión Principal de Constitución del Congreso Constituyente Democrático, con los cambios efectuados entre el 10 de junio y el 1 de julio de 1993, se estableció literalmente: “La Sala Constitucional de la Corte Suprema es el órgano de control de la Constitución. Ejerce el control constitucional o legal de cualquier resolución de la administración pública que causa estado. Para iniciar el proceso respectivo se debe agotar la vía administrativa. La ley determina las reglas de competencia”⁸⁰.

Se aprecia que, dentro del mismo criterio de entregar el control de constitucionalidad al Poder Judicial, ya se precisa que sería la denominada Sala Constitucional de la Corte Suprema el órgano encargado, en concreto y con facultad específica de realizarlo. En este orden, siguiendo a Jorge Danós Ordóñez y estando a las fuentes consultadas, cabe reiterar que en las propuestas de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático, las cuales se difundieron por intermedio del diario *El Peruano* “(...) no se contemplaba la existencia de un Tribunal Constitucional, como órgano autónomo al estilo del ex-Tribunal de Garantías Constitucionales”⁸¹, y que fue recién en el debate del Pleno, que se realizó el 12 de agosto de 1992, que por insistencia del entonces Congresista Carlos Ferrero Costa, se planteó e impulsó el mantenimiento de un ente autónomo y ajeno al Poder Judicial, encargado del control concentrado de constitucionalidad, con las mismas características del anterior TGC, al que se denominaría Tribunal Constitucional; postura que finalmente lograra éxito, a pesar de la férrea oposición que encabezó el hoy extinto ex congresista Enrique Chirinos Soto, quien en reiteradas oportunidades formuló duras críticas a este modelo⁸².

Es destacable, para los efectos del presente trabajo la exposición que realizara el Congresista Ferrero Costa en la sesión del Congreso Constituyente Democrático del 12 de agosto de 1993, presidida por los señores Jaime Yoshiyama, Gilberto Siura y Víctor Joy Way, en la cual calificó expresamente al tribunal en cuestión como el intérprete supremo de la Constitución: “El señor FERRERO COSTA llevó a cabo diversos comentarios sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales y la acción de cumplimiento. Diferenció el control constitucional de control de la legalidad, y fundamentó la disposición por la que se establece que en los estados de excepción no se suspende el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y amparo”⁸³. “Asimismo, especificó las funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales, considerándolo el intérprete supremo de la Constitución y el titular del pronunciamiento sobre la acción de inconstitucionalidad y de la solución de conflictos entre los órganos de gobierno”⁸⁴.

80 *Ibid.*, p. 370.

81 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. “Aspectos Orgánicos del Tribunal Constitucional”. En *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. No. 10. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994. p. 283.

82 *Ibid.*, p. 284.

83 CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO. Actas de las Sesiones del Plenario- Constitución Política de 1993. Lima, Dirección del Diario de los Debates del CCD, s/f. p. 215.

84 *Ibid.*, pp. 215-216.

En esta misma línea, el Congresista César Fernández Arce argumentó sobre la necesidad de que el tribunal sea un organismo autónomo y diferente del Poder Judicial, sosteniendo que: “Bien podría ser el intérprete de la Constitución, en cuanto que el interpretador adecuado de la misma no necesariamente debe ser quien la genera, dado que la norma una vez sancionada posee vida propia”⁸⁵.

Coincidiendo con Jorge Danós Ordóñez⁸⁶ puede afirmarse que, en términos generales, la Constitución de 1993 ha mejorado la regulación del tribunal, corrigiendo algunos errores e incrementando sus atribuciones; toda vez que el Tribunal Constitucional de la Carta de 1993, además de conocer de la acción de inconstitucionalidad, resuelve los conflictos de competencia o atribuciones cuando de por medio está en juego un órgano de rango constitucional; y conoce como instancia de fallo las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento. Así lo establece el vigente artículo 202° de la Carta Política de 1993, que a la letra preceptúa: “Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento. 3. Conocer los conflictos de competencias, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley”.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 el 31 de diciembre de 1993 renació el control concentrado de la constitucionalidad en el Perú, en la modalidad kelseniana, y el nuevo ente encargado de su ejercicio, el hoy denominado Tribunal Constitucional, se instaló el 24 de junio de 1996. Desde esa fecha hasta la actualidad, no obstante las vicisitudes que ha pasado debido a factores políticos y coyunturales, que no es del caso mencionar ahora, su actuación ha ido en aumento y con resultados muy alentadores; sobre todo a partir del año 2001 y, con mayor énfasis, en los años 2002 y 2003.

VII. Balance del fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales como ente de control concentrado de la constitucionalidad

El vocablo “balance” tiene varios significados y variadas connotaciones, como se comprueba de una revisión de la vigésima segunda edición del Diccionario de la Lengua Española, publicada por la Real Académica Española el año 2001; fuente que es de fácil acceso a través del portal de dicha entidad académica (<http://www.rae.es/rae.html>). Entre esos significados tenemos: unos relacionados con el movimiento físico para lograr equilibrio al realizar una determinada acción, otros referidos al resultado de los

85 Loc. cit.

86 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Loc. cit., p. 284.

negocios o caudales al comparar los activos y los pasivos, y otros atinentes al estudio de las circunstancias de una determinada situación o a los factores que intervienen en un proceso para tratar de prever su evolución y evaluar el cumplimiento de los objetivos trazados. Es en este tercer sentido que realizamos el presente balance del fenecido TGC, a partir del punto de observación en el que nos encontramos hoy y en el marco del largo y complicado camino recorrido desde la fundación del Perú republicano hasta nuestros días, en lo que respecta a la justicia constitucional, a la adopción del modelo de Estado Constitucional que hoy pretendemos consolidar y a la consagración de un sistema que garantice la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución. Es decir, a más de treinta años de su instalación, que se produjera el 19 de noviembre de 1982, y pasados más de veinte años de su inconstitucional desactivación, ocurrida el 5 de abril de 1992, como consecuencia del rompimiento del orden constitucional y democrático perpetrado por el entonces Presidente de la República ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, con el cómplice apoyo de las cúpulas de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, que instituyeron el autodenominado “Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional”.

Hecha esta última precisión, el balance a realizar sobre el TGC debe enfocarse a nuestro juicio desde tres dimensiones: desde la dimensión del desarrollo histórico de la justicia constitucional peruana, desde la dimensión de las circunstancias que rodearon su creación y desde la dimensión de la evaluación de los resultados en su función jurisdiccional. En ese orden procedemos a continuación.

VII.1 Balance del fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales desde la dimensión del desarrollo histórico de la justicia constitucional peruana

Desde la dimensión del desarrollo histórico de la justicia constitucional peruana, la creación del TGC patentizó la caída del modelo gaditano, que había sido una constante en la inspiración del constituyente histórico desde los albores de la independencia nacional; constante plasmada en todas las Cartas Fundamentales del siglo XIX y mantenida en las de 1920 y 1933 de la centuria pasada, hasta antes de la Constitución de 1979. En esa línea significó la plasmación de un nuevo modelo para el Estado Peruano, que pasó a ser un Estado constitucional. Como tal, asentado en los valores persona humana y primacía normativa de la Constitución (éste, en cuanto expresión normativa del poder constituyente), en cuya consolidación actualmente nos encontramos; y, como tal, un Estado donde no existe área o espacio alguno liberado de control cuando se trata de la defensa y el aseguramiento de aquellos valores. En tal sentido, la creación del TGC, más allá de los éxitos o fracasos que pudieran haberse dado los años en que estuvo en funcionamiento y respecto de los cuales habría que analizar si se produjeron por recelo de sus promotores o por acción de sus detractores, fue indudablemente un importantísimo avance.

VII.2 Balance del fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales desde la dimensión de las circunstancias que rodearon su creación

Desde la dimensión de las circunstancias que rodearon la creación del TGC, hay que recordar que, desde un primer momento, no existió entre los legisladores constituyentes de la Carta de 1979 un propósito claro y mayoritario de consagrarlo y, menos aún, con las características del modelo concentrado de control de la constitucionalidad, con autonomía e independencia respecto de los clásicos poderes del Estado. Por el contrario, en muchos imperaba la tesis de mantener las cosas como estaban, en la línea de las constituciones anteriores, que en el tema que nos interesa, habían imitado la Constitución Española de 1812 (la conocida Constitución Gaditana), considerando al Poder Legislativo el primer poder del Estado, encargado, entre otras competencias, de velar por la constitucionalidad, que estaba facultado a dejar sin efecto con alcances generales las normas infraconstitucionales, vía su derogatoria expresa o tácita.

Esta situación, como se mencionó en un apartado anterior de este trabajo, se desprende de la lectura de las actas del diario de debates de la Asamblea Constituyente, tanto del Pleno como de las comisiones y subcomisiones en las que se trató el tema del control de la constitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales, en las que consta, a través de las intervenciones y votaciones de los asambleístas, todo el proceso seguido desde un inicial rechazo al proyecto original, pasando por una paulatina aceptación desarrollada en paralelo con un significativo desmoché de las competencias que se propusieron en tal proyecto, hasta el arribo a la fórmula final consagrada en el artículo 298° del texto constitucional de aquel entonces, que estableció que el TGC era competente para declarar sólo a pedido de parte la inconstitucionalidad total o parcial de las leyes, los decretos legislativos, las normas regionales de alcance general y las ordenanzas municipales por contravención de la Constitución por la forma o por el fondo; y de conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de hábeas corpus y de la acción de amparo, agotada la vía judicial. Sobre este tópico específico nos remitimos a la información que hemos consignado anteriormente al tratar sobre la creación del TGC.

No obstante la remisión efectuada al finalizar el párrafo anterior, conviene precisar que, de conformidad con el artículo 296° de la Constitución de 1979, el TGC era el órgano de control de la Constitución y estaba compuesto por nueve miembros: tres elegidos por el Congreso, tres por el Poder Legislativo y tres por la Corte Suprema de Justicia. En lo que respecta a los requisitos para ser miembro del TGC, a su turno su artículo 297° estableció que eran los mismos que se exigían para ser vocal de la Corte Suprema (peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio, mayor de cincuenta años y haber sido magistrado de la Corte Suprema o haber ejercido la abogacía o desempeñado cátedra universitaria en disciplina jurídica por un periodo no menor de veinte años), y probada ejecutoria democrática y de defensa de derechos humanos; alcanzándoles las mismas incompatibilidades que las de la función judicial (con cualquier otra actividad

pública o privada, excepto la docencia universitaria), y la prohibición de participar en política, de sindicalizarse y de declararse en huelga). Se estableció un periodo de duración del cargo de seis años, la renovación por tercios cada dos años, la posibilidad de reelección, la sujeción a mandato imperativo, la exención de responsabilidad por sus votos y opiniones en el ejercicio del cargo y la inmunidad, salvo los casos de flagrante delito y de acusación constitucional. En cuanto a la titularidad de la acción de inconstitucionalidad, ésta fue restringida, habilitándola en el artículo 299º solamente para el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal de la Nación, sesenta diputados, veinte senadores y cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

Las marchas y contramarchas producidas respecto a la creación del TGC y el lento y complicado proceso que llevó a su consagración constitucional es revelador de las circunstancias que rodearon la creación del TGC, las cuales, respecto de una buena parte de los miembros de la Asamblea Constituyente y de la clase política en general, podríamos resumir de la siguiente forma: desconocimiento del modelo que se planteó implantar; falta de conciencia de la importancia y el rol de un tribunal constitucional como el que se proponía crear; desconfianza y reticencia del legislador ordinario frente a una institución que ejercería control sobre su producción normativa, con competencia de anular sus desvaríos normativos; existencia de una idea restrictiva sobre sus atribuciones, basada en la ancestral vocación gaditana del legislador; y, en general, una falta de compromiso auténtico con el cambio que se estaba aprobando y el éxito del mismo.

VII.3 Balance del fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales desde la dimensión de la evaluación de los resultados de su función jurisdiccional

Desde la dimensión de los resultados de su función jurisdiccional, el balance del TGC debe hacerse por separado sobre cada una de sus competencias. Primero, respecto de su rol de ente de control concentrado de la constitucionalidad, a través del conocimiento exclusivo y excluyente de la acción de inconstitucionalidad contra leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. Segundo respecto de su rol de ente garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, a través del conocimiento en casación de las resoluciones denegatorias de hábeas corpus y de amparo, agotada la vía judicial.

En ese orden, refiriéndonos a su rol de ente encargado del control de la constitucionalidad vía el proceso de inconstitucionalidad, habría que apuntar que el TGC nació con ciertas limitaciones que afectaron su producción jurisprudencial en este aspecto, impuestas desde su misma creación, que quedaron plasmadas en la normativa constitucional e infraconstitucional que lo reguló, y que podríamos dividir así: limitaciones respecto a la titularidad de la acción de inconstitucionalidad, limitaciones respecto a sus competencias, limitaciones respecto a las normas objeto

de control y limitaciones respecto a su composición y funcionamiento. Veamos brevemente cada una de ellas:

Limitaciones respecto a la titularidad de la acción de inconstitucionalidad: como se ha comentado anteriormente, el ejercicio de la titularidad procesal activa respondió a un criterio restrictivo, pues se consagró sólo y exclusivamente a favor del Presidente de la República, de la Corte Suprema de la República, del Fiscal de la Nación, de un número mínimo de sesenta Diputados, de un número mínimo de veinte Senadores y de un número mínimo de cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones; dejándose de lado posibilidad de establecer una titularidad totalmente abierta que permitiera que cualquier persona pudiera individualmente interponer la demanda de inconstitucionalidad, como existe en otros países con gran éxito, caso Colombia, con lo cual se hubiera facilitado enormemente el acceso a este tipo de control normativo, activado y motivado la acción del TGC, y despertado el interés ciudadano por un mecanismo novedoso y propio del Estado Constitucional que creó la Carta de 1979, contribuyendo a forjar una toma de conciencia colectiva de la necesidad y utilidad de un control de esta naturaleza, que hubiera permitido ir gestando el sentimiento constitucional que exige en el pueblo este tipo de Estado. Como también se dejó de lado a los gobiernos regionales, los gobiernos locales y los colegios profesionales, entre otros, que, aún bajo el criterio restrictivo, pudieron incorporarse al elenco de titulares de la acción de inconstitucionalidad.

Limitaciones respecto a sus competencias en materia de control constitucional: como igualmente se refirió antes, el TGC fue limitado al conocimiento sólo a instancia de parte del proceso de inconstitucionalidad. Es decir, a un control posterior a la expedición de la norma y condicionado a la existencia de una demanda interpuesta por alguno de los titulares de la acción. No se señaló expresamente que era el supremo intérprete de la Constitución, a pesar que tenía ese carácter; no se le otorgó la facultad de actuar de oficio; no era competente para ejercer un control antes de la dación del dispositivo; no se le permitió emitir opinión sobre temas relacionados con el control de constitucionalidad; y no se le dio facultades para conocer los conflictos de competencias y atribuciones de los órganos de rango constitucional.

Limitaciones respecto a las normas objeto de control: su intervención se constriñó a las normas expresamente referidas en el precitado artículo 298º, que preceptuó que procedía la acción de inconstitucionalidad a instancia de parte únicamente contra las leyes, los decretos legislativos, las normas regionales de alcance general y las ordenanzas municipales, que por la forma o por el fondo infringieran la Constitución, excluyéndose de su control directo todas las demás normas infralegales (de rango inferior al de la ley) del sistema jurídico nacional, cuando, a nuestro juicio, lo más lógico y coherente, hubiera sido darle competencia sobre toda la normativa subconstitucional, cualquiera fuera el rango de ésta y eliminar la acción popular, que, en puridad, era un rezago, de la línea gaditana que, precisamente, se estaba abandonando, que mantuvo el

control concentrado de constitucionalidad de la normativa infralegal por órgano no especializado, como lo era, y sigue siendo, el Poder Judicial; situación que no soportaba un test de coherencia, pues resulta no comprensible a la luz del mismo que el órgano que controlaba la normativa infraconstitucional de primer rango no estuviera habilitado para ejercer aquel control sobre las normas de los rangos inferiores, mostrando el absurdo de que el TGC que era competente para conocer las normas de mayor jerarquía no lo fuera respecto de las normas de menor jerarquía. Aquí, evidentemente, primó un criterio modificadorio limitativo, que sacrificó la lógica y la coherencia, y reveló los recelos del constituyente sobre las bondades del nuevo sistema, sin sopesar, de otro lado, que el Poder Judicial no había demostrado, precisamente, que fuera un paradigma digno de mantener en el ejercicio de la competencia para conocer la acción popular, que ya detentaba desde la Constitución de 1933. Por el contrario, el balance de su performance era ciertamente negativo.

Limitaciones respecto a su composición y funcionamiento: como ya lo hemos adelantado el TGC estuvo compuesto por un número cerrado de nueve miembros (tres elegidos por el Congreso, tres por el Poder Ejecutivo y tres por la Corte Suprema de Justicia) y no se previó la existencia de magistrados suplentes, que pudieran intervenir en casos de impedimento, ausencia, discordias o imposibilidad de completar el número de votos requeridos para adoptar una decisión como colegiado. Esta situación (la existencia de un *numerus clausus*) atentó contra su adecuado funcionamiento, especialmente en lo que hacía al control de constitucionalidad. Más aún, si se tiene en cuenta que el artículo 8° de la Ley N° 23385, Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, exigía, para declarar fundada la demanda de inconstitucionalidad, el voto conforme de seis de sus nueve magistrados; exigencia, que se sumaba al hecho que podían darse votos singulares, como en efecto ocurrió en frecuentes ocasiones. Al respecto, cabe acotar que, dado lo reiterante de tales situaciones, el propio TGC utilizó la denominación de pronunciamientos para describir a aquellas decisiones que no lograban constituirse en resoluciones propiamente dichas, sino más bien en una dispersión de votos singulares.

A ello se sumó que sólo un tercio de sus miembros provenía de designación (léase elección para este caso específico) vía un órgano que ejercía representación popular directa, como es el caso del Congreso de la República, que se integra por representantes elegidos directamente por el pueblo, por lo que tenía una mayor legitimidad; mientras que los otros dos tercios eran designados por el Poder Ejecutivo (3) y por la Corte Suprema (3); conforme lo establecía el artículo 296° de la Constitución de 1979. Este mecanismo de designación significó que en la mayoría de los casos, fuera muy complicado y difícil conciliar criterios y llegar a posiciones colegiadas.

En este marco, que contó con el ingrediente adicional de una suerte de falta de real toma de conciencia del rol que les competía por parte de algunos de sus miembros, sumada a una marcada ausencia de especialización, en lo que hace al control de la

constitucionalidad en los procesos de inconstitucionalidad que conoció, el balance de su función jurisdiccional arroja un resultado pobre y poco trascendente, no sólo porque en los diez años que comprendió el período de su actividad (1982-1992) sólo se presentaron algo más de veinticinco demandas de inconstitucionalidad. A pesar de la abundante producción normativa de aquellos años y que buena parte de ella contenía normas cuestionables en cuanto a su constitucionalidad, sino, porque si se pasa revista a tales demandas, se observa que en sólo quince emitió pronunciamiento final, con el siguiente resultado: en cinco casos no se logró hacer resolución por no haberse alcanzado el número mínimo de seis votos por los magistrados que integraban el TGC, que eran nueve; en un caso la demanda fue declarada inadmisibile; en cuatro infundada; en cuatro parcialmente fundada; y sólo en uno totalmente fundada.

A esta comprobación habría que agregar que entre los años 1982 y 1990, que correspondieron a los gobiernos de los ex presidentes Fernando Belaunde Terry (del partido Acción Popular) y Alan García Pérez (del APRA) se vieron sólo nueve procesos de inconstitucionalidad, mereciendo sólo uno de ellos declaración de inconstitucionalidad; así como que entre los años 1990 y 1992, en que fue desactivado, que correspondieron al gobierno del ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, se vieron las seis restantes.

Los quince aludidos casos en que el TGC emitió resolución fueron los siguientes:

1. En la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 23339;
2. En la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la Ley N° 23331 y contra el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 46;
3. En la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 23331 y el Decreto Legislativo N° 46;
4. En la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 6 de la Ley N° 23903;
5. En la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 10, 11, 12 y 20 de la Ley N° 23903;
6. En la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 24617 y el Decreto Legislativo N° 371;
7. En la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 25202;
8. En la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 25051;
9. En la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 24243;
10. En la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Supremo N° 057-90-TR (decreto de urgencia);
11. En la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 25334;
12. En la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 651;
13. En la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 27° del Decreto Legislativo N° 674;
14. En la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 650; y
15. En la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley N° 24243.

De estos casos, interesa referir, brevemente, el proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley N° 25202, Ley de la Bolsa de Trabajo, que facultó a los sindicatos de construcción civil a que designaran hasta un veinticinco por ciento de los trabajadores obreros requeridos por una empresa de construcción para efectuar obras civiles, pues en este proceso, a pesar de emitirse una sentencia desestimatoria de la demanda, el TGC sentó importantes precedentes sobre el principio de igualdad ante la ley y la libertad de sindicación, señalando, en cuanto al primero, que la ley impugnada “lejos de atentar contra la igualdad de trato, lo que en realidad hace es restablecer la igualdad de trato...”, pues consagró una discriminación positiva instituida en procura de salvaguardar el empleo de los obreros registrados en el sindicato, lo que se correspondía con lo consagrado en el artículo 2º, inciso 2, de la entonces vigente Constitución de 1979. Y, en cuanto a la segunda, que la Ley N° 25502 no obligaba a afiliarse a un sindicato sino sólo a registrarse en éste para acceder al beneficio del 25 por ciento de obreros designados por un sindicato de construcción civil con los que debía contar una empresa constructora, lo que quedó aclarado por el artículo 7º de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 022-90-TR⁸⁷. Por lo tanto, según el TGC no existía una obligación impuesta de afiliarse a un sindicato para ser beneficiario de la Bolsa de Trabajo. De este modo, el TGC aplicó, desarrolló y delineó el constitucionalismo social que inspiró a la Carta del 79, garantizando la igualdad de oportunidades laborales para todos.

Interesa destacar también la sentencia emitida en el proceso de inconstitucionalidad (acumulado) interpuesta contra el Decreto Legislativo N° 651, que dispuso la libre competencia en las tarifas del servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros en todo el país; declaró el libre acceso a las rutas del servicio público del transporte de pasajeros autorizadas por los Concejos Provinciales, eliminándose todas las restricciones administrativas y legales que se contrapusieran; y autorizó excepcionalmente a las personas naturales y jurídicas en general a prestar, bajo su responsabilidad, servicio público de transporte urbano e interurbano en todo tipo de vehículos automotores, salvo camiones y vehículos de dos ruedas. El TGC en este caso declaró fundada la demanda en cuanto consideró que este decreto violaba las competencias de las municipalidades para regular las tarifas de transporte público en su jurisdicción; e infundada en el extremo que el Ejecutivo había sobrepasado los alcances de la autorización legislativa del Congreso para regular ciertas materias.

Resulta ilustrativo destacar que el TGC tuvo la oportunidad de pronunciarse en esta sentencia respecto del contenido del artículo 254º de la Constitución de 1979, referido a la autonomía y competencias municipales, sobre el que señaló “El concepto

87 Artículo 7º del Decreto Supremo N° 022-90-TR, Reglamento de la Ley de la Bolsa de Trabajo, estableció que “los trabajadores de construcción civil, deberán registrarse en los sindicatos que representen a dicha actividad, a efecto de gozar del beneficio a que se contrae la Ley N° 25202, sin requerirse para ello su previa afiliación.”

‘Regular el Transporte’ (establecido como competencia municipal en tal artículo 254º) no se agota en el establecimiento de normas de organización del tránsito, esto es, no sólo está referido a las rutas, a los horarios, a las condiciones materiales del transporte, sino fundamentalmente a la calidad del transporte, a su costo, vale decir al contrato de transporte: pues, el transporte colectivo no solamente implica el simple traslado de pasajeros, sino que debe realizarse en determinadas condiciones y situaciones de seguridad, tiempo y tarifas razonablemente determinadas y con criterio evolutivo.” Es decir, efectuando un ejercicio de interpretación del artículo 254º y desentrañando su contenido normativo, el TGC determinó que la facultad de fijar las tarifas del transporte público le correspondía a las municipalidades, por lo que el Decreto Legislativo N° 651 cuestionado resultaba inconstitucional al invadir competencias constitucionalmente otorgadas a las municipalidades, asumiendo así la tesis de la garantía institucional de la autonomía local como límite a la ley, que, a la postre, fue seguida por el Tribunal Constitucional creado por la Carta del 93, en algunas de sus decisiones.

Ahora bien, respecto a su rol de ente garante de la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, debe apuntarse que la producción jurisprudencial del TGC no fue tan pobre como ocurrió respecto al control concentrado de constitucionalidad. En efecto, desde el 19 de noviembre de 1982 hasta el 19 de noviembre de 1990, el TGC vio 370 demandas de amparo y 67 demandas de habeas corpus, las que totalizan 437 causas. De tal total, el TGC casó 79 procesos de amparo y 4 procesos de habeas corpus, que totalizan 83 procesos, y se pronunció en 26 procesos de amparo y 8 procesos de habeas corpus, que suman 34 procesos. Por lo tanto, no casó 264 procesos de amparo y 55 procesos de habeas corpus, lo que hace un total de 319 causas no casadas.

De otro lado, durante este período, hubieron 105 plenos jurisdiccionales realizados por el TGC, de los cuales 62 fueron en Arequipa, 42 fueron en Lima y 1 fue en Piura.

En Arequipa el TGC vio 374 causas de habeas corpus y amparo, en Lima 66 causas y en Piura una⁸⁸.

Si separamos por años la producción general del TGC (es decir, todos los casos que conoció, sean procesos de inconstitucionalidad o de hábeas corpus y amparo), en el año 1983 el TGC conoció 27 amparos, 3 hábeas corpus y un proceso de inconstitucionalidad; en 1984, 54 amparos, 15 hábeas corpus y 4 procesos de inconstitucionalidad; en 1985, 25 amparos, 5 habeas corpus y ningún proceso de inconstitucionalidad; en 1986, 56 amparos, 13 habeas corpus y ningún proceso de inconstitucionalidad; en 1987, 68 amparos, 13 habeas corpus y un proceso de inconstitucionalidad; en 1988, 43 amparos, 9 hábeas corpus y ningún proceso de inconstitucionalidad; en 1989, 32 amparos, 2

88 GUILLÉN FERNÁNDEZ, Gabriela. “Tribunal de Garantías Constitucionales: información estadística”. En *Ius Et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, N° 17, Junio, 1991, p.p. 289 y 290.

hábeas corpus y ningún proceso de inconstitucionalidad; y en 1990, 65 amparos, 7 hábeas corpus y 4 procesos de inconstitucionalidad. Las cantidades suman 370 procesos de amparo, 67 procesos de hábeas corpus y 10 procesos de inconstitucionalidad, que totalizan 447 causas⁸⁹.

En relación a los plenos jurisdiccionales realizados por el TGC en estos años, se tiene que en el año constitucional 1982-1983, se realizaron 7 plenos en Arequipa y 19 en Lima, que suman 26 plenos; en el año constitucional 1983-1984, se realizaron 12 plenos en Arequipa y 5 en Lima, que suman 17 plenos; en el año constitucional 1984-1985, se realizaron 10 plenos en Arequipa y 3 en Lima, que totalizan 13 plenos; en el año constitucional 1985-1986, también se realizaron 10 plenos en Arequipa y 3 en Lima, que totalizan 13 plenos; en el año constitucional 1986-1987, se realizaron 7 plenos en Arequipa y 7 en Lima, que suman 14 plenos; en el año constitucional 1987-1988 se realizaron 8 plenos en Arequipa, 3 plenos en Lima y un pleno en Piura, que totalizan 12 plenos; en el año constitucional 1988-1989 se realizaron 3 plenos en Arequipa y 2 plenos en Lima, que suman 5 plenos; y en el año constitucional 1989-1990, se realizaron sólo 5 plenos en Arequipa⁹⁰.

Respecto a la cantidad de magistrados en el período que nos ocupa, cuatro fueron elegidos por el Poder Judicial: los doctores Alberto Eguren Bresani, Alfredo Corso Masías (activo hasta el 19 de noviembre de 1990), Mario Peláez Bazán (debió estar activo hasta el 19 de noviembre de 1994) y Jorge León Seminario (debió estar activo hasta el 19 de noviembre de 1992). Ocho fueron elegidos por el Poder Ejecutivo: los doctores Nicanor Silva Salgado, Javier Vargas Vargas, Jorge Vásquez Salas, Carlos Basombrío Porras, Luis Osoreo Villacorta, Jaime Diez-Canseco Yañez (activo hasta noviembre de 1990), Héctor Centurión Vallejo (debió estar activo hasta el 19 de noviembre de 1992), y Efraín Espinal Cruzado (debió estar activo hasta el 19 de noviembre de 1994). Y seis fueron escogidos por el Poder Legislativo: los doctores Manuel Aguirre Roca, Alfonso Rodríguez Domínguez, Oswaldo Rodríguez Mantilla, Luis Ángel Valenzuela Astete (activo hasta el 19 de noviembre de 1990), Héctor Díaz Valdivia (debió estar activo hasta el 19 de noviembre de 1992), y Alejandro Samanamud Rubin (debió estar activo hasta el 19 de noviembre de 1994)⁹¹.

89 Ibid. p. 291.

90 Ibid. p. 293.

91 Loc. Cit.

VIII. Apreciaciones conclusivas

- VIII.1** El camino transitado por el legislador constituyente peruano, desde los tiempos aurorales de la República hasta lo que va del presente año 2013, en el progresivo empeño de avanzar en la conquista de una justicia constitucional que garantizara la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución, muestra un desarrollo lento, largo, difícil y complicado. En dicho desarrollo la sola creación del Tribunal de Garantías Constitucionales en la Constitución de 1979 significó un paso de enorme trascendencia, que patentizó, en esencia, la caída del modelo gaditano imperante hasta entonces y la adopción para el Perú de la forma de Estado Constitucional, la cual constituye la expresión más avanzada de modelo de Estado en el mundo contemporáneo.
- VIII.2** Además, la sola creación del Tribunal de Garantías Constitucionales también significó la consagración en el Perú del sistema de control concentrado de la constitucionalidad y lo colocó en la línea de vanguardia de aquellos países que tienen aquel mecanismo, cuyo ejercicio le fue encomendado, al hacerlo titular exclusivo y excluyente de la competencia de conocer la acción de inconstitucionalidad respecto a normas con rango de ley, con facultad de decidir su anulación con efectos generales o erga omnes, extirpando del cuerpo normativo nacional aquellas normas afectadas de algún vicio de inconstitucionalidad.
- VIII.3** En igual dirección, la mera creación del Tribunal de Garantías Constitucionales permitió incorporar un ente con competencia casatoria respecto de las resoluciones denegatorias dictadas en los procesos de hábeas corpus y amparo. Es decir, que habilitaba para el justiciable la posibilidad de obtener en el ámbito nacional una revisión de lo resuelto por el Poder Judicial, en aras de una mayor garantía de protección y defensa de los derechos constitucionales.
- VIII.4** Sin perjuicio de lo señalado en esta parte, en cuanto a su funcionamiento y al cumplimiento de los roles que le fueron asignados por la Carta Constitucional de 1979, transcurridos más de treinta años de su instalación, producida el 19 de noviembre de 1982, y pasados más de veinte años desde su inconstitucional desactivación, perpetrada el 5 de abril de 1992, el balance del Tribunal de Garantías Constitucionales debe partir de la consideración de las circunstancias que rodearon su creación y comprender los resultados del ejercicio de su función jurisdiccional respecto a cada una de sus competencias: el control de la constitucionalidad y la garantía de la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

- VIII.5** El Tribunal de Garantías Constitucionales nació en circunstancias que dificultaron su adecuado funcionamiento por varios factores, tales como el desconocimiento del modelo que se estaba implementando; la falta de conciencia de su importancia y de su rol; la desconfianza y reticencia del legislador ordinario frente a una institución que ejercía control sobre su producción normativa, con competencia de anular sus desvaríos; la existencia de una idea restrictiva sobre sus atribuciones, basada en la ancestral vocación gaditana del legislador; y, en general, la falta de compromiso auténtico por el cambio que se estaba probando y el éxito del mismo. Aquellos factores conspiraron contra el buen funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales y, en el mejor de los casos, dificultaron su accionar.
- VIII.6** En cuanto a su rol de ente de control concentrado de la constitucionalidad de las normas con rango de ley, el Tribunal de Garantías Constitucionales nació con ciertas limitaciones que afectaron también su producción jurisprudencial, tales como la titularidad y legitimidad procesal activa restringida para el ejercicio de la acción, la carencia de facultad de oficio para promover el proceso de inconstitucionalidad, la limitación de su intervención sólo a instancia de parte y la limitación a sólo un control posterior a la vigencia de la norma. A todo ello se sumó que no se consagró expresamente que era el supremo intérprete de la Constitución, a pesar que tenía ese carácter; que se constriñó su competencia sólo a normas con rango de ley, excluyéndose de su esfera de acción las normas de rango inferior al de la ley; que su composición fue de un número cerrado de nueve miembros de un origen tripartito (tres elegidos por el Congreso, tres por el Poder Ejecutivo y tres por la Corte Suprema de Justicia), sin contar con magistrados suplentes, que pudieran intervenir en los casos de impedimento, ausencia, discordias o imposibilidad de completar los votos requeridos para adoptar una decisión como colegiado, lo que también conspiró contra su adecuado funcionamiento, especialmente en lo que se refiere al control de constitucionalidad, ya que se exigía para la declaración de inconstitucionalidad de seis votos conformes. Esto último se tradujo en que en la práctica fuera muy difícil lograr consensos. Máxime si había la posibilidad de votos singulares. Esta situación que fue reiterativa propició que el Tribunal de Garantías Constitucionales utilizara la denominación de pronunciamientos para describir aquellas decisiones que no lograban constituirse en resoluciones propiamente dichas, sino más bien en una dispersión de votos singulares.
- VIII.7** Así, el balance de su función jurisdiccional respecto del control de la constitucionalidad arroja un resultado pobre y poco trascendente, al punto que en los diez años que comprendió el período de su actividad (1982-1992) sólo se presentaron algo más de 25 demandas de inconstitucionalidad, a pesar de la abundante producción normativa de aquellos años y que buena parte de ella contenía normas cuestionables en cuanto a su constitucionalidad. De

tales demandas en sólo quince el Tribunal de Garantías Constitucionales se pronunció con el siguiente resultado: en cinco casos no logró hacer resolución por no haber alcanzado el número mínimo de seis votos conformes; en un caso declaró inadmisibile la demanda; en cuatro infundada la demanda; en cuatro parcialmente fundada la demanda; y sólo en uno totalmente fundada.

VIII.8 Finalmente, en cuanto a su rol de ente garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales el balance de su producción jurisprudencial revela que el Tribunal de Garantías Constitucionales cumplió un rol aceptable, pero no óptimo, llegando a conocer 437 causas, 370 demandas de amparo y 67 de hábeas corpus. De ese total, el Tribunal de Garantías Constitucionales casó 79 procesos de amparo y 4 de hábeas corpus, que totalizan 83 procesos, y se pronunció en 26 procesos de amparo y 8 de hábeas corpus, que suman 34. Por consiguiente, no casó 264 procesos de amparo y 55 de hábeas corpus, lo que hace un total de 319 causas no casadas. Desde el punto de vista cualitativo, en algunos contados casos, tuvo decisiones trascendentes.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN ALEMANIA, CON PARTICULAR REFERENCIA AL PENSAMIENTO DE PETER HÄBERLE Y KONRAD HESSE*

Joaquín Brage Camazano

Doctor Europeus (hispano-alemán) en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Juez, ex Vocal 1º de la Asociación de Jueces “Concepción Arenal”. Ha impartido docencia en las Universidades de Santiago de Compostela, Complutense, Europea de Madrid, UNED, y ha sido investigador visitante en la UNAM (México), Universidades de Bayreuth y Friburgo de Brisgovia (Alemania), y Oxford (Reino Unido). E-mail: jbrage@der.ucm.es Web: <http://sites.google.com/site/drconstitucional/>

SUMARIO: I.- **Palabras previas.** II.- **El Tribunal Constitucional Federal alemán.** 1. Status. 2. Constitución, composición, elección de sus Magistrados y organización. 3. Competencias. 4. El proceso constitucional. III.- **La jurisdicción constitucional en el pensamiento de Peter Häberle: un esbozo de algunas tesis originales.** 1. Tribunal constitucional y contrato social. 2. Jurisdicción constitucional y sociedad abierta de intérpretes de la Constitución. 3. Interpretación de la Constitución por la jurisdicción constitucional. 4. Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado: su singularidad. 5. Jurisdicción constitucional y Derecho comparado. 6. El concepto de tribunal constitucional. 7. Elección de los jueces constitucionales. 8. Jurisdicción constitucional y proceso político-democrático. 9. Rechazo del positivismo jurisprudencial: la jurisprudencia constitucional no es un texto bíblico. 10. Control normativo abstracto. 11. Recurso de amparo. IV.- **La jurisdicción constitucional en el pensamiento de Konrad Hesse.** 1. Konrad Hesse como constitucionalista y como Juez Constitucional. 2. Su pensamiento sobre la justicia constitucional.

I. Palabras previas

En las siguientes páginas va a tratar de condensarse el pensamiento de Peter Häberle y Konrad Hesse sobre la jurisdicción constitucional alemana, tal y como se deduce, básicamente, de los trabajos recopilados en este libro.

* Este trabajo se publicó originariamente como “Estudio introductorio” a Konrad Hesse y Peter Häberle, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*, Porrúa, México, 2005, traducción de Joaquín Brage Camazano, prólogo de P. Häberle y presentación de Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

Pero, con carácter previo, vamos a exponer también los aspectos básicos del Tribunal Constitucional alemán, tanto de su regulación constitucional y legal, como de su praxis, a fin de dar la oportunidad al lector no familiarizado con dicha institución germana de aproximarse a la misma antes de abordar la lectura de los trabajos aquí recopilados de los profesores Hesse y Häberle, sin duda dos de los constitucionalistas (e iuspublicistas) europeos más importantes del último medio siglo.

Para quien esté familiarizado con el pensamiento häberliano, no extrañará que en sus trabajos sobre la jurisdicción constitucional alemana no se encuentre (ni puede esperar encontrarse) una mera exposición de la regulación positiva del Tribunal Constitucional alemán, su normativa procesal, sus competencias o su procedimiento, sino que Häberle, como en él es habitual, presuponiendo más bien un conocimiento de tales aspectos de derecho positivo, va más allá, “eleva” su mirada y formula reflexiones que no sólo trascienden en gran medida al caso del Tribunal Constitucional alemán, sino que son verdaderas reflexiones de teoría constitucional sobre la jurisdicción constitucional. Es por ello que resultaba lo más apropiado que el trabajo de Hesse abriera este libro, pues en el mismo sí que puede encontrarse una exposición excelente y brillante, pero a un tiempo más fácilmente asequible (aunque sólo de modo relativo), acerca del Tribunal Constitucional alemán: la que se contiene en su Manual, sin duda el Handbuch de Derecho constitucional más importante de Alemania, aunque no el más aparatoso ni extenso, sino más bien al revés.

No obstante, todos estos trabajos, incluido el de Hesse, presuponen, hasta cierto punto y en mayor o menor medida, un conocimiento del sistema germano de justicia constitucional, pues se escribieron para un público alemán o bien, al menos, para un público familiarizado con el derecho constitucional alemán. Por ello mismo, hemos llevado a cabo este estudio introductorio sobre la institución germana, que esperamos que sea claro y pueda ayudar a determinados lectores a adentrarse algo mejor preparados en el pensamiento de estos dos grandes constitucionalistas. Nuestro estudio no se limita, por otra parte, a una exposición de la normativa aplicable, sino que atiende en gran medida a la praxis del TCF y a su papel en el proceso político en Alemania, o al menos eso es lo que se ha pretendido.

Como siempre, el traductor y autor de este estudio introductorio queda con mucho gusto a disposición del lector para cualquier crítica, juicio, información o comentario: *jbrage@der.ucm.es* y *joaquinbrage@hotmail.com*.

Last but not least, sino todo lo contrario, es obligado hacer constar aquí nuestro más franco agradecimiento a los profesores Hesse y Häberle por su disposición en todo momento a que se publicara este libro y el interés mostrado, en medio de sus múltiples quehaceres intelectuales y preocupaciones, por su edición; y muy especialmente agradezco al profesor Häberle la deferencia de que, finalmente (y, sinceramente: por sorpresa), si haya accedido a expresar algunas de sus reflexiones en concreto sobre

la Corte Suprema mexicana como órgano de la constitucionalidad, algo que los constitucionalistas mexicanos, o quienes tenemos un vínculo afectivo y académico tan singular con este país americano, tanto apreciamos. Y no menos he de agradecer, una vez más, el apoyo y disponibilidad de mi buen amigo el Dr. Ferrer Mac-Gregor, Director de esta colección, sin cuya iniciativa no habría tenido nunca lugar el “alumbramiento” de este libro.

II. El Tribunal Constitucional Federal alemán

1. Status

Sobre el status del TCF, lo primero que cabría destacar es que el mismo ha resultado controvertido y, en cierto sentido, ha resultado ser una “conquista” progresiva. En su regulación inicial, el TCF alemán fue ubicado bajo la autoridad del Ministro Federal de Justicia, en cuanto que pertenecía al Poder Judicial. Ello generó una manifiesta irritación de diversos jueces, y entre ellos, del propio presidente de la institución, Hermann Höpker Aschoff, que prestó sus servicios entre 1951 y 1954. Ello dio lugar a que los jueces constitucionales, en su primer año de actividad, emprendiesen la tarea de defender resueltamente la autonomía del Tribunal, a través, ante todo, del ejercicio decidido de su independencia en la resolución de los litigios constitucionales que se le planteaban.

En junio de 1952, tras varios meses de discusiones, el Tribunal elaboró un informe (“Status Frage”) (sobre la base de un proyecto del juez Leibholz, que no fue discutido) en el que se reclamaba la desaparición de toda sujeción a la autoridad del ministro de Justicia, completa autonomía presupuestaria, y control total sobre su propia administración, incluida la facultad de elegir libremente sus propios funcionarios y empleados jurídicos. En ese informe, se decía, además, que el Tribunal Constitucional era un órgano constitucional supremo equiparado en rango al Bundestag, al Bundesrat, al canciller federal o al presidente de la Federación, y que sus miembros no eran en modo alguno funcionarios civiles o jueces federales ordinarios, sino, más bien, guardianes supremos de la LF, comprometidos en el logro de sus grandes objetivos, cuando menos no en menor medida que otros altos órganos constitucionales e incluso en una medida superior, por cuanto que el Tribunal tiene una obligación de extraordinaria importancia, que es la de asegurar que los otros órganos constitucionales observen los límites que la Constitución les traza.

El informe provocó reacciones airadas por parte del Gobierno, y particularmente del Ministro de Justicia, y en general dio lugar a una encendida polémica en la arena política, en la que los socialdemócratas y el Bundesrat se alinearon, en términos generales, con las propuestas de los jueces constitucionales, mientras que la coalición gobernante, y mayoritaria en el Bundestag, generalmente se oponía. Pero, en todo caso, la lucha real se libró entre el Ministro de Justicia y el Tribunal Constitucional, es decir, entre dos

viejos compañeros de partido (en el Partido Demócrata Liberal) que habían compartido en su día una experiencia parlamentaria común: Thomas Dehler, ministro de Justicia, y el respetado Presidente del Tribunal, Hermann Höpker Aschoff. Lo cierto es que el prestigio creciente del Tribunal, su labor jurisprudencial —callada, pero decidida y efectiva— y su rol integrador hicieron que en 1953 el Bundestag pusiese término a la dependencia del Tribunal Constitucional del Ministro de Justicia, y en 1960 todas las exigencias del informe de 1952 habían sido ya asumidas, si bien la plena autonomía no se consagró hasta 1975, al dictarse el Reglamento interno del propio Tribunal, aprobado por su Pleno.

Hoy en día no se discute que el TCF es, al mismo tiempo que un tribunal, un órgano constitucional autónomo en paridad con el Presidente Federal, el Bundestag, el Bundesrat o el Canciller Federal y que actúa como árbitro con poder de decisión vinculante en las controversias entre estos órganos, a los que puede controlar por los cauces jurisdiccionales establecidos.

Se trata de un Tribunal que goza de una gran autoridad, de forma tal que incluso cuando, como ocurre con las sentencias dictadas en los conflictos territoriales y entre órganos constitucionales, la eficacia de sus decisiones es puramente declarativa, sus pronunciamientos son seguidos y cumplidos por todos los órganos estatales y ello se presupone como evidente y también es siempre, año tras año, una de las instituciones mejor valoradas por los ciudadanos, que lo sienten como una institución muy suya. También cuando la minoría parlamentaria que se ve derrotada en el Bundestag y termina el debate parlamentario espetando un “Nos veremos en Karlsruhe” (sede del TCF) (Wir sehen uns in Karlsruhe), y luego impugna una ley ante el TCF, al final siempre termina acatando y hasta aceptando positivamente lo que decida este Tribunal, incluso si le “disgusta” y lo mismo ocurre con la mayoría si al final se da la razón a la minoría impugnante, aparte de que en no pocas ocasiones se termina dando la razón a una y a otra en parte o la minoría se ha convertido en mayoría y viceversa, todo lo cual puede facilitar las cosas. Sea como sea, las sentencias del TCF son aceptadas, a largo plazo, sin excepciones significativas, por las fuerzas políticas tanto si les benefician como si no es así. También los ciudadanos aceptan las decisiones en la inmensa mayoría de las ocasiones, siendo el “caso del crucifijo en la escuela” sólo la excepción que confirma la regla.

El TCF juega, de este modo, un papel integrador insustituible y, en general, se aceptan sus resoluciones con un espíritu muy positivo por los actores políticos y por los ciudadanos: “Karlsruhe locuta, causa finita”, aunque por supuesto siempre sigue abierta la posibilidad, si el pueblo considera inaceptable una interpretación de la Constitución por parte del TCF, de superar sus resoluciones por medio de la reforma constitucional, lo que no ha ocurrido ni una sola vez en los más de 10 lustros de vigencia de la LF. Es, así, el TCF un elemento central en el sistema constitucional alemán y de su cultura política, en lo que algo ha tenido que ver también que es,

y conscientemente así se quiso en su día al instaurarlo, la única institución que no existía en el período en que el nazismo subió al poder y que no aparecía, por consiguiente, “lastrada”, en los primeros tiempos de la postguerra, por ese pasado de haber tolerado o propiciado la perversión absoluta del derecho, la justicia y el ordenamiento jurídico que el nazismo supuso, como sí hicieron las otras instituciones estatales. Los tribunales constitucionales se han instaurado, entre otros motivos, con la esperanza de que precisamente la jurisdicción constitucional prohibirá a tiempo los regímenes totalitarios que germinen y agregará al antitotalitario “consenso de los demócratas” un específico consenso antitotalitario de la jurisdicción constitucional (Häberle).

Da una idea de la importancia del TCF también el hecho de que hoy no sea posible, en modo alguno, comprender lo que la Constitución alemana efectivamente es si no se atiende a la jurisprudencia constitucional. No es demasiado hiperbólico afirmar que, en la práctica, la LF de Bonn está hoy conformada por las breves páginas de su texto propiamente dicho y por los algo más de un centenar de tomos de jurisprudencia constitucional, a la vista de lo cual puede también sostenerse, parafraseando un conocido principio del derecho constitucional inglés y sin demasiada exageración, que la Ley Fundamental de Bonn reina y la jurisprudencia constitucional de Karlsruhe gobierna (y lo mismo es aplicable a España y tantos otros países). El propio TCF se ha autocalificado como “intérprete competente y guardián de la Constitución” y como “instancia decisoria en las cuestiones constitucionales”. Ya Smend decía, a la altura de 1962, y ello se ha hecho hoy ya realidad, que el TCF “se ha convertido en la bandera tras la cual está naciendo una nueva conciencia estatal”.

2. Constitución, composición, elección de sus magistrados y organización

El TCF, en realidad, es un Tribunal Constitucional mellizo (Zwillingsgericht), pues está formado, al establecerlo así su Ley reguladora (ante el silencio que la Constitución finalmente guardó al respecto), por dos Salas o Senados, compuestos cada uno de ellos por 8 magistrados, con un reparto de competencias regulado por ley, siendo las sentencias de una de las Salas vinculante para la otra, aunque ello no deja de plantear problemas prácticos y se achaca en ocasiones falta de congruencia recíproca a la doctrina de las Salas o, pura y simplemente, en algunos aspectos se habla de la existencia de dos jurisprudencias constitucionales paralelas, si bien existe un mecanismo, del que sólo en contadas ocasiones se ha tenido que hacer uso, para que el Pleno se pronuncie en caso de discrepancia entre las dos Salas. Sea como sea, cada una de las Salas “es” Tribunal Constitucional a todos los efectos. El motivo básico para esta dualidad viene dado, antes que nada, por la carga de trabajo del Tribunal.

La Ley reguladora del Tribunal establece también las competencias de cada una de las Salas y si bien teóricamente la Sala 1ª sería más bien, grosso modo, la Sala de los derechos fundamentales y la Sala 2ª la que conocería de los conflictos entre los poderes

y órganos constitucionales, lo cierto es que, al permitir la Ley al Pleno del Tribunal establecer una regulación de las competencias de las Salas que se aparte de esa “regla general” cuando así lo exija la sobrecarga de trabajo no puramente transitoria de una Sala, la Sala 2ª conoce también, inevitablemente, de muchos asuntos relativos a los derechos fundamentales. Sea como sea, en caso de discrepancia sobre la competencia de las Salas, una Comisión paritaria decide. Por otro lado, se habla también, obviamente no en sentido propio, de una “Sala 3ª”, con lo que se hace referencia a la importante labor de los asistentes técnicos, de elevada formación, que colaboran estrechamente con los magistrados en la preparación de su trabajo (a cada magistrado se le asignan cuatro asistentes técnicos, normalmente).

Además de las Salas, también hay Secciones más pequeñas, que cumplen una función de filtro en materia de amparo y cuestiones de inconstitucionalidad, seleccionando los asuntos sobre los que tendrá que pronunciarse el Tribunal.

La elección de los magistrados corresponde al Bundestag y al Bundesrat por mitad, siendo directa la elección por el Bundesrat, mientras que en el caso del Bundestag los magistrados constitucionales son elegidos por una Comisión de Selección [integrada por doce parlamentarios (compromisarios) miembros de esa Cámara legislativa] nombrada por la propia Cámara según las reglas de la elección proporcional (regla D’Hont). Esta doble elección otorga a los magistrados constitucionales una legitimación democrática y, además, federal en cuanto a los elegidos por el Bundesrat.

En todo caso, se exige una mayoría de dos tercios de los parlamentarios (miembros de la Comisión, en el caso del Bundestag) para la elección, lo que exige siempre un acuerdo, al menos, entre las dos principales fuerzas parlamentarias (duopolio electivo de hecho), pero en ocasiones también participan partidos pequeños que se integran en la coalición gobernante; es habitual, en todo caso, que haya negociaciones informales entre las directivas de los principales partidos políticos y que éstas sean las que, en definitiva, determinen quiénes han de ser elegidos, lo que no sin razón ha sido criticado.

Más aún, uno de los mejores conocedores del TCF como institución, ha dicho con razón, y ello es extrapolable a España, que “hay pocos lugares en los que un poder sea ejercido de modo tan incontrolado y anónimo como en el de la elección de los jueces del TCF”, siendo evidentemente sorprendente una elección de los controladores por aquellos a controlar. Desde hace ya bastante tiempo hay un acuerdo entre los dos principales partidos políticos (CDU/CSU y SPD: demócrata-cristianos y socialdemócratas) para proponer para una cuarta parte de las vacantes a personalidades neutrales, lo que sólo significa que no pueden tener militancia en un partido político, como es el caso (a diferencia de España) de la mayoría de los magistrados, lo cual propicia una estrecha relación e influjo del proceso político en el TCF, afectando negativamente a la funcionalidad y a la posición del TCF (Starck).

Por otro lado, los nombrados magistrados tienen que haber cumplido los 40 años, han de gozar del sufragio pasivo ante el Bundestag y tener la capacidad para ejercer como juez. Y tres de los ocho magistrados de cada una de las dos Salas del TCF han de ser elegidos de entre los jueces de los tribunales más altos de la Federación. El mandato de los magistrados constitucionales tiene una duración de doce años con el límite absoluto de la edad de jubilación (68 años), aunque, a fin de evitar todo vacío temporal en un órgano constitucional tan relevante, se prevé un ejercicio en funciones, pero con plenitud, por los Magistrados cuyo mandato expire en tanto no sea designado otro para sucederle, retraso que puede producirse por falta de acuerdo entre los partidos o por otras razones. No está permitida la reelección, inmediata o no y ello con el fin de preservar su independencia.

Los magistrados constitucionales no pueden pertenecer ni al Bundestag, ni al Bundesrat ni al Gobierno Federal ni a los correspondientes órganos de un Land y su cargo no es compatible con ninguna otra actividad profesional que la de profesor de derecho en una universidad alemana, aunque sí con actividades accesorias tales como la investigación, las publicaciones, la dirección de revistas jurídicas, etc, y siempre con la prevalencia de las funciones de magistrado constitucional, como es obvio; su independencia e imparcialidad están jurídicamente garantizadas de modo apropiado y también se regula su cese por causas excepcionales tasadas, apreciadas por mayoría de dos tercios del Pleno, tras el oportuno procedimiento con instrucción, audiencia del interesado y vista oral. El Presidente y el Vicepresidente son elegidos por turnos por el Bundestag y el Bundesrat por el mismo procedimiento de elección de los magistrados.

Se ha discutido mucho acerca de la conveniencia de que se celebren *public hearings* en el Bundestag y el Bundesrat con carácter previo al nombramiento de los Magistrados. Häberle, como se verá, se muestra decididamente a favor de las mismas. Ello aumentaría la transparencia, democratizaría más en cierta medida la elección, la haría más plural y reduciría el reparto partidista de las “sillas” de magistrado entre los grandes partidos políticos, por más que haya que reconocer que el origen o la inclinación política de los magistrados no ha sido determinante en ningún caso y no se producen, en general, alineaciones en las votaciones en función de ese dato de la supuesta o real inclinación partidista de los magistrados y también los presidentes han actuado con una imparcialidad e independencia (interna y externa) sobradas. Ello no obsta a que tenga toda la razón Häberle al sostener que “los partidos políticos no pueden pretender ningún derecho a tener ‘cargos hereditarios de jueces’ como sucede de facto hasta ahora”.

3. Competencias

El TCF tiene unas amplias competencias. No es, hace tiempo, y pese a lo que es usual leer en la doctrina alemana, el tribunal constitucional con las competencias más amplias a escala planetaria, aunque así fuera en su día, pero, aun con todo, sigue

siendo un tribunal con unas competencias muy amplias, lo que, unido al carácter resuelto con que en la praxis las ha ejercido el TCF a lo largo de estas últimas décadas y a una doctrina jurisprudencial que se extiende a prácticamente todos los ámbitos sociales y políticos, hace que la cuestión de los límites de la jurisdicción constitucional se plantee con especial virulencia en el caso de Alemania.

Sea como sea, las competencias del TCF siguen siendo muy ricas y un modelo para otros países. Estas competencias, someramente expuestas, son las siguientes:

- a) Controversias competenciales federales: Se trata de una competencia esencial de todo tribunal constitucional en un Estado federal. Su objeto viene dado por las diferencias de opinión entre la Federación y los Länder (o, mucho más raramente, entre diferentes Länder) sobre los derechos y obligaciones de unos u otros, en especial la ejecución del derecho federal por los Länder y el ejercicio de la supervisión federal. También se atribuye al TCF, en segundo lugar, una competencia subsidiaria para resolver otras controversias de Derecho público entre la Federación y los Länder, entre diferentes Länder o dentro de un Land en tanto no haya otra vía jurídica, atribución que, a la vista de las amplias competencias de la jurisdicción ordinaria (especialmente, la contencioso-administrativa), sólo adquiere significación frente a las controversias constitucionales dentro un Land respecto de las cuales no hay ninguna competencia o sólo una competencia limitada.

También tiene competencia el TCF, en fin, para resolver controversias constitucionales dentro de un Land cuando una Ley del mismo le atribuye dicha competencia, supuesto más bien raro, pues tal competencia suele corresponder al Tribunal Constitucional del propio Land. Aquí se incluye también la competencia del TCF para determinar si el derecho de los Länder es o no compatible, formal o materialmente, con la LF o el restante Derecho federal, así como la competencia, atribuida al TCF por reforma constitucional de 1994, para decidir —a instancia del Bundesrat, un Gobierno o el Parlamento de un Land— si una ley es conforme a los presupuestos del artículo 72.2 de la LF, relativo a la legislación concurrente (los Länder pueden legislar en una materia sólo en tanto no lo haya hecho la Federación, que ha de hacerlo cuando “la creación de condiciones de vida equivalentes en el territorio federal, o la preservación de la unidad del Derecho o del sistema económico en interés general del Estado, hagan imprescindible una ley federal”).

- b) Controversias interorgánicas: Versan sobre discrepancias de opinión sobre el alcance de los derechos y deberes de un órgano federal supremo (Bundesrat, Bundestag, Gobierno Federal y Presidente Federal) o sus miembros a los que por la LF o por el Reglamento de un órgano federal supremo se les atribuyen derechos propios (aquí ha incluido el TCF a los parlamentarios individuales, al Presidente del Bundestag o el Bundesrat, a los grupos parlamentarios o a los partidos políticos en cuanto a su especial status constitucional ex artículo 21 de la LF, aunque no

a las mayorías o minorías del Bundestag). El legitimado activamente en cuestión tiene que haber sido lesionado o estar a punto de serlo en los derechos o deberes otorgados por la LF por medio de una acción u omisión del legitimado pasivamente (por ejemplo, intervención militar en el extranjero, disolución del Parlamento), cuya constitucionalidad habrá de ser examinada por el TCF. Sólo los órganos o miembros indicados antes pueden ser demandantes y/o demandados, legitimados activa y/o pasivamente.

- c) Control normativo abstracto: Es la llamada acción abstracta de inconstitucionalidad, por virtud de la cual se lleva a cabo un control de la compatibilidad con la Constitución de una norma en abstracto sin conexión alguna con un caso concreto, que puede existir o no. Se trata de un procedimiento objetivo, no contradictorio y el TCF puede adoptar una decisión sobre el fondo aunque el demandante desista. Su objeto puede ser no sólo una ley formal (incluidas las leyes de autorización de tratados internacionales, si bien en este caso el control, según ha admitido el TCF, puede ser incluso previo a la publicación oficial de la ley, a fin de evitar que se genere responsabilidad internacional del Estado al declararse inconstitucional un tratado internacional una vez comprometido el Estado alemán), sino toda norma jurídica, cualquiera que sea su rango, con independencia de que sean normas aprobadas antes o después de la entrada en vigor de la LF, ya sean normas de derecho federal o de los Länder.

El parámetro de enjuiciamiento viene dado por la propia Constitución en el caso de que las normas impugnadas sean federales, pero si las normas impugnadas lo son de un Land, entonces el parámetro se amplía a todo el restante derecho federal.

La legitimación corresponde al Gobierno Federal y a cada Gobierno de Land, por un lado; y a un tercio de los parlamentarios del Bundestag, por otro lado. De este modo, la legitimación se otorga, conforme a la técnica de la Organklage, sólo a determinados órganos políticos, como es característica general desde Kelsen de los sistemas europeos de control concentrado de la constitucionalidad (en contraste con lo que ocurre en algunos países latinoamericanos); y además es una legitimación que persigue dos finalidades claras: la protección de los intereses territoriales de la Federación y los Länder, por lo que se otorga legitimación al Gobierno federal y al de los Länder; y, por otro lado, pretende proteger a las minorías parlamentarias, otorgando así legitimación a un tercio de los miembros de la Cámara Baja.

- d) Control normativo concreto: A su través se examina por el TCF la compatibilidad con la Constitución de una norma jurídica, pero, a diferencia de lo que ocurre en el control abstracto, por un lado, aquí sí que tiene que existir al menos un caso concreto, que condiciona el enjuiciamiento (sólo se examina la ley si la solución del caso concreto depende de ella, y en la medida en que sea así, para lo que hay que atender a la parte dispositiva y, excepcionalmente, a los fundamentos jurídicos de la

resolución); y de otro lado, aquí el TCF sólo goza del llamado Verwerfungsmonopol o monopolio de rechazo, pero ya no del monopolio de examen: no es sólo el TCF el que puede examinar si una norma jurídica es compatible con la Constitución, como ocurre cuando se trata de un examen abstracto, sino que todo tribunal puede y debe llevar a cabo ese examen; el TCF, en el control concreto, sólo tiene el monopolio para declarar inconstitucional la ley parlamentaria que se considere contraria a la LF.

A través de este control concreto, cualquier juez o tribunal ordinario (y también los tribunales constitucionales de los Länder) que ha de resolver un caso concreto, y para ello ha de aplicar una ley que considera inconstitucional (no bastan las dudas), puede y debe plantear la cuestión al TCF para que este resuelva si la ley es o no conforme a la LF (deber positivo de examen); el juez o tribunal ordinario no puede resolver por sí mismo que la ley es contraria a la Constitución, como es propio de los sistemas difusos de control de la constitucionalidad (judicial review norteamericana), sino que ha de remitir la cuestión al TCF, quien tiene así el monopolio de declaración de inconstitucionalidad de las leyes (monopolio negativo de rechazo) y sólo cuando el TCF resuelve, puede el juez ordinario que planteó la cuestión resolver el litigio siguiendo la decisión del TCF sobre la ley de cuya constitucionalidad dependía la solución del caso.

Se dice, por ello, que la finalidad esencial del control normativo concreto de la constitucionalidad, a diferencia del control abstracto, no es la de actuar como “Guardián de la Constitución”, sino la de proteger al legislador parlamentario frente al juez, impidiendo que cualquier juez pueda dejar de aplicar una ley parlamentaria en atención a su propio criterio sobre la conformidad de dicha ley con la Constitución, con la inseguridad jurídica que conllevaría ese reparto difuso de la facultad de declarar inconstitucionales las leyes. Ello tiene dos consecuencias en la jurisprudencia del TCF, no incontrovertidas: a) a través del control concreto sólo pueden impugnarse leyes en sentido formal, incluidas las leyes de reforma constitucional y las dictadas en situación de necesidad (artículo 81 de la LF), y no los reglamentos, que sí se pueden impugnar a través del control abstracto; b) en el caso de las leyes preconstitucionales, cualquier juez puede declararlas contrarias a la Constitución sin que se vea afectada la autoridad del legislador ordinario previsto por la Constitución, salvo cuando el legislador postconstitucional las haya “asumido” y hecho propias.

- e) Recurso de amparo: Cualquier titular de un derecho fundamental que se considere lesionado en el mismo puede plantear un recurso (constitucional) de amparo, que es un recurso extraordinario y subsidiario, sin efectos suspensivos. Se reconoce por el TCF y la doctrina una importante doble función o dimensión del recurso de amparo: por un lado, la tutela de los intereses subjetivos garantizados por los derechos fundamentales; y por otro lado, una clarificación, fijación y depuración del derecho

constitucional objetivo (relativo a tales derechos). La legitimación corresponde a cualquier persona física o, en la medida en que el derecho fundamental les sea aplicable “por su naturaleza”, también a cualquier persona jurídica, aunque, en términos generales, no tienen legitimación las personas jurídicas de derecho público, aunque hay excepciones (universidades, emisoras de radio, iglesias, etc).

Es presupuesto de admisibilidad del recurso: a) que se presente por escrito y fundamentado; b) que se presente por alguien que goce de legitimación; y c) por quien tenga capacidad procesal (no la tienen los menores o incapaces, por ejemplo, salvo que se trate de combatir la propia declaración de incapacitación o hacer valer un derecho fundamental frente a un progenitor, respectivamente); d) que se alegue la existencia de una actuación de un poder público vulneradora de un derecho fundamental o derecho asimilable a éstos, bastando que la vulneración “esté en el ámbito de lo posible” o, al menos, “no haya que excluir” una lesión del derecho (teoría de la posibilidad), pero siempre de un derecho determinado: su apreciación remite, en la práctica, a la fundamentación; e) la existencia de elementos suficientes para pensar que el derecho fundamental propio alegado ha podido ser lesionado en un caso concreto; f) la afectación alegada del derecho fundamental ha de ser personal, presente y directa y no puramente eventual o virtual, aunque cabe la tutela frente a una lesión inminente; g) la identificación de la acción u omisión supuestamente lesivas; h) la necesidad de tutela jurídica (que puede existir aunque la lesión se haya consumado: si debido a la función objetiva del amparo, existe un interés general en una decisión; o si hay peligro de reiteración de la lesión; o si se trata de una carga de gran peso y/o bien parece obligada la aclaración de una cuestión jurídico-constitucional de importancia básica o bien el acto lesivo se limita a un espacio de tiempo en el que el afectado apenas podía exigir una decisión del TCF según la tramitación regular); i) agotamiento de la vía judicial ordinaria; j) el plazo (generalmente un mes; un año frente a las leyes).

Es especialmente importante el requisito de la subsidiariedad, que conlleva la exigencia de agotamiento previo de la vía judicial ordinaria, para dar así la oportunidad a los tribunales ordinarios (llamados especializados) la oportunidad de otorgar la tutela al derecho fundamental en primer término, como es su función propia, y para que así, por lo general, al TCF se le someta un material de hechos probados que ha pasado por varias instancias y con la visión del caso de los correspondientes tribunales. Ello hace parcialmente incierta la afirmación de Benda de que el TCF es el fideicomisario de la Constitución y los jueces y tribunales ordinarios son los fideicomisarios de la ley.

No obstante, este requisito de la subsidiariedad del amparo puede debilitarse o simplemente exceptuarse en determinados casos. Así, en primer lugar, hay una excepción consagrada positivamente en la LTCF por virtud de la cual si el titular del derecho fundamental puede llegar a sufrir un perjuicio considerable e inevitable

(imposible de evitar, por tanto) si se le exige el agotamiento de la vía judicial ordinaria o si el TCF considera que el asunto planteado tiene un interés general, puede entrar a conocer del amparo sin esperar al agotamiento de esa vía judicial previa, lo que es una facultad enteramente discrecional del Tribunal, que no puede ser objeto de pretensión por las partes. Por otro lado, el TCF puede considerar irrazonable un instrumento de tutela judicial ordinaria, de manera que el hecho de que no se haya hecho uso de ese instrumento no impide al TCF entrar a conocer del fondo del asunto planteado a través del recurso de amparo (doctrina de la inexigibilidad: por ejemplo, porque no era de esperar, a la vista de una jurisprudencia clara, un resultado favorable para el solicitante de amparo o si, según la opinión general, un determinado recurso no era admisible). En otros casos excepcionales, el TCF también exonera del requisito de la subsidiariedad, como cuando el afectado no ha tenido la posibilidad de defenderse frente a un acto de ejecución porque no tuvo conocimiento de la afectación del derecho (caso de las escuchas). Y, en fin, la subsidiariedad no opera, lógicamente, para los recursos de amparo directos contra leyes, pues en tales casos no hay vía judicial ordinaria, aunque sí debe haber una afectación inmediata o directa al ciudadano que impetra amparo y además han de usarse todas las posibilidades que ofrezca la protección jurídica por los tribunales ordinarios.

Dada la sobrecarga de trabajo que el TCF sufre, debido sobre todo a la avalancha de recursos de amparo planteados ante él año tras año, hay un procedimiento estricto de selección de los recursos de amparo admitidos a trámite. Tras las reformas de 1993 a la LTCF, ya no se establecen causas tasadas de inadmisión del amparo, sino causas positivas de admisión. Aun con todo, dado que, en contra de lo propuesto por algunos (incluida la llamada Comisión “Benda”, que toma el nombre de su Presidente, que lo fuera del TCF y gran admirador de la Corte Suprema de los EE.UU.), la admisión no es libre según el modelo del certiorari de la Corte Suprema de los EE.UU., los magistrados constitucionales siguen consumiendo una parte importante de su tiempo en la selección de los recursos, aunque ello ocurriría siempre en todo caso, aunque en menor medida indudablemente y, sea como sea, la sobrecarga de trabajo del TCF sigue siendo totalmente excesiva, con el resultado de una tramitación mucho más lenta de lo que sería deseable y exigible, motivo por el que la solución legislativa a la selección no parece que pueda considerarse en absoluto como definitiva.

En cuanto al procedimiento de admisión, cabe, en primer lugar, descartar los recursos de amparo improcedentes o abiertamente carentes de probabilidades de éxito por parte de los servicios administrativos del TCF, pero el solicitante de amparo siempre puede exigir una decisión judicial. Fuera de este caso, la decisión sobre la inadmisión la puede adoptar, en primer lugar, una Sección de tres magistrados por unanimidad, sin necesidad de fundamentación y sin posibilidad de recurso (regla general: el 97% de los amparos). Se permite incluso a las Secciones “estimar” (también por unanimidad) el recurso de amparo (sentencia estimatoria sobre el fondo), si es procedente, pero sólo cuando la cuestión determinante para el

enjuiciamiento del recurso de amparo ya ha sido decidida por el TCF y la Sección se limite a dar cumplimiento a esa jurisprudencia de las Salas o el Pleno ya existente, sin que se reconozca a la Sección posibilidad alguna de sentar nueva doctrina. Si la Sección no inadmite a trámite el recurso de amparo ni tampoco lo estima, la Sala decide sobre la admisión por medio de una resolución que no ha de ser motivada (pero en los casos más significativos, suele serlo, incluso con cierto detalle y hasta publicada, aunque no en la recopilación oficial) y que tampoco es susceptible de recurso, pero debiendo admitirse a trámite el amparo si al menos tres de los ocho jueces que integran la Sala así lo deciden.

Las probabilidades de admisión y de éxito de un recurso de amparo son muy bajas (por debajo del 3% aproximadamente, lo cual es tanto más comprensible si se tiene presente que lo puede presentar cualquier persona sin ser abogado y sin coste), pese a lo cual estamos ante una competencia que no sólo desempeña objetiva y subjetivamente una importantísima función hasta el punto de convertir al TCF antes que nada en el tribunal de los derechos fundamentales, sino que además es la competencia central que acaso permite al Tribunal en mayor medida tener la amplísima aceptación de que goza desde hace décadas entre los ciudadanos.

A través del recurso de amparo se combaten cualesquiera medidas de los poderes públicos alemanes, incluidas las leyes parlamentarias, si bien en este último caso sólo cabe el recurso de amparo contra leyes directamente, sin esperar a su aplicación a un caso concreto, cuando la mera promulgación de la ley afecta al ciudadano que impetra amparo de manera directa (el ciudadano sufre desventajas por la mera promulgación de la ley, sin necesidad de actos aplicativos) y presente (esto es, actual) en sus derechos fundamentales o si dicha ley obliga a sus destinatarios ya antes de su ejecución a adoptar decisiones que luego no se pueden corregir. El parámetro de examen viene restringido respecto del control de constitucionalidad genérico, pues sólo los artículos que reconocen derechos fundamentales y otros derechos constitucionales a ellos equiparados pueden operar como criterio de enjuiciamiento, aunque ello dista mucho de ser así en la práctica a la vista de la amplísima interpretación del artículo 2.1 de la LF como derecho fundamental de tutela genérica subsidiaria de la constitucionalidad, al entender el TCF que el derecho al “libre desarrollo de la personalidad” hay que interpretarlo como “libertad genérica de acción” (caso “Elfes”: no se protege sólo un ámbito limitado del desarrollo de la personalidad, sino cualquier actividad humana cualquiera que sea su peso para el desarrollo de la personalidad) y que el límite a esta libertad consistente en el “orden constitucional” hace referencia a todas las normas del ordenamiento formal y materialmente conformes a la Constitución, lo que conduce a que el criterio de enjuiciamiento en la práctica puedan ser, también, cualesquiera otros principios o normas constitucionales diversos a los derechos fundamentales y derechos a ellos equiparados.

El control a través del recurso de amparo no ha de llevar al Tribunal Constitucional a convertirse en una tercera o cuarta instancia, en un tribunal de casación o supercasación, sino que ha de respetar el amplio ámbito de los tribunales ordinarios (llamados “especializados”), a los que corresponde en exclusiva organizar el procedimiento, fijar y valorar los hechos, interpretar el Derecho ordinario y aplicarlo al caso concreto. Por ello, el TCF no examina si las sentencias de los tribunales ordinarios son “correctas” con arreglo al derecho ordinario (infraconstitucional), sino si se ha vulnerado “derecho constitucional específico”, llevando a cabo el Tribunal un control especialmente intenso sobre el procedimiento judicial; un control intenso respecto de los límites jurídico-constitucionales a la creación judicial del derecho; en el marco de los recursos de amparo interpretativos, examina si el espacio de decisión reservado al juez (cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados) se ha empleado en un sentido orientado hacia los derechos fundamentales; y ejerciendo el Tribunal un control de menor densidad al revisar la ponderación de los tribunales ordinarios (Häberle). El control ejercido por el TCF es más intenso cuanto más grave es la afectación del derecho fundamental en el caso concreto (teoría de la intensidad) y cuando se da por los tribunales ordinarios una interpretación del derecho ordinario que no es comprensible desde una consideración razonable de las ideas dominantes de la LF y conduzca a la conclusión de que tal uso depende de consideraciones ajenas a la LF, lo que sitúa al Tribunal, a juicio de Häberle, muy cerca de operar como un tribunal de casación, más allá de lo “justo” que ello pueda ser en el caso concreto.

- f) Recurso de amparo municipal: A su través, los municipios y mancomunidades pueden impugnar una ley o reglamento de la Federación o de un Land por infracción de la autonomía local, que se erige así en parámetro exclusivo de control constitucional en este ámbito (artículo 28.2 de la LF), si bien el TCF también utiliza como parámetro otras regulaciones constitucionales ligadas a aquella autonomía local. Se discute su naturaleza jurídica: recurso de amparo, control normativo abstracto, instituto mixto o singular. Su importancia práctica es reducida, si bien ha servido a los municipios para obtener tutela frente a determinadas afectaciones normativas.
- g) Prohibición de partidos políticos: Con arreglo al art. 21 ap. 2 LF, los partidos políticos son inconstitucionales y pueden ser prohibidos por el TCF, si se dirigen a “dañar o suprimir el orden básico liberal democrático o a poner en peligro la subsistencia de la República Federal alemana”. Si este estado de cosas se presenta, hay que averiguar, en virtud de los objetivos del partido o de la conducta de sus partidarios, que no deben ser desde luego miembros del partido, si la organización sobre todo del partido presenta un indicio importante de anticonstitucionalidad. Para la determinación de la inconstitucionalidad y de la prohibición a ella vinculada y de la disolución del partido, a diferencia de las prohibiciones de otras asociaciones conforme al art. 9.2 LF, sólo es competente el TCF (el llamado

privilegio del partido). Un proceso de prohibición puede ser solicitado por el Gobierno federal, el Bundestag, el Bundesrat o, en cuanto que el partido sólo tenga actividad en un Land de la Federación, por el Gobierno del Land afectado. Consecuencia de la prohibición del partido, conforme a la jurisprudencia del TCF, es la prohibición de organizaciones equivalentes, así como la pérdida del mandato de todos los representantes de este partido. Hasta ahora, el TCF ha declarado la inconstitucionalidad exclusivamente en dos casos, en el del “Partido Socialista del Imperio” (SRP), de orientación derechista, y en el del “Partido Comunista de Alemania” (KPD), de orientación izquierdista.

- h) Declaración de pérdida de derechos fundamentales: Como resultado igualmente de la experiencia nazi, la LF ha tratado de proteger los derechos fundamentales de un posible abuso de los mismos contra el orden demoliberal que presuponen y garantizan y, por ello, ha establecido en su art. 18: “Quien abuse de la libertad de opinión, en especial de la libertad de prensa (art. 5.1), de cátedra (art. 5.3), de reunión (art. 8), de asociación (art. 9), del secreto de la correspondencia, del correo y del telégrafo (art. 10), de la propiedad (art. 14) o del derecho de asilo (art. 16a) para combatir el orden fundamental demoliberal, pierde estos derechos fundamentales”. La pérdida no lo es del derecho en sí mismo, sino sólo en cuanto que se trata de su ejercicio en la vida política. El TCF también puede desposeer a los afectados de su derecho de sufragio (activo y pasivo), así como de la capacidad para el ejercicio de cargos públicos y en caso de pérdida de derechos fundamentales por personas jurídicas, puede ordenarse su disolución. Para la declaración de la pérdida es competente sólo el TCF en régimen de monopolio, lo que no puede ser desvirtuado a través de la creación por el legislador de supuestos de hecho cuya consecuencia jurídica sea la pérdida de los derechos fundamentales. Legitimados para pedir esa pérdida están el Bundestag alemán, el Gobierno federal y un Gobierno de Land. Debe darse un abuso de estos derechos antes enumerados, de un lado, y de otro, un peligro para el orden básico liberal democrático. Hay que decir en favor de la estabilidad política de la República Federal alemana que, hasta ahora, sólo se han presentado dos solicitudes de declaración de la pérdida, y ambas han sido rechazadas por el TCF porque, con arreglo al punto de vista del Tribunal, no se daba ningún peligro serio para el orden básico liberal democrático. Y es que, como comenta Hesse, los derechos fundamentales deben ejercerse sólo según su espíritu, y no contra su espíritu, si bien el art. 18 debe utilizarse muy prudentemente, pues existe el riesgo de que se pueda abusar de su cláusula de abuso, por ejemplo, para eliminar una oposición incómoda.
- i) Otras competencias: Aquí se incluye, por ejemplo, el procedimiento de acusación contra el Presidente Federal o los jueces federales por actuación inconstitucional; o los procedimientos de revisión electoral.

4. El proceso constitucional

A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, en el proceso constitucional no hay un proceso general, sino múltiples procesos especiales, aunque haya ciertos principios procesales generales consagrados por la Ley procesal constitucional (demanda escrita con fundamentación y medios de prueba; actuación nunca motu proprio, sino sólo a instancia de los legitimados activamente; afectación potencial de los propios derechos subjetivos, que rige para el amparo y los conflictos constitucionales, pero no para el control normativo; ejercicio con sujeción a plazo, aunque no lo hay para el control normativo; no exigencia de representación letrada, salvo en la vista oral, en su caso; proceso gratuito, con posibilidad de multa en casos de abuso).

No es posible aquí referirse a las especialidades de cada proceso constitucional respecto de cada una de las competencias que tiene atribuidas el TCF, pero sí debe señalarse que, en general, se reconoce una “peculiaridad” o singularidad de los procesos constitucionales respecto de los procesos “ordinarios”, si bien cada proceso constitucional es distinto y según los casos se aproximará más al proceso civil, al contencioso-administrativo o al penal. En efecto, el artículo 17 LTCF establece la aplicación analógica de las disposiciones de la Ley Orgánica de los Tribunales en los procesos constitucionales respecto a la publicidad, policía de estrados, lenguaje forense, así como deliberación y votación, en tanto la LTCF no prevea una regulación particular. Por ello, el TCF se ha llegado a autocalificar como Señor del Proceso y ha consagrado su autonomía procesal, lo que da pie justamente a autores como Häberle a defender la “peculiaridad” del DPC, por más que también otros autores minimicen esa peculiaridad y autonomía. El TCF puede considerarse también como “Señor de la Ejecución”, pues puede determinar la manera de dar cumplimiento a sus resoluciones y quién ha de cumplirlas.

En cuanto a la sentencia, es de interés notar que, para adoptar una resolución, tiene que haber un quórum de al menos seis magistrados sobre los ocho que integran cada Sala, si bien en 1986 se introdujeron unas reglas de representación en la LTCF para reducir la posibilidad de falta de quórum. La regla general es que las sentencias se adoptan por mayoría simple, lo cual es enteramente lógico porque los tribunales, incluido también el Constitucional, no deciden con arreglo a criterios parlamentarios basados en la fuerza de la mayoría, sino sobre la base de la fuerza de la razón, por lo que la exigencia de mayorías reforzadas, enteramente lógica en un procedimiento democrático-parlamentario en casos excepcionales (pues, aun con todo, también en ellos representa una cautela frente a la voluntad simplemente mayoritaria), carece de toda razón de ser en sede judicial (motivo por el que nos parece criticable la regulación, absurda a nuestro modo de ver, existente en Perú o México en el sentido de exigir una mayoría reforzada para declarar inconstitucional una ley, como hemos tenido ocasión de expresar en otros trabajos). Ahora bien, hay determinados supuestos excepcionales, no relativos a una declaración de inconstitucionalidad en todo caso, en

que se exige una mayoría calificada de dos tercios de los magistrados del TCF: pérdida de derechos fundamentales, prohibición de partidos políticos, denuncia contra el Presidente Federal o contra jueces federales. Se prevé, en fin, la posibilidad de que los magistrados formulen votos particulares, que en ocasiones han contribuido a perfilar la “jurisprudencia del futuro”, al asumir la mayoría del futuro el criterio del que en su momento fue un sector minoritario.

Por otro lado, tiene también interés aludir a la cuestión de los efectos de las sentencias, aunque sea sólo en unos términos muy generales, y en este sentido ha de decirse que las sentencias del TCF, como es propio de toda decisión jurisdiccional, tienen fuerza de cosa juzgada no sólo respecto de las partes en el proceso (inter partes), sino que desarrollan una fuerza vinculante frente a todos los poderes públicos, incluidos los tribunales de justicia (efecto de obligatoriedad particular más allá de la cosa juzgada), aunque no frente al propio TCF. Es controvertido si la vinculación se limita al fallo o parte dispositiva de la sentencia, como pretende la doctrina acaso mayoritaria, o se extiende, como ha sostenido el TCF, también a la ratio decidendi (“die tragenden Entscheidungsgründe”), planteándose además la no fácil distinción entre la ratio decidendi y los obiter dicta. Y, además, en los casos del artículo 31.II LTCF (sobre todo, en los casos de control normativo de la constitucionalidad), las sentencias adquieren una verdadera “Gesetzeskraft” (fuerza de ley), que conlleva una nulidad a radice, ab initio y ex tunc de una ley que es declarada nula por el TCF y una eficacia de la obligatoriedad de la declaración de inconstitucionalidad también frente a los ciudadanos, con publicación de la sentencia como si de una ley se tratara en el Diario Oficial de Leyes de la Federación (Bundesgesetzblatt), si bien ha de decirse que el TCF ha hecho uso de modalidades sentenciadoras atípicas a través de las cuales se ha matizado o corregido ese efecto retroactivo de la declaración de inconstitucionalidad en determinados casos excepcionales. Las sentencias atípicas pueden ser sentencias de mera incompatibilidad con la Constitución, las sentencias interpretativas, las sentencias apelatorias, etc.

Es igualmente importante destacar la posibilidad de una tutela cautelar en el proceso constitucional. El artículo 32.1 LTCF prevé una facultad especial del Tribunal en los siguientes términos: “El TCF podrá, en un litigio determinado, regular una situación mediante auto provisional (durch einstweilige Anordnung) cuando fuere necesario para prevenir perjuicios graves, para impedir una amenaza de violencia o para el bien común por otra razón importante”, si bien estos autos tienen vigencia por un plazo máximo de seis meses, pudiendo ser adoptados de nuevo sólo con mayoría de dos tercios de los votos (artículo 32.6). Esta adopción de medidas provisionales cautelares por el Tribunal Constitucional es aplicable —siempre que concurren las circunstancias especiales referidas— en todo tipo de procesos, incluidos los de control abstracto de normas, lo que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido, de manera expresa en alguna ocasión, y tácitamente en la mayor parte de los casos.

Sea como sea, el Tribunal Constitucional ha hecho un uso extraordinariamente prudente y moderado de esta facultad, como por otra parte era de esperar y razonable exigir, muy particularmente respecto de las leyes. Pero, en ciertos supuestos excepcionales en que ello venía exigido por importantes razones de tutela del bien común constitucionalmente protegido, el Tribunal no ha dudado en acudir a tales medidas, y ello tanto en relación a leyes todavía no vigentes (así, por ejemplo, respecto de la ley de despenalización del aborto según el sistema de plazos, estableciendo un derecho transitorio entre tanto), como respecto de leyes ya en vigor (Ley sobre medicamentos o Ley sobre el servicio militar, por ejemplo).

El recurso a la suspensión de la eficacia de las leyes parece orientado a evitar que una eventual sentencia estimatoria no pueda producir efectos reales, y no puedan así repararse, por medio de la declaración de inconstitucionalidad de la ley, daños de extrema gravedad. Se trata de evitar que quede comprometida gravemente la eficacia de una eventual sentencia estimatoria, mediante la consagración de situaciones irreversibles.

Ello tiene sentido en un sistema que, respecto de los actos no legislativos, pretende evitar daños irreparables graves derivados de una actuación contraria a la LF; y en el caso de las leyes, consagra además una eficacia ex tunc o retroactiva de las declaraciones de inconstitucionalidad de las mismas, a diferencia de lo que ocurre en México, donde la declaración de inconstitucionalidad nunca puede ser retroactiva y no tendría sentido anticipar los efectos de una declaración de inconstitucionalidad que nunca podría surtir efectos hacia el pasado, siendo cuestión distinta la de la conveniencia de admitir una retroactividad de las declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes a través de la acción de inconstitucionalidad y prever también una suspensión cautelar de la vigencia de una ley al menos en determinados supuestos de daños graves e irreparables, con ponderación casuística en todo caso de los bienes constitucionales enfrentados.

III.- La jurisdicción constitucional en el pensamiento de Peter Häberle: un esbozo de algunas tesis originales

En las siguientes líneas no se pretende resumir ni, menos todavía, repetir todo el rico enfoque de Häberle¹ sobre la jurisdicción constitucional en los trabajos recopilados en este libro, pues una exposición de ese tipo sobraría. Lo que se pretende es simplemente esbozar y destacar algunos de los planteamientos originales de Häberle sobre la jurisdicción constitucional concentrada, con especial referencia a Alemania, si bien, dada la conexión inescindible que sus ideas en este campo guardan con su pensamiento jurídico-constitucional y teórico-constitucional en otros sectores, no será posible en todos los casos analizar a fondo cada una de las ideas a que nos referiremos.

1 Peter Häberle nació en 1934 en Göppingen, que es una pequeña y bien antigua ciudad en el Land alemán de Baden-Württemberg, al Sur de Alemania, que celebra en este año su *Jubiläumsjahr 2004* por cumplirse los 850 años del primer documento escrito cuyo original se conserva en que aparece una referencia a la ciudad (*Apud Geppingen*, firmado por el Emperador de la dinastía de los *Hohenstaufen*, Federico I, “Barbarrosa”) y los 600 años del primer documento en que se menciona su famosa agua mineral (cfr. www.850.goepingen.de), y ciudad en la que, pocos años después del nacimiento de Häberle, la allí particularmente amplia comunidad judía sería aniquilada por los nazis (en memoria de aquellos terroríficos acontecimientos de la “solución final a la cuestión judía” y los que le precedieron, y para que nunca se repitan, se levantó, entre otros monumentos, el Museo Judío de Göppingen-Jebenhausen en 1992). Pasado, y superado, ese período negro de la historia alemana, Häberle estudió Derecho en las universidades alemanas de Tübinga, Bonn, y Friburgo, así como en la francesa de Montpellier (en donde nació, por cierto, Jaime I de Aragón y que incluso dependió directamente de la Corona de Aragón). Es en Friburgo de Brisgovia, cuya Facultad de Derecho es una de las más prestigiosas del país teutón, donde Häberle empieza a trabajar en la investigación jurídica como discípulo del Prof. Dr., *Dr. Honoris Causa múltiple* Konrad Hesse (discípulo, a su vez, de Rudolf Smend, de quien Häberle se considera “nieto académico”), hasta que en el año 1961 obtiene el grado de Doctor en Derecho con una tesis sobre “La garantía del contenido esencial [de los derechos fundamentales] en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn”, que hoy es considerada como un trabajo doctrinal clásico. Luego permaneció en la bonita ciudad de Friburgo de Br., como asistente del profesor Hesse hasta el año 1968. En 1969 se habilita como Catedrático y es llamado a las universidades de Mannheim y Marburgo, luego en 1973 a la de Bochum. Hasta 1976 permaneció como Catedrático de Derecho Público y Eclesiástico en la Universidad de Marburgo, donde llegó a ser Decano, de donde pasa luego a la Universidad de Aushburgo y, finalmente es llamado y nombrado Catedrático de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Bayreuth (Alemania), donde ejercerá sus tareas docentes e investigadoras hasta la actualidad, al unísono que actúa como profesor visitante permanente en la cercana Universidad suiza de Sankt Gallen (desde 1980).

El profesor Häberle es, además, Doctor *Honoris Causa* por las Universidades Aristóteles de Tesalónica (Grecia, 1994) y de Granada (España, 2000) y por la Pontificia Universidad Católica del Perú en Lima. Ha sido profesor invitado en universidades italianas, españolas, suizas, griegas, austríacas, polacas, ucranianas y japonesas y ha dado conferencias en muchos países y ciudades a lo largo de Europa, pero también en América Latina y África. Ha sido *Fellow* del Colegio de la Ciencia de Berlín y ha recibido diversas condecoraciones, entre las que se cuenta la Orden del Mérito de la República italiana en el grado de Gran Oficial y la Cruz al Mérito con banda de la Orden del Mérito de la

El inventario, por lo demás, no es completo ni exhaustivo, pero se pretende ayudar a la lectura de los textos traducidos que se publican aquí a fin de apreciar su originalidad y propiciar la reflexión científica sobre sus planteamientos, que es la finalidad esencial con la que Häberle ha expuesto sus tesis. Por ello, y como es enteramente lógico, al exponer sucinta y condensadamente estas tesis originales de Häberle se atenderá no sólo a los textos recopilados en este libro, sino también a otros textos (traducidos o no al castellano), ya que su pensamiento al respecto se deduce de todos ellos y lo contrario podría conducir a una visión parcial de sus ideas al respecto; se evitará al máximo la cita literal, especialmente de fragmentos ya recogidos en este libro. Se ha hecho un gran esfuerzo de claridad, pues el pensamiento de Häberle sobre este punto, como sobre casi cualquier otro, es complejo y tampoco su estilo un tanto barroco lo hace un autor de lectura fácil, lo que explica algunos malentendidos (o descontextualizaciones) de sus ideas, por lo que esperamos que esta exposición pueda contribuir a facilitar su entendimiento. Digamos, por último, que en algunas ocasiones no hemos podido dejar de apuntar nuestro propio criterio respecto de las ideas häberlianas, por si a algún lector puede serle de alguna utilidad.

1. Tribunal constitucional y contrato social

Häberle parte de que el modelo del contrato social, clásico patrimonio común europeo, es un modelo de pensamiento, un principio heurístico con la finalidad de garantizar la libertad personal y la justicia pública. No es ciertamente ninguna “horma” con arreglo a la cual se pueda tallar toda la realidad de una Constitución como proceso público; pero puede dar respaldo al adecuado dominio de dichas cuestiones políticas o jurídico-constitucionales básicas libre de “ideologías positivas unilaterales”. “Su extensión al Tribunal Constitucional puede parecer osada a algunos; hasta donde sé, no se ha ensayado hasta ahora. El contrato social es tan viejo como relativamente joven es la (independizada) jurisdicción constitucional. Uno y otra no han sido todavía puestos en relación recíproca. Ésta puede ser una oportunidad. Debía ser aprovechada. La teoría clásica del contrato social ha servido a lo largo de la historia como modelo de explicación y justificación de los más diferentes contextos (desde J. Locke hasta J.-J.

República Federal de Alemania. En 1998 se le concedió el Premio Max Planck a la investigación en el ámbito de la cooperación internacional, otorgado por la Sociedad Max Planck y la Fundación Alexander von Humboldt, siendo, según Mikunda, la primera ocasión en que se otorgó este premio a un investigador alemán. Desde 1983 (tomo XXXII), Häberle es el director del prestigioso *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* (*Anuario de Derecho Público del Presente*, nueva época), prestigiosa publicación periódica dirigida con anterioridad por Gerhard Leibholz, Hermann v. Mangoldt y, antes aún, bajo el nombre de *Das öffentliche Recht der Gegenwart* (*El Derecho Público del presente*), editada por Max Huber, Georg Jellinek, Paul Laband y Triepel, entre otros ilustres juristas europeos; y también es el profesor Häberle académico correspondiente de la *Philadelphia Constitution Foundation* y de las Academias de Ciencias de Heidelberg y Baviera, así como miembro de las Asociaciones alemana y suiza de Derecho constitucional, y de la *Academia Scientiarum et Artium Europaea*. Es también, por último, desde el año 1998, Miembro de Honor de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Rousseau, desde I. Kant hasta la discusión sobre el consenso básico). ¿Por qué no iba a poder desplegar un valor informativo para nuestros problemas, para las cuestiones de la jurisdicción constitucional, para la actualización de la Constitución?”.

Pues bien, sobre esta base, Häberle propone, desde una perspectiva teórico-constitucional, contemplar a los tribunales constitucionales en “la tríada del pluralismo —que garantiza la libertad—, esto es, los derechos fundamentales, la separación de poderes y el federalismo y situarlo, por medio de la figura del ‘contrato social’, en las profundidades históricas de un modelo clásico de pensamiento para construirle, en el contrato generacional, la oportunidad de un puente hacia la generación venidera”. El Tribunal Constitucional tiene la misión, atribuida por el propio constituyente, de proteger, de un lado, y actualizar, de otro, el contrato social, en especial en su dimensión como contrato intergeneracional, que obliga al TC a atender, en sus sentencias particulares y en su jurisprudencia como conjunto, a la necesaria existencia de vínculos estrechos entre las sucesivas generaciones, sin gravar hasta el extremo a una a costa de la otra, evitando toda fractura entre las mismas, de forma que no exista el riesgo de que una generación se desvincule o sienta desvinculada del contrato social y exista un equilibrio de prestaciones y contraprestaciones entre las generaciones más jóvenes y las mayores. Häberle considera, en fin, que el contrato social cuya garantía y actualización corresponde al TCF tiene que atender también incluso a las generaciones futuras, todavía no existentes (especialmente, por ejemplo, respecto de lo que afecta al medio-ambiente o a la deuda nacional).

Ello conlleva, ante todo, una exigencia de consenso permanentemente actualizado de la sociedad como conjunto en las cuestiones básicas para la ordenación de la vida en común (el “plebiscite de tous les jours” de Renan), actuando el TCF (a través de sus sentencias básicas, las sentencias atípicas, los obiter dicta, los votos particulares) como generador, mediador o propiciador de ese consenso, de la “integración continuamente renovada” (Smend), moviéndose entre la tradición y el progreso y pudiendo acelerar (o frenar) los cambios sociales, si bien a la larga es claro que no se puede oponer a los cambios de una sociedad libre. El Tribunal tiene, por otra parte, que actuar inspirado por el pluralismo y por una concepción de la sociedad como sociedad abierta, lo que le obliga especialmente respecto de los grupos marginales, marginados o más débiles y las minorías, que no pueden quedar excluidas, como sería propio de una sociedad cerrada, del contrato social.

Häberle no tiene inconveniente alguno, sino todo lo contrario, en reconocer que el TCF actúa así como fuerza o poder político, y no sólo como una institución jurídica, pues la alternativa derecho o política es una falsa alternativa, como lo es la alternativa función política/función jurisprudencial. Cabría decir, a nuestro juicio, que el TCF crea derecho constitucional, pero también hace política, y ello de manera entremezclada e inescindible en la mayoría de las ocasiones; y, como lo dice Wangler, ni el carácter político de un acto excluye su conocimiento jurídico, ni el efecto político del conocimiento le priva de su carácter jurídico. Pero si bien el TCF tiene una importante responsabilidad en

el contrato social, se trata en todo caso de una responsabilidad mancomunada, “pro indiviso”, compartida con el legislador democrático, los Gobiernos federal y de los Länder, los otros tribunales, los grupos sociales, la opinión pública, etc.

No puede dejar de resaltarse, por otro lado, que Häberle sostenía, ¡ya a la altura de 1978!, que el contrato social “nacional” había que insertarlo en el contexto de un contrato social mundial e, incluso si no existe, debería actuarse como si dicho contrato existiera: es decir, tomando en cuenta siempre a toda la humanidad, a todo el planeta azul en que vivimos. Por ello, considera en ese trabajo de 1978 incluido en esta obra que los tratados sobre derechos humanos de Naciones Unidas son “anteojos de larga vista”. La “mundialización” de los últimos años, que ya anticipara Kant en *Sobre la paz perpetua* (la lesión al derecho en un lugar determinado debería sentirse en todos los lugares de la Tierra), demuestra hasta qué punto ello es así.

2. Jurisdicción constitucional y sociedad abierta de intérpretes de la Constitución

Es conocido que Häberle defiende, proyectando sobre el derecho constitucional la doctrina de Karl Popper, la existencia de una “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución”. Con ello alude a que la función de interpretar la Constitución no es una función exclusiva del tribunal constitucional, sino todo lo contrario: la interpretación de la Constitución corresponde también, por supuesto, a los otros tribunales, a los abogados, a la comunidad científica jurídica, pero no sólo a ellos (la “sociedad cerrada” de intérpretes de la Constitución), sino también, en términos más generales, a toda la opinión pública, a todos los ciudadanos, con una libre competencia de interpretaciones de todos ellos (no hay “*numerus clausus*” de intérpretes constitucionales: es la “sociedad abierta” de intérpretes de la Constitución, que incluye a asociaciones, partidos políticos, sindicatos, iglesias, Casa Real, ciudadanos, etc). Es más, dice Häberle, sólo formalmente tiene el tribunal constitucional la “última palabra”, pues materialmente quienes tienen la última palabra, o mejor: la penúltima palabra, son los ciudadanos y la comunidad científica.

Una consecuencia importante de la existencia de esta sociedad abierta de intérpretes constitucionales, y ello conecta con las construcciones häberlianas de la Constitución como “proceso público” y del DPC como peculiar y singular, es la de que en los más relevantes procesos constitucionales se regula la (posible) participación procesal de otros tribunales, asociaciones, entidades u órganos constitucionales de los que se obtienen opiniones, datos, informaciones, a los que se oye, y de este modo se les tiene en cuenta, o puede tenerseles en cuenta, a la hora de llevar a cabo la interpretación constitucional correspondiente y ello por entender que son importantes no sólo para el proceso constitucional en sentido formal estricto, sino también en sentido amplio, esto es, para la Constitución como proceso público. Piénsese, a título de ejemplo, en que en la vista oral relativa a la Ley sobre la cogestión de 1976, tras prepararse sendos libros-informes por expertos y numerosas declaraciones, se expresaron ante el

TCF, entre otros: seis abogados y profesores, por los recurrentes; un profesor y varios diputados por el Bundestag; un abogado, tres ministros federales, un secretario de Estado y tres profesores, por el Gobierno federal; un alcalde y un senador, por las ciudades hanseáticas de Bremen y Hamburgo; por la Unión Federal de Asociaciones Empresariales, que no era parte afectada, su presidente y el director de una empresa importante; por la Federación de Sindicatos alemanes, que tampoco era parte afectada, dos abogados, un miembro del Comité de Dirección, un consejero jurídico y un jefe de servicios; por el Sindicato alemán de empleados, dos abogados y un miembro del Comité de Dirección; por la Federación de Sindicatos Cristianos de Alemania, un abogado; y en nombre de un accionista, parte en el proceso a quo, un abogado.

Pero es que incluso la subsidiariedad del recurso de amparo es susceptible de interpretarse, y así lo ha hecho el TCF, a la luz de esta finalidad de amplia audiencia y participación de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales: por virtud de esa subsidiariedad se permite a los tribunales ordinarios, especialmente a los más elevados, decir la “primera palabra” y ello, junto a las posiciones de las partes a lo largo del itinerario procesal ordinario, puede ser tenido en cuenta por el TC. Hasta nos atreveríamos a decir, por nuestra parte, que el considerable retraso que sufren las sentencias del TCF (y todos sus destinatarios) puede tener como una de sus pocas ventajas (inconscientes e involuntarias) que ello facilita y propicia, en los casos más polémicos, una toma de posición por grupos, personalidades, asociaciones, investigadores, etc. de lo más plural a lo largo del tiempo.

Todo ello también permite que, aunque formalmente el tribunal constitucional tenga la última palabra, al ser la Constitución un proceso público, a medio plazo las decisiones del tribunal constitucional pueden ser revisadas por el propio tribunal ante la reacción de la opinión pública y/o la comunidad científica o, incluso, sus decisiones pueden ser “superadas” por medio de la reforma constitucional.

Esta tesis de Häberle tiene, a nuestro modo de ver, aspectos muy positivos:

- En primer término, como es propio de todo el pensamiento de Häberle, es una tesis profundamente democratizadora, que hace tomar participación en la interpretación de las normas constitucionales a todos los ciudadanos de diferentes formas, incluso inconscientemente.
- Además, es una tesis que huye del positivismo jurisprudencial tan empobrecedor que caracteriza a la hora presente, explicable en gran medida porque la obra de los tribunales constitucionales es tan amplia que ya sólo en conocerla o sistematizarla han de consumirse muchas energías, y es mucho más problemático, y también menos cómodo sin duda, criticarla o matizarla convincentemente.
- Abre, asimismo, la interpretación de la Constitución al pluralismo social y político.
- Propicia la integración pragmática de elementos teóricos, sin posibilidad de

amarrarse a una teoría o Escuela, así como de sensibilidades sociales divergentes a través del proceso constitucional.

- Abre al tribunal constitucional a la sociedad y también hace que ésta se sienta oída y representada en el tribunal constitucional. Como lo expresa Häberle, el TCF guía a la sociedad de manera creciente por medio de su copiosa jurisprudencia (por ej., sobre el “efecto frente a terceros” y la objetivización de los derechos fundamentales), la estructura y la transforma, a su manera, en una parte de la “sociedad constituida”. Justamente a causa de esta relación con la sociedad se ve en la necesidad de llevar en su derecho procesal a la sociedad ante su foro: así puede comprobarse en la praxis de información y participación pluralistas, sobre todo, en los “grandes procesos” [como en el proceso del *numerus clausus*: BVerfGE 33,303 (318 y ss.)], pero también en procesos mas pequeños. Llevado al extremo puede formularse: el TCF gana un poco el carácter de un “tribunal de (toda) la sociedad” de un tipo especial. Pierde en la tradicional estatalidad en la medida en que es un factor en el proceso de constitución de la sociedad. Es un “tribunal constitucional” más allá de la separación del Estado y la sociedad, de los tribunales estatales y “sociales” (como los llamados tribunales deportivos). El TCF se toma en serio a la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”: no sólo procedimentalmente, es decir, en el DPC, sino también materialmente, en su interpretación constitucional, en la que se hace eco de manifestaciones del Gobierno federal (por ej., declaraciones gubernamentales), de la propia comprensión de las confesiones religiosas [BVerfGE 42, 312 (331); 46, 73 (95) o 83, 341 (356)] o de argumentos de una asociación como la Confederación “libertad de ciencia” o de una institución como el Consejo de la Ciencia [cfr. BVerfGE 47,327 (384 y ss.)]. Con ello, “penetra” el Tribunal en el ámbito de la sociedad, asume ideas e intereses de ese ámbito, los “oye” y los transforma por medio de su interpretación constitucional abierta. Por esta vía tiene que apoyarse en la doctrina científica. EE.UU. se abre a la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales”; se transforma en su “médium”, sobre todo allí donde el Parlamento ha fallado. Hay un cierto efecto recíproco: cuanto más interviene el TCF en el proceso de conducción de la sociedad abierta, tanto más se adhiere la sociedad a él, quiere hacerse escuchar «en Karlsruhe» [sede del TCF]. Hasta qué punto es así, se comprobó en el asunto de la cogestión: casi se percibían (1978) las líneas de fuerza de la opinión pública de la sociedad en la Sala de sesiones (BVerfGE 50, 290).
- Estrecha los vínculos entre la sociedad y la Constitución, así como resalta la importante función de la doctrina científica en el desarrollo y progreso constitucionales.
- Contribuye a asentar y justificar la peculiaridad del DPC.
- Destaca la importancia (limitada) de la autoconcepción (*Selbstverständnis*) en la interpretación de los derechos fundamentales.
- Pone de relieve la existencia de círculos problemáticos y ámbitos de la Constitución material que no llegan al juez constitucional por unas u otras razones y “sin

embargo, la Constitución material ‘vive’ también aquí” (por ejemplo, reglamentos parlamentarios).

- Resalta la necesidad de modular el control de la constitucionalidad según el “primer intérprete” haya sido el legislador democrático, el Ejecutivo (...).
- Explica el valor normativo que la realidad social puede y debe llegar a tener (me parece que, por ejemplo, en materia de derechos fundamentales, por lo general un tribunal constitucional no puede entender el derecho de que se trate de forma divergente a como ese derecho es efectivamente “vivido” por los ciudadanos), etc.

A nuestro modo de ver, para entender bien esta teoría, y valorarla apropiadamente, se hace preciso diferenciar la interpretación en sentido estricto de la Constitución de la interpretación a que se refiere Häberle, que es un concepto mucho más amplio que incluye también la interpretación no técnica, incluso inconsciente, como la que se deriva del modo en que “viven” la Constitución los distintos actores y ciudadanos (“quien ‘vive’ la norma, también la interpreta”, nos dice Häberle, incluso quien es excluido lo hace, como los partidos políticos que sean prohibidos por el TCF). No es, pues, en realidad, una interpretación en sentido técnico-jurídico estricto, sino, más bien, un elemento de la realidad social que ha de ser tenido en cuenta en la interpretación constitucional stricto sensu (la pluralidad de intereses contrapuestos). El propio Häberle hace esta distinción y otras que nos parecen enteramente atinadas y que hay que tomar en cuenta para entender bien su teoría (interpretación por razón del sujeto: a) funciones estatales: el TCF como responsable de la decisión de última instancia, bien que relativizado ello eventualmente por los votos particulares, por un lado; la jurisdicción, el legislador y el ejecutivo; b) los participantes en los procesos correspondientes por los que las funciones estatales deciden; c) el espacio público democrático-pluralista; d) la teoría del Derecho constitucional).

Ello, correctamente entendido, no tiene que conducir a una Constitución diluida, sujeta a permanente cambio, contraria a la igualdad y susceptible de interpretaciones arbitrarias, como pretende Starck (erradamente, a nuestro juicio), pues Häberle no niega que la interpretación jurídicamente vinculante es sólo la del tribunal constitucional (“la responsabilidad permanece en la jurisdicción constitucional como intérprete de ‘última instancia’”, como el “último intérprete ‘competente’ de la Constitución”, dice expresamente Häberle), y no la de los otros órganos, poderes públicos y ciudadanos, quienes actúan más bien, dice Häberle, como intérpretes previos (Vorinterpreten) o intérpretes mediatos que, al vivir la norma, proporcionan un poco de una interpretación previa, y esto no como teoría, sino como una realidad (plural) que no puede pasar por más tiempo ignorada por la ciencia constitucional (son las fuerzas activas del *law in public action*): “Limitar la interpretación constitucional a los intérpretes constitucionales legitimados ‘gremial’ y jurídico-funcionalmente significaría empobrecimiento y autoengaño, sobre todo porque una noción experimental de la ciencia del derecho constitucional como ciencia normativa y de la realidad no puede

renunciar a la fantasía y a la fuerza creativa de los intérpretes ‘no gremiales’ en el proceso de la interpretación constitucional”.

Lo que afirma Häberle es que el modo de entender la Constitución por todos estos ciudadanos, grupos, órganos del Estado, opinión pública, ha de ser tenido necesariamente en cuenta, tendiéndose a una interpretación pluralista (con especial atención a los grupos marginales o más débiles) e integradora, que tome en consideración a todas las generaciones presentes pero también a las futuras, y presupone también, al mismo tiempo, la competencia de cada ciudadano, además, y por supuesto de la doctrina científica también, para juzgar, criticar o censurar esa interpretación del tribunal constitucional.

Nada de ello nos parece francamente que ponga en riesgo de disolución a la Constitución ni conduzca a planteamientos desigualitarios o arbitrarios contrarios a la seguridad jurídica y estabilidad de la jurisprudencia, como defiende Starck, pues el propio Häberle advierte que “la Constitución no es sólo proceso, sino que tiene elementos esenciales de constancia como ‘ordenamiento marco’” y “la interpretación constitucional no debe caer en el remolino de los estados de ánimo momentáneos en la política del día, ni bajo las presiones del espacio público ‘formado’, ‘ordenado’ (¿en vez de pluralista!), como tampoco bajo el ‘dominio de las asociaciones’ (T. Eschenburg)”, por lo que para evitar tales peligros “se requiere, por un lado, de los instrumentos ‘finos’ de la interpretación constitucional racional y pluralista, así como de sus métodos tradicionales; por el otro lado, de la estructuración y organización pluralistas del espacio público”. Tampoco nos parece, en fin, que la autonomía del TCF en la audiencia de expertos, grupos o personalidades, como en general en la forma de procurarse información, le haga entrar, al menos parcialmente, en el proceso político de manera tal que afecte a la larga negativamente a su autoridad, por no ser ello algo propio de un tribunal, sino algo que quiebra, en cierto modo, la diferencia entre el legislador y la jurisdicción constitucional en lo que toca a la ley (Schlaich). La experiencia hasta ahora así lo demuestra.

Más bien, nos parece que lleva razón Häberle cuando sostiene que las constituciones vivas son obra de todos los intérpretes de la sociedad abierta y que puesto que no sólo los intérpretes jurídicos de la Constitución viven las normas, tampoco son los únicos y ni siquiera los intérpretes primarios, y por ello es justo que sean oídos formalmente y tomados en consideración en ciertos casos otros sujetos. Esta tesis no lleva, no tiene que llevar, a nuestro modo de ver, a un cambio continuo de la jurisprudencia constitucional ni a la arbitrariedad, sino sólo a su sensibilidad al cambio social, a las interpretaciones alternativas posibles que proporcionan, o pueden proporcionar (potencialmente), todos los ciudadanos, órganos estatales, tribunales, lo que se hace desde la concepción de la construcción de la Constitución como una tarea a realizar día a día por todos, según el procedimiento de “trial and error”, pues, como dijera Holmes en 1919: “Our Constitution is an experiment, as all life is an experiment”.

Lo que no nos parece asumible de la teoría de Häberle es una de las consecuencias que pretende derivar de ella: la modulación del control de la constitucionalidad en el caso de leyes aprobadas con una amplia participación (social y parlamentaria). Es verdad que Häberle matiza su tesis al sostener que “tratándose de leyes que no son impugnadas en lo fundamental, ello significaría que éstas no deben revisarse con excesivo rigor”. Aun así, nos parece que el hecho de que una ley haya sido aprobada con una mayoría especialmente reforzada o cualificada en el Parlamento (diríamos más: incluso por unanimidad), y tras un debate amplio en la sociedad, es algo que, en principio, ha de tener escaso papel, tanto más cuando de lo que se trate sea justamente de proteger a una minoría o de evitar que se reforme la Constitución por medio de una ley ordinaria y no por el cauce formal para ello establecido, por poner dos casos evidentes en que ese criterio es profundamente inapropiado. Este criterio llevaría, por ejemplo, a que las leyes orgánicas en España (que requieren una mayoría absoluta del Congreso) tendrían que sujetarse a un control constitucional menos estricto y lo mismo sucedería, con mayor razón, respecto de las reformas constitucionales, que por su propia naturaleza requieren la aprobación por una mayoría cualificada cuando menos y, en ocasiones, a través de un procedimiento fuertemente legitimador en términos democráticos, lo cual no nos parece atinado.

3. Interpretación de la Constitución por la jurisdicción constitucional

Häberle considera que los cuatro métodos clásicos de interpretación (literal, histórico, sistemático, teleológico) son aplicables a la interpretación de la Constitución, representando los mismos una “estructura argumentativa flexible” (Brugger), siendo necesario “hacer virtud” de la incierta interrelación entre ellos desde los tiempos de Savigny: “es en el caso particular en el que el juez, a partir de su ‘juicio’, o más precisamente, de un criterio de justicia formado por la experiencia, puede argumentar cómo y por qué prevalece un método sobre otro, o de qué modo varios de ellos ‘sustentan’ un resultado. El pluralismo y la apertura de los cuatro métodos de la interpretación se convierte así en garantía de que se logre la justicia en el tiempo, tomando en cuenta el cambio y la evolución”. También considera indudable que la “materia constitucional” da lugar a una interpretación específica. Häberle sostiene que la comparación constitucional cultural (esto es, que atiende no sólo al texto, sino también al contexto cultural) es un “quinto” método hermenéutico y ello sin perjuicio de que pueda funcionar como mero anexo a los cuatro métodos, sin autonomía.

Por otro lado, Häberle también enuncia, en línea con la doctrina alemana (ya desde 1961), una serie de principios específicos de la interpretación constitucional, que no sustituyen a los métodos antes referidos, sino que están vinculados a ellos: unidad de la Constitución, concordancia práctica, interpretación conforme a la Constitución, corrección funcional. Pero añade dos de propia cosecha: la interpretación favorable a

Europa y al derecho internacional y la comparación constitucional, que tendría como subprincipio aplicado especial al principio de la “hermenéutica común europea” o de la “hermenéutica común iberoamericana”.

También sugiere Häberle la existencia de un límite a la interpretación constitucional consistente en la interpretación de la Constitución “conforme a la ley”. Se trata de una tesis polémica, pero creo que, más allá de su controvertible formulación, puede aceptarse en tanto que no pretende, en realidad, ignorar la supremacía constitucional, que conlleva que es la ley en todo caso la que tiene que interpretarse conforme a la Constitución, sino expresar condensadamente otra idea, en el fondo ligada a la pretensión democratizadora de todo el pensamiento háberliano: la de que el legislador también contribuye, como todos los órganos constitucionales y judiciales, al desarrollo a lo largo del tiempo del derecho constitucional, aunque sea “desde abajo”; o, dicho de otro modo, al interpretar la Constitución con respecto a una ley, es inevitable que se produzca una interacción recíproca y que la segunda también influya en la primera y no sólo a la inversa. Así, por ejemplo, nos dice Häberle, “la evolución del derecho privado influye, a mediano plazo, en la imagen que la Constitución se hace del ‘derecho privado’, independientemente de su ‘supremacía’”. Cada rama del Derecho tiene estructuras y lineamientos propios, sus “propria”, y el derecho constitucional no puede anularlos desde arriba o desde el lado.

4. Derecho procesal constitucional como Derecho constitucional concretizado: su singularidad

Häberle transfiere la apertura y dinámica de la Constitución material que él defiende al derecho procesal constitucional (DPC, en adelante), de manera que la estructura de éste se tiene que abrir a la estructura abierta y pluralista de la Constitución, expresión del paradigma de la “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución”. Así, Häberle defiende la tesis de la peculiaridad del DPC, entendiendo por tal la autonomía o emancipación frente a las otras regulaciones procesales, sus principios procedimentales generales y sus regulaciones especiales. Esta peculiaridad es consecuencia de la especificidad de la interpretación constitucional. Para ello se basa en que el TCF reconoce la autonomía del DPC, lo que no empuja al recurso a las disposiciones o principios del derecho procesal administrativo, civil, etc., pero siempre matizado por la necesaria atención a las “especialidades del procedimiento” ante el TCF y teniendo en cuenta la posibilidad de un “desarrollo judicial del derecho procesal” por el Tribunal. Éste también ha reconocido la necesidad de una interpretación de conjunto de las concretas disposiciones de DPC y, además, allí donde se requería “judicial activism” el TCF ha ampliado el material normativo procesal. El DPC hay que examinarlo siempre a la luz de una interpretación específicamente jurídico-constitucional y, en este sentido, es derecho constitucional concretizado; “un tribunal constitucional debería vivir según sus propias reglas de actuación, adaptadas a sus funciones especiales y puede incluso crearlas en parte. Si se busca comparativamente

en procedimientos judiciales civiles o administrativos o en el código procesal penal, ello es sólo porque se quiere llegar a saber de las experiencias, los conocimientos, las tradiciones de los otros tribunales. Pero lo totalmente específico de una Constitución y su (“penúltima”, nunca auténtica) interpretación por un tribunal constitucional debe, sin embargo, elaborarse según lo propio de las funciones del tribunal constitucional. Ello vale para todos sus procedimientos de hallazgo de la verdad y de búsqueda de la justicia, también para su concretización del bien común”. En el mismo prólogo de esta obra, dice Häberle que “los principios y métodos de la interpretación del DPC deben aplicarse de modo específicamente jurídico-constitucional y unitariamente; las analogías con los restantes códigos procesales, como el Código Procesal Civil o el Código Procesal Penal son admisibles sólo con cautelas y no sin más; el Tribunal Constitucional Federal alemán trabaja en esta perspectiva no del todo claramente”.

En realidad, esta conexión entre derecho constitucional sustantivo y DPC se deriva también, nos parece, de que el TCF no sólo es tribunal, sino que también es, al mismo tiempo, un órgano constitucional y ese status especial le permite modificar los principios de las leyes procesales comunes a la luz de lo “específico” del DPC, pues la interpretación y concretización de la Constitución en los procedimientos del DPC es parte de la Constitución como proceso público, que impone unas específicas exigencias de racionalidad y aceptabilidad.

El problema de la tesis häberliana es doble:

- a) Uno, de carácter más bien académico y aparente, sobre si el DPC es realmente derecho procesal o derecho constitucional. De entrada, la respuesta puede parecer clara en el sentido de que es derecho procesal, como su propio nombre indica y se deriva de la realidad de que su objeto lo constituyen los procesos específicos para pretensiones específicamente constitucionales y de los que conoce, por lo general, un tribunal constitucional. Creo que, bien interpretado, Häberle no niega esto, aunque pueda parecer lo contrario o así se lo haya interpretado. Lo que Häberle dice realmente no es que el DPC no sea derecho procesal, sino que, siéndolo, es también una concretización del derecho constitucional como derecho sustantivo, y destaca la necesidad de interpretar el DPC materialmente atendiendo al derecho constitucional sustantivo y las especificidades de su hermenéutica, y en ello sigue Häberle la línea de otro autor que, años antes, había defendido la tesis del “Derecho procesal penal como Derecho constitucional concretizado” (Sax, 1959), y es que en realidad el DPC es derecho constitucional concretizado como lo es todo derecho procesal, si bien con un grado considerablemente mayor en el caso del DPC, obviamente, por su vinculación directa con la materia constitucional y su hermenéutica tan específica.
- b) El otro problema es el de si no es demasiada la flexibilidad en el manejo por el TCF de su DPC a que conduce la tesis de Häberle. En realidad, Häberle

parece otorgar más peso, dentro de la doble naturaleza del TCF, a su carácter de órgano constitucional que a su carácter de Tribunal. Esto lo decimos porque normalmente los órganos constitucionales ven reguladas en la Ley Fundamental su constitución, organización, competencias y procedimiento y en todo lo demás se les da autonomía sin necesidad de la interpositio legislatoris. Esto no ocurre, sin embargo, justamente en el caso del TCF, pues la LF establece que una Ley regulará su constitución (esto es, organización) y procedimiento, pues esto no se regula en la Constitución y, teniendo en cuenta que cuanto mayor es el poder de un órgano parece que mayor es la necesidad de una regulación dotada de certeza de sus competencias, organización, etc., parece cuestionable que haya de dejarse tanta libertad configuradora al TCF para moldear su DPC como la que defiende Häberle.

Desde luego que la circunstancia de que el TCF aplique derecho constitucional es muy relevante y esa peculiaridad de la “materia” derecho constitucional tiene que llevar, junto al carácter de órgano constitucional del TCF, a reconocer especificidad al DPC frente al restante derecho procesal, y su condicionamiento especialmente intenso por el correspondiente derecho sustantivo, y a reconocerle también una autonomía especial, pero ello ha de conocer unos límites, pues precisamente en este campo es necesario dotar de certeza y seguridad jurídica a los ciudadanos y actores políticos, tanto más si se tiene presente que el TCF no está sujeto a control formal alguno más que su propio criterio (ya se sabe, la eterna cuestión: “quid custodiat custodes?”); y no por otro motivo, con carácter excepcional, a este órgano constitucional no se le da una autonomía plena en la Constitución, sino que se prevé el concurso necesario del legislador para regular su organización y procedimientos, y es que, aparte de órgano constitucional, es también un tribunal, lo cual exige la existencia de un procedimiento reglado, y reglado con principios claros y conocidos previamente, por más que su actuación haya de ser más libre y autónoma que la de los otros tribunales (pero sin llegar a la “soberanía” autoorganizativa de los otros órganos constitucionales).

Por ello, la tesis de Häberle puede ser cuestionable, aunque ello dependerá de sus consecuencias concretas, algo que aquí no podemos entrar a valorar, si bien es preciso señalar que también Häberle reconoce aquí límites y hasta, acaso paradójicamente, critica que, en contra de lo que dice la LTCF, la celebración de vistas orales no sea la “regla general”. Lo que, desde luego, nos parece poco atinado, más allá de la fórmula iconoclasta, es que el TCF se autocalifique como “Señor del proceso” o “Señor de la ejecución”, pues ni lo es ni debe serlo, sino que la única “Señora del proceso”, en todo caso, ha de serlo la Constitución (Kotzur).

Ello no impide, desde luego, reconocer la autonomía relativa del TCF en materia procedimental, debido a la especialidad y singularidad derivada del derecho sustantivo a aplicar. Así, el artículo 35 LTCF, establece que éste “puede precisar en su resolución quién ha de ejecutarla; puede también, en casos concretos, indicar la forma y modo

de ejecución” y el Tribunal, al interpretar esta disposición, parte de que la expresión “ejecución” tiene un significado mucho más amplio que en el derecho procesal civil. El artículo 35, llega a decir el TCF, hace a éste el “dueño y señor de la ejecución” y le deja entera libertad para establecer los requisitos necesarios para que ésta, en cada ocasión, se lleve a cabo del modo más apropiado, más rápido, más conveniente, más sencillo y más eficaz. Al amparo de este artículo, por ejemplo, el TCF ha fijado incluso una normativa de aplicación transitoria en tanto no se apruebe por el legislador una nueva regulación plenamente conforme con las exigencias constitucionales. Desde luego que la interpretación del TCF de este artículo tiende a darle una enorme libertad en materia de ejecución, pero ello no le convierte, a nuestro entender, en “Señor de la ejecución”, pues su discrecionalidad tiene límites, y sobre todo uno: la regulación dispositiva de la LTCF puede reformarse por el legislador por otra más precisa o simplemente imperativa, aunque, lógicamente, también entonces el legislador tiene límites. Ello es también otra razón disuasoria, que se suma a la propia prudencia natural del TCF en el ejercicio de sus competencias, para que el Tribunal no haga un uso desmedido o irrazonable de esa discrecionalidad, desde luego no con carácter general. Esta conclusión puede ser generalizada, a nuestro modo de ver, para otros aspectos de la autonomía del TCF.

5. Jurisdicción constitucional y derecho comparado

Es sabido que Häberle defiende la existencia de un quinto método hermenéutico, que sería el método iuscomparado, cuestión del mayor interés en la que no podemos aquí entrar. Lo que interesa es la relación de ello con la jurisdicción constitucional en su pensamiento. Al respecto, se muestra crítico con el muy escaso uso que hace la jurisprudencia del TCF del derecho comparado, si bien algunos votos particulares sí lo emplean, con finalidad legitimadora en ocasiones. Ello contrasta con la experiencia de otros tribunales constitucionales, como el español o el italiano. También critica lo poco que se toma en cuenta al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En realidad, a nuestro juicio, el carácter “introvertido”, poco dado al empleo del derecho comparado (al menos, en contraste con otros países), es algo propio también de la doctrina constitucional alemana en general. Ello puede tener explicación en el elevado desarrollo que esa doctrina, como también la jurisprudencia del TCF, han alcanzado, pero, aun con todo, ello nos parece muy empobrecedor, y manifestación de una autocomplacencia y “soberbia doctrinal” que, a la postre, es negativa. Häberle es, en este sentido, más bien una excepción.

Por otra parte, aunque quizá no sea fácil demostrarlo (sería interesante una investigación al respecto), no pocas de las elaboraciones de la doctrina alemana en materia de derecho constitucional son, sin desconocer su originalidad indiscutible, en gran medida resultado de la “racionalización” de la doctrina y la jurisprudencia constitucional norteamericana, como lo es, por otra parte y para empezar, la

jurisdicción constitucional concentrada, que además se aproxima cada vez más al modelo norteamericano, al asumirse en Europa también el concepto norteamericano de Constitución, con el que el sistema kelseniano puro de jurisdicción constitucional difícilmente podía encajar. Ello ni se reconoce ni es muchas veces fácilmente reconocible, pero es así. Ello explica también, en parte y junto a otras razones, que el principal modelo empleado de derecho comparado en la doctrina y jurisprudencia alemanas sea el norteamericano (no olvidemos, que el proceso constituyente alemán estuvo directamente tutelado, aunque no impuesto, ante todo por los norteamericanos, vencedores en la Guerra). Pero, sin desconocer su enorme trascendencia, no podemos compartir esta limitación del empleo del derecho comparado al caso norteamericano, que al final redundaría en perjuicio de un (posible) mayor desarrollo de la propia doctrina y jurisprudencia, que no debería verse limitado por ningún tipo de sentida “autarquía constitucional” o “autosuficiencia” doctrinal. También en otros países, europeos y latinoamericanos, hay experiencias que han de conocerse para aprender en “carne ajena”, que siempre “duele” menos, lo experimentado por otros.

6. El concepto de tribunal constitucional

El tribunal constitucional es, para Häberle, una institución judicial, autónoma de los otros órganos constitucionales y estatales, y dotada de determinadas competencias y funciones a través de las que hace valer la Constitución, entendida ésta no sólo como una ordenación jurídica para juristas a interpretar por éstos según reglas artísticas nuevas y viejas, sino que actúa esencialmente también como guía para profanos en derecho, para los ciudadanos; no sólo se la concibe como un texto jurídico o recopilación normativa de reglas, sino también como expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio de autorrepresentación del pueblo, reflejo de su herencia cultural (por ejemplo, la “memoria colectiva”) y fundamento de sus esperanzas. El tribunal constitucional es la coronación del Estado constitucional contemporáneo, si bien no necesariamente todo Estado constitucional tiene que tener un tribunal constitucional ni siquiera otros institutos anexos como el Ombudsman.

Sus rasgos serían los siguientes: a) es un órgano constitucional; b) goza de legitimación democrática (lo que lleva a rechazar el modelo de cooptación); c) está presidido por la publicidad en su actuación; d) desarrolla una actividad jurisprudencial, esto es: aplicativa de la ley y el derecho, racional; e) tiene un estándar común mínimo de competencias y funciones; f) entre sus funciones están: la garantía evolutiva de los derechos fundamentales en el contexto de los Pactos internacionales y regionales de Derechos Humanos; la protección de la democracia y el Estado de Derecho, en especial de la “primacía de la Constitución”, no sólo, pero sí especialmente en la forma del control normativo, preventivo o represivo, abstracto o concreto; la garantía del equilibrio de poderes como aseguramiento de la “separación de los poderes del Estado”; la garantía del pluralismo y con ello de la protección de las minorías de todo tipo; la inserción pacífica del Estado constitucional nacional en Comunidades de

responsabilidad regionales e internacionales; la “actualización” cautelosa, literalmente así entendida, de la Constitución; g) tiene que trabajar un consenso básico permanente en la sociedad, participar en el “continuar escribiendo” el contrato social de una comunidad política día a día.

Por nuestra parte, en otro momento y lugar, hemos ensayado, con ocasión de analizar si la Suprema Corte mexicana es o no un verdadero tribunal constitucional, y partiendo inicialmente del conocido planteamiento de Favoreu, un cierto concepto de tribunal constitucional, tarea ardua y que hoy realmente no puede abordarse a fondo sino sólo por aproximación, pues, como bien dice Häberle, hasta hoy se carece, también en Alemania, de una teoría constitucional de la jurisdicción constitucional, y las experiencias existentes en los diversos países son muy ricas, variadas y casi inabarcables, lo que dificulta toda conceptualización global teórico-constitucional de la institución “tribunal constitucional”. La exposición de Häberle no pretende, por ello, nos parece, dar un concepto acabado de tribunal constitucional. Más bien, arroja una serie de ideas-clave de gran valor sobre la jurisdicción constitucional autónoma que pueden servir para trabajar este tema teórico-constitucionalmente, pero no ofrece un concepto acabado de tribunal constitucional. Es más, el propio Häberle unas veces distingue con claridad, cuando menos organizatoriamente, entre los tribunales que constituyen una jurisdicción constitucional autónoma y otros como la Corte Suprema de los EE.UU., pero otras veces no duda en considerar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como verdaderos tribunales constitucionales o incluso a todos los tribunales ordinarios, aun donde, como Alemania o España, estos no tienen ninguna facultad para dejar de aplicar una norma inconstitucional a un caso concreto.

Desde nuestro punto de vista, lo primero para que pueda hablarse de tribunal constitucional en sentido estricto es que tiene que existir una Constitución que dicho tribunal aplique, lo que no es el caso ni del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ni del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ahora al menos (a lo sumo, aplicarían “fragmentos de Constitución”); en segundo, lugar, ese tribunal tiene que ser un órgano jurisdiccional (que ejerza una verdadera jurisdicción, por tanto) y también un órgano constitucional, dotado de autonomía frente a los otros órganos constitucionales y estatales; en tercer lugar, sus magistrados han de ser juristas (en su mayoría, cuando menos) y designados, mayoritariamente al menos, por autoridades políticas con una legitimación democrática directa o indirecta clara; en cuarto lugar, tiene que tener determinadas competencias a través de las cuales pueda llevar a cabo un control judicial constitucional de cierto alcance en el país o región donde opere; en quinto lugar, y este elemento no se daría en México con respecto de la Suprema Corte de Justicia a nuestro modo de ver, su labor central tiene que ser, con toda claridad, el ejercicio de competencias constitucionales, y sólo puede tener atribuidas competencias no constitucionales en atención a su elevada relevancia política, sin que ello pueda significar en cualquier caso que el Tribunal deje de centrarse en las competencias

contencioso-constitucionales, ya que, como Häberle dice en el prólogo a este libro, un exceso de competencias no jurídico-constitucionales pone en cuestión la condición como tribunal constitucional de un órgano de la constitucionalidad.

Este es un concepto estricto de tribunal constitucional, que nos parece que es el único realmente útil. Ahora bien, ello no impide considerar, desde una perspectiva completamente material, que todo tribunal que aplica la Constitución es un tribunal constitucional, y en este sentido cabría considerar como tal tanto al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como, en definitiva, a todos los tribunales ordinarios, vinculados por la Constitución como norma y por su primacía normativa en todo tipo de litigios. Pero conviene precisar cuándo se utiliza este concepto material *latu sensu* de tribunal constitucional y no el concepto estricto, que es el empleado habitualmente por la doctrina constitucionalista, por más que falte hasta ahora una teorización constitucional sobre esta categoría y hasta una conceptualización de la misma, tarea de enorme complejidad ante la riquísima variedad que nos ofrece el derecho comparado, prácticamente inabarcable y que crece casi día a día. Si esta tarea comienza a emprenderse, parece que todas las ideas y matizaciones de Häberle deberán ser tenidas muy en cuenta.

7. Elección de los jueces constitucionales

Häberle reconoce que estamos ante un aspecto muy sensible de la jurisdicción constitucional, pues el interés de las distintas fuerzas políticas en influir en el Tribunal Constitucional por medio de la elección de sus miembros es mayúsculo, tanto más cuanto más amplia sea su jurisdicción: “Cuantas más competencias escritas o tácitas asume ésta, tanto más pretenden tener influencia en la elección de los jueces determinadas fuerzas políticas de la sociedad abierta. Puesto que, en Alemania, el TCF se ha ganado, a base de esfuerzo, un lugar tan central en el conjunto del sistema del ‘Estado y la sociedad’, ‘Constitución y contrato social’ y también frecuentemente la política de Bonn descarga, de excesivo buen grado, sus problemas en Karlsruhe [sede del TCF], la discusión sobre la elección de los jueces constitucionales de la Federación debería conducirse más franca y abiertamente que hasta ahora”. Critica el dominio de los partidos políticos, en concreto los dos mayoritarios, en la elección de los jueces constitucionales en Alemania. Se opera conforme a la regla del “do ut des” sin pudor alguno, incluso públicamente. Por ello, cree necesario ensayar modelos alternativos.

En este sentido, alude Häberle al audaz ensayo de la Constitución de Brandenburgo (1992): “su artículo 112, apartado 4, frase 4ª prevé ‘una audiencia, antes de la elección, en una Comisión a determinar por el Parlamento del Land’. Previamente, la frase 2ª del mismo precepto exige, con relación a la elección, ‘esforzarse para que las fuerzas políticas del Land estén representadas de manera proporcionada con las propuestas’: un intento, digno de aplauso, de ‘pluralizar’ el terreno de la elección de los jueces constitucionales”. Häberle es muy partidario de estas audiencias previas o hearings

de los candidatos a juez constitucional, que se llevan a cabo en Estados Unidos en el Senado y que en realidad él ya propusiera en Bonn en 1971. Considera que se trata de una práctica acertada, si bien conlleva también, ciertamente, peligros y hasta ahora sólo el Partido de los “Verdes” ha aceptado esta posibilidad, desde luego sin éxito. Häberle, en fin, también valora muy positivamente la elección de parte de los magistrados constitucionales por parte del Presidente del Estado, como en Italia y otros países que han seguido este modelo (Lituania, Bulgaria, Rumanía), así como la intervención en la elección de las “supreme magistrature ordinaria ed amministrativa” en Italia; y también considera, en fin, que en los estados descentralizados, debe permitirse a las regiones, Estados federados o Comunidades Autónomas participar en la elección de los jueces constitucionales.

Sea como sea, Häberle, aun reconociendo que hasta ahora todos los jueces (y Presidentes) del TCF alemán se han mostrado tras su elección independientes respecto del partido que los eligió, considera que debería tenderse a la elección de los jueces constitucionales del espectro de todos los partidos e incluso debe irse más allá de éstos con la elección en mayor medida de candidatos absolutamente neutrales, como, ejemplarmente, su maestro K. Hesse, 1975-1987 (el último de todos hasta ahora, si bien en los primeros tiempos hubo algunos más). Así pues, se inserta de un modo efectivo al pluralismo en el proceso constitucional (y ese pluralismo ejerce una influencia sobre él). Ello, dice nuestro autor, es presupuesto para un timonaje de la sociedad por parte del tribunal constitucional. También se muestra clara y expresamente reacio, en contra de lo defendido por otros autores, a que la mayoría de los magistrados constitucionales sean profesores universitarios; es más, lo rechaza porque, como dice en el prólogo de esta obra, los académicos “pueden trabajar demasiado teóricamente y obstaculizar la ‘pragmática integración de elementos teóricos’, porque quieren, ‘egocéntricamente’, contribuir al éxito, sobre todo, de sus propias teorías”. Más bien, se muestra propicio a un equilibrio y a una composición plural también en este aspecto.

8. Jurisdicción constitucional y proceso político-democrático

Para cualquier conocedor de la jurisdicción constitucional en Estados Unidos y en Alemania hay algo que nos parece que salta a la vista y es que se trata no sólo de modelos estructuralmente contrapuestos de control constitucional: el difuso y el concentrado (por más que se haya producido una progresiva aproximación entre ellos, especialmente del segundo al primero), sino que, además, jugando tanto el TCF alemán como la Corte Suprema norteamericana un rol absolutamente central en sus respectivos sistemas políticos, una y otra Corte desempeñan su papel de forma completamente diferente, pudiendo decirse que, en términos generales, hay una mayor confianza en el derecho (constitucional) en la praxis del TCF alemán, mientras que la Corte Suprema de los EE.UU. confía más en el proceso político democrático, dejando así al legislador de cada momento la actualización de la Constitución y ello según se plasma en su jurisprudencia (o en su ausencia: el self-restraint).

Pues bien, Häberle, lejos de la autocomplacencia con el elevado rol jugado por el TCF hasta ahora, también advierte de un riesgo: el de que la amplia jurisdicción ejercitada por el TCF pueda llegar a esconder una desconfianza apolítica contra la democracia y una confianza desproporcionadamente grande en la jurisprudencia. El pensamiento alemán sobre la jurisdicción constitucional, dice Häberle, no puede tornarse en falta de fe en la democracia, pues la tarea de garantizar y actualizar la Constitución, el contrato social, es tarea de todos, y no sólo del tribunal constitucional ya que no sólo éste, sino todos nosotros, somos guardianes de la Constitución; rechaza Häberle la ideología que lleva a hablar de un guardián de la Constitución, como también rechaza la calificación de un tribunal constitucional como intérprete “auténtico” de la Constitución. Dicho de otro modo, dice nuestro autor, la relación hoy positiva con la jurisdicción constitucional no debería absolutizarse; no puede tener, a modo de correspondencia reflejada en un espejo, una relación negativa con el pluralismo de intereses, con las —necesarias— limitadas situaciones de conflicto, con los propios resultados del proceso abierto político-democrático ni recrudecerse en una no-relación o no entendimiento, como no pocas veces “las bellas letras”. Y añade: esta consideración remite a la pluralidad de tareas que quedan por hacer al político, al empresario, al educador, al literato republicano, al ciudadano, a todos nosotros por relación con nuestro orden de libertad, sin privar con ello a la jurisdicción constitucional de nada de su brillo. Debe evitarse, dice Häberle, el riesgo de “echar a perder” la cultura político-democrática desde la justicia del Estado de Derecho, lo que conlleva en todo caso límites para los tribunales constitucionales respecto al legislador, especialmente si, como en Alemania, se han producido ya construcciones muy relevantes desarrolladas durante décadas.

9. Rechazo del positivismo jurisprudencial: la jurisprudencia constitucional no es un texto bíblico

Häberle no comparte la tesis de Alexy de que la “perspectiva judicial” sea la perspectiva que primariamente caracteriza a la ciencia del derecho, pues con ello no sólo se olvidan las importantes dimensiones de la teoría de la legislación y de la administración y en conjunto de la política constitucional (la teoría constitucional también debe reflexionar sobre las posibilidades que tiene el constituyente), sino que ni siquiera al tribunal constitucional se le presta el mejor servicio con esta atadura a Karlsruhe (sede de dicho Tribunal), Karlsruhe locuta, causa finita.

A Häberle le parece también cuestionable que la jurisprudencia constitucional haya de ser el “material más importante” para una teoría constitucional. Más bien, la ciencia del derecho, si quiere preservar su función crítica y sugestiva, debe guardar mucha distancia respecto al tribunal constitucional. No todas las cuestiones constitucionales (relativas a los derechos fundamentales, pero su razonamiento parece extensible a todas las cuestiones constitucionales) son decididas por el tribunal constitucional y si no fuese la teoría constitucional una y otra vez “a contracorriente”, no sería otra cosa en realidad que un (post)glosador epigonal de dicho tribunal; también debería ponerse en

cuestión una y otra vez, dice nuestro autor, la eventual “jurisprudencia constante” (y los propios votos particulares como “jurisprudencia alternativa” pueden jugar algún papel al respecto) y la ciencia ha de mantener su función autónoma, aunque desde luego considera Häberle que en la actualidad dicha función está demasiado poco valorada.

Critica nuestro autor el hecho de que parte significativa de los autores alemanes se tomen “tan en serio cada frase principal o secundaria de una sentencia como un texto bíblico”, pues la doctrina ha de tomar en cuenta dicha jurisprudencia, por supuesto, pero es preciso ejercer la crítica a fondo a la misma y a las sentencias particulares, empleando tanta fantasía creativa como sea posible y haciendo uso del derecho comparado. Es más, dice Häberle, las sentencias del correspondiente tribunal constitucional “sólo formalmente son la ‘última palabra’. Materialmente, la opinión científica y la opinión pública general, sobre todo en la Europa de hoy, son las que dicen la ‘última palabra’, o mejor, la ‘penúltima palabra’”.

Lo más importante es que Häberle no sólo defiende esto, por así decirlo, “teóricamente”, sino que a esta concepción responde toda la producción científica de Häberle como uno de sus rasgos más significativos, a mi juicio. Häberle no sólo no es un positivista jurisprudencial (aun con su defensa de un “derecho constitucional sin derecho natural”), por más que ello hoy le haga aparecer como un raro avis en el panorama doctrinal constitucional europeo e incluso alemán, sino que justamente lo que no cabe esperar en su obra, en ningún caso, es una de esas habituales, y frecuentemente meritorias, exposiciones de regulaciones positivas y asertos jurisprudenciales (que a veces ni siquiera se identifican como tales), ni siquiera cabe esperar un puro y simple comentario al respecto, sino que su obra constituye siempre una reflexión que va mucho más allá, que llega hasta el fondo de la cuestión, y la inserta en un contexto teórico-constitucional más amplio interrelacionándola con el resto del sistema constitucional, en ocasiones sólo con fórmulas condensadas y metafóricas no fácilmente asimilables, de las que tanto gusta Häberle.

10. Control normativo abstracto

Häberle se muestra escéptico, especialmente en los últimos tiempos, respecto de esta competencia; considera que no hay que atribuirle carácter modélico o paradigmático y entiende que esta atribución hace entrar al tribunal constitucional muy a fondo en el proceso político. A su juicio, depende mucho de las particularidades de cada Estado si es conveniente o no atribuir esta competencia al tribunal constitucional, de manera que especialmente las democracias jóvenes deberían actuar con mucha cautela al respecto, por más que en Alemania esté totalmente acreditada esta “competencia abstracta”, hasta el punto de que el propio Häberle, tras reconocer que a través del ejercicio de esta competencia se han dictado por el TCF muy importantes sentencias en todos los ámbitos constitucionales, considera que ello es algo que aboga por el mantenimiento del control abstracto de normas al día de hoy.

A nuestro juicio, es natural que haya cierto escepticismo respecto de esta competencia, que hace llegar al tribunal constitucional en no pocas ocasiones a asuntos de gran calado político y en los que, en realidad y en el fondo, en la mayor parte de las ocasiones, se ha producido una continuación del debate político (y parlamentario) por otra vía, con la gravedad que supone que ello se hace cuando la voluntad popular se ha ya manifestado a través de sus representantes al aprobar la ley que se impugna. Ello es cierto, como también lo es que la eventual nulidad, total o parcial, de la ley impugnada por parte del tribunal constitucional conlleva la nulidad “erga omnes” de una ley frecuentemente de gran importancia política. Pero lo más importante es que, a nuestro modo de ver, la experiencia demuestra que son mayores las ventajas que los inconvenientes que pueden derivarse del control normativo abstracto de la constitucionalidad, lo que desde luego no impide reconocer que la vía idónea para plantear la constitucionalidad de una norma es la vía del control concreto, pues dicha vía permite apreciar la aplicación de la ley y no juzgarla “en el vacío” y, sobre todo, priva a la cuestión sobre la constitucionalidad de una buena parte de su carga política. Se trata de un instrumento procesal a través del cual se permite al tribunal constitucional poner fin a conflictos políticos que de otro modo se habrían enconado en la sociedad y la vida política, o en el mejor de los casos, quedarían como un león durmiente que puede en cualquier momento convertirse en una verdadera carga de profundidad; y ello se logra por medio de la aceptación por ambas partes contendientes, aunque sea “a regañadientes”, de la sentencia constitucional, lo que es la experiencia general de todos los países donde el control abstracto funciona de manera consolidada.

Es más, con frecuencia, como es tan propio de los políticos, ambas partes tratarán de ver en la sentencia (o, cuando menos, en algún voto particular) un respaldo a sus propias posiciones (en la medida en que ello sea posible), y frecuentemente no sin base para ello, al dar la sentencia objetivamente una parte de la razón a cada una de las partes, aparte de que en no pocas ocasiones cuando el tribunal dicta la sentencia la polémica política ya está más apagada y/o la mayoría que aprobó la ley es ahora minoría y a la inversa. A veces, incluso, se transfiere al TCF una cuestión que no se ha sabido o querido resolver claramente en el Parlamento, buscando que el Tribunal dé una solución apropiada aceptable para todos. Así, la hasta hace no mucho Presidenta del TCF ha llegado a apreciar, no sin razón, que “Die Politik versteck sich gern hinter dem BVerfG” (2000) (“La política se esconde encantada detrás del TCF”). Sea como sea, todas las fuerzas políticas y sociales, sin apenas excepciones significativas, acatan, cuando menos, y la mayoría de las veces aceptan positivamente, en ocasiones hasta con exceso, la doctrina sentada por el tribunal constitucional a través del control normativo abstracto o, por lo menos, la parte dispositiva de la sentencia.

Por ello, frente a la antipatía que algunos autores (y hasta algún juez constitucional) también expresan en España frente al control normativo abstracto, y frente al escepticismo moderado de Häberle, defenderíamos una visión más positiva que, sin desconocer los indudables inconvenientes que conlleva este control abstracto, destaca “operatividad

funcional que debe ser preservada en cuanto que permite que las minorías parlamentarias (por lo menos en España) que hayan visto derrotadas sus tesis legislativas puedan acudir al Tribunal Constitucional, no en demanda de la preservación de un interés propio, sino en defensa de lo que entienden como postulados legislativos coherentes con la correcta interpretación de la Norma Suprema” (Fernández Segado).

11. Recurso de amparo

El recurso de amparo, a juicio de Häberle, es una “perla” entre las competencias del tribunal constitucional, y convierte a éste en un “tribunal ciudadano”. Se trata de una competencia central, de extraordinaria importancia, del TCF, atribuida a éste como reacción al sistema totalitario nazi y que ha desempeñado una función integradora muy intensamente respecto de los ciudadanos, estimulando su identificación con el texto constitucional, y ha tenido un efecto pedagógico frente a los poderes públicos. Tiene una función de tutela de derechos subjetivos, pero también de garantía del derecho constitucional objetivo, sirviendo a su interpretación y perfeccionamiento.

Häberle se muestra abiertamente contrario a la adopción en Alemania de un modelo de libre admisión de los casos del tipo del certiorari norteamericano a través de una “dead list”, pues considera que ello dañaría gravemente la cultura política alemana. A su juicio, debido a la función integradora y pedagógica del recurso de amparo y a la tarea de actualización del derecho constitucional por el TCF en cuanto “tribunal ciudadano”, la aproximación al derecho norteamericano no debería llevarse demasiado lejos.

IV. La jurisdicción constitucional en el pensamiento de Konrad

Hesse

1. Konrad Hesse como constitucionalista y como Juez Constitucional

Konrad Hesse no sólo ha sido un teórico constitucional, sino también Juez del TCF alemán durante largos años.

Como teórico, es autor de numerosos estudios de gran relevancia, en los que aporta conceptos hoy generalizadamente aceptados, no ya en Alemania, sino más allá del país teutón. Especialmente valioso, y así se reconoce a escala europea y hasta mundial hoy en día, es su Manual (los “Grundzüge”), que es un Manual que, en contra de lo que se estilaba en Alemania, sí que cabe en una mano y no es preciso levantar casi con una grúa y, sobre todo, como bien ha destacado Häberle, se trata de un Manual de amplio efecto tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, constitucional y ordinaria, y también de relevancia en el derecho comparado, además de que “el Hesse”, que pasa ya de las veinte ediciones y los cien mil ejemplares desde 1967 (entonces era el segundo Lehrbuch sobre la LF, tras el de Maunz y Stein), es un Manual de literatura jurídica “primaria” utilizado en las investigaciones jurídicas más profundas o en otros Manuales, objeto de un sinnúmero de recensiones en múltiples idiomas y países (¡tiene “fuerza normativa” como literatura!, dice Häberle: en muchos casos ha sentado lo que después se ha convertido en “doctrina común”; piénsese en su “fórmula mágica” de la concordancia práctica, por ejemplo); y ello a diferencia de tantos otros Manuales que son, en el mejor de los casos, sólo “literatura secundaria” o hasta terciaria, y apenas se les cita en investigaciones serias.

Es un Manual que, como todo el pensamiento de Hesse, es pragmáticamente integrador (y ello también se le ha criticado), pero al mismo tiempo rigurosamente dogmático, que no doctrinario; y su efecto va más allá de lo doctrinal e incluso de lo jurisprudencial, extendiéndose al proceso político, y transformándose en componente de la “cultura política” bien pronto. Y un dato realmente significativo que Häberle destaca del Manual de su maestro no puede dejar de subrayarse: la autorrestricción disciplinada de Hesse, a lo largo del tiempo, a “lo básico”, renunciando a toda retórica vacía, hasta el punto de que es claramente el único Manual que, a lo largo de las sucesivas ediciones, no engorda, sino que “adelgaza”, quizá nos dice Häberle, la única “coquetería” consciente de Konrad Hesse.

Pero Hesse no sólo es un académico. También ha ejercido como Juez constitucional Federal desde 1975 hasta 1987. Y como bien ha destacado su discípulo Häberle, a la pluma de Hesse como ponente se deben decisiones básicas del TCF, cuyo efecto perdura hasta nuestros días y que han sentado doctrina hoy aceptada de modo generalizado y de gran importancia (como las tres “sentencias sobre la televisión”),

que siguen siendo muy citadas; pero también fue ponente en otras sentencias menos llamativas pero igualmente relevantes. Aparte de ello, el TCF cita con frecuencia los trabajos académicos y el Manual de Hesse, que tiene así impacto doble en la jurisprudencia, en su tarea como juez en su momento y en su labor académica, de modo ya más permanente; en otras ocasiones, se sigue el criterio de K. Hesse sin citarlo expresamente. Únicamente podría “reprochársele” en su tarea jurisdiccional lo extraño que resulta que ni una sola vez haya formulado un voto particular propio, aunque sí haya suscrito los formulados por otros compañeros, pero ello puede deberse, entre otras razones, a su tendencia al acuerdo integrador, de un lado, y también, quizás, de otro lado, puede deberse a que, cuando no ha compartido el criterio de la mayoría de sus colegas, la necesidad de “justificarse” de un juez constitucional que además es constitucionalista con numerosas publicaciones es mucho menor que la de otro Juez constitucional que no ha expresado ya sus propios criterios o planteamientos por escrito como académico.

2. Su pensamiento sobre la justicia constitucional

Aquí vamos a centrarnos en el pensamiento de Konrad Hesse sobre la jurisdicción constitucional. Una idea central en todo su pensamiento es la de la concordancia práctica y la integración de diversos elementos teóricos y ello se proyecta, desde luego, sobre la función y los límites de la jurisdicción constitucional, pues Hesse trata de conjugar, con la mayor precisión posible, de un lado, la función primordial que corresponde al legislador, con su legitimación democrática directa y periódicamente renovada, para regular la convivencia social, y la misión del TCF por otro lado, como salvaguarda última de que las “reglas de juego” son observadas, de que el marco constitucional no se ve excedido, y lo mismo hace respecto de los roles que corresponde también jugar al Ejecutivo y a la jurisdicción ordinaria para aplicar los designios del legislador a los casos particulares y la función de garantía de la estricta observancia de las exigencias constitucionales que corresponde al TCF.

Para Hesse, la jurisprudencia tiene efectos ordenadores, racionalizadores y estabilizadores y, en este sentido, tiene mucho en común con la legislación, pero le falta su elemento político, carece de toda iniciativa y no tiene su legitimación democrática directa, además de que se lleva a cabo a través de un procedimiento especial, con independencia y con una función primaria de garantía de la observancia del derecho. Con todo, existen vínculos entre la jurisprudencia y los otros poderes. La existencia de una jurisdicción constitucional conlleva, en la práctica, una vigencia efectiva y un rol especialmente significado de la Constitución, y con ella de los derechos fundamentales, en la vida estatal y social, pues toda controversia con un punto de conexión con la Constitución puede, en último término, llevarse ante el TCF: “la Constitución escrita adquiere, en la vida de la comunidad, una importancia bastante mayor que en un ordenamiento sin jurisdicción constitucional: el rol que la Constitución juega especialmente en sus derechos fundamentales en la vida de la LF

se basa no en último término en que la cuestión del mantenimiento de las condiciones jurídico-constitucionales puede llevarse siempre a la decisión del TCF”.

Además, a la jurisdicción constitucional corresponde desarrollar el derecho constitucional, concretizarlo, adaptarlo a las cambiantes realidades políticas y sociales, pero ello no es competencia exclusiva suya ni siquiera le corresponde a ella en primer lugar, sino que, más bien, tiene sólo la última palabra, pero también nada menos que eso. Si la jurisprudencia constitucional responde a principios claros y fijos, entonces infunde claridad, seguridad y estabilidad al orden constitucional. Hesse destaca también la fuerte vinculación política de la jurisdicción constitucional, pues el TCF se ve abocado a resolver con frecuencia cuestiones de gran impacto político y a pronunciar, en ocasiones, decisiones de grandes y graves consecuencias políticas y a veces con apoyo sólo en un parámetro constitucional de gran indeterminación material, pues no es posible negar que la jurisprudencia constitucional tiene un ingrediente creador, y no meramente receptor de algo ya existente, notable e innegable. Es más, el TCF tiene, aunque obviamente sólo como órgano controlador y careciendo de toda iniciativa, una participación en la dirección suprema del Estado, pues puede “tumbar” cualesquiera decisiones del Ejecutivo o incluso del Legislativo si son contrarias a la Constitución.

Hesse es consciente de que el punto crucial es no tanto que el TCF entre a decidir sobre conflictos de sustancia política (lo que, en contra de lo sostenido por Schmitt, no ha de llevar la politización de la justicia) cuanto si hay una base constitucional para hacerlo así, lo cual no es fácil siempre de determinar por lo apriorísticamente impreciso o indeterminado de muchos conceptos constitucionales. Justamente por ello, Hesse no acepta el modelo norteamericano de la autorrestricción judicial, pues la Constitución no da discreción al juez constitucional para restringirse o no y en ocasiones el parámetro constitucional material a aplicar puede exigir todo lo contrario precisamente a esa autocontención y a la prudencia, puede exigir más bien una intervención decidida.

El equilibrio a lograr aquí entre el TCF y los poderes ejecutivo y legislativo, y hasta con la jurisdicción ordinaria, no es fácil: “En la relación de igual orden del Tribunal Constitucional y los otros órganos supremos del Estado depende todo de que ambas partes se respeten recíprocamente: no hay otra garantía de su coordinación jurídico-constitucional”. Es especialmente importante que el TCF respete la división constitucional de funciones y no se entrometa en lo que es propio y exclusivo de los otros poderes, formulando Hesse una regla de oro: “Cuanto más dispuesto esté el TCF a respetar el rol del legislador y del Gobierno, y tanto más guarde prudencia en su control, tanto más podrá evitarse el caso conflictivo en el que se niegue acatamiento a sus decisiones y con tanta mayor seguridad se garantiza que no tenga lugar un desplazamiento a favor de la jurisdicción constitucional en la ordenación constitucional de las funciones estatales y de la interacción de los órganos estatales”.

Es al legislador, en primer lugar, al que corresponde conformar la realidad social, también la de los derechos fundamentales. El TCF sólo ha de intervenir a posteriori, sin poder sustituir sin más las valoraciones del legislador por las suyas propias ni restringir las distintas posibilidades que la Constitución autoriza. Y en cuanto a la revisión de los actos de la administración y la jurisprudencia, el control del TCF ha de ser uno específicamente jurídico-constitucional, pues la concretización de las leyes ordinarias es tarea de la administración y los tribunales ordinarios, y al TCF sólo incumbe la concretización de la Constitución, no de las simples leyes.

Desde luego, Hesse reconoce que el alcance del control depende de la interpretación, amplia o estrecha, que se dé a las diversas normas constitucionales, pero ello no significa que no haya límites al control del TCF; éstos son fluidos, flexibles, pero existen y de lo que se trata es de trabajar para definirlos y hacerlos explícitos del modo más preciso posible en función de distintos grupos de problemas y de casos, sin soluciones genéricas inaceptables del tipo de la autocontención judicial.

No puede olvidarse tampoco, en fin, dice Hesse, que el poder del TCF se basa, en último término, en su propia autoridad y en el peso de sus argumentaciones, careciendo de todo brazo armado para imponer su criterio a los otros poderes: “el poder del Tribunal se basa sólo en su reputación y en la fuerza de convicción de sus argumentos”. Esto nos recuerda la frase pronunciada, al parecer, por el Presidente de los Estados Unidos, Sr. Jackson, cuando, al dictar en 1831 el Tribunal Supremo una sentencia en contra sus intereses [*Cherokee Nation v. Georgia* (5 Pet. 1, 1831)], se atrevió a afirmar, con respecto al Presidente de la Corte Suprema Sr. Marshall: “John Marshall ha dictado el fallo y ahora también tendrá que ejecutarlo”. Ello muestra la situación de debilidad fáctica, en cuanto a la fuerza material que la respalda, de la jurisdicción constitucional, que sigue siendo, pese a todo, la “rama menos peligrosa del Estado”. La cuestión estriba en que la jurisdicción constitucional ha de saber hacer de esa debilidad su fuerza a través de un ejercicio no desmedido de su función, con respeto a la tarea básica atribuida por la Constitución a los otros poderes, y a través de una fundamentación constitucional rigurosa y estricta de sus sentencias, verdadera fuente de legitimidad de las mismas, que no son o no pueden ser decisiones desnudas, sino basadas en criterios racionales razonablemente imputables a la Constitución misma. Hesse también defiende una interpretación que atienda a las consecuencias de las decisiones, rechazando así claramente una suerte de “*Fiat Iustitia et pereat mundi*”, pero sin propugnar tampoco una interpretación puramente “consecuencialista”.

Y la fundamentación está íntimamente ligada a la interpretación. Hesse ha estudiado precisamente a fondo las peculiaridades de la interpretación constitucional. Hesse no desconoce ni niega el relevante papel que en la interpretación de la Constitución corresponde a las “reglas tradicionales de interpretación”, pero afirma que éstas no son las únicas aplicables cuando se trata de la hermenéutica constitucional y limitarse a dichas reglas tradicionales supondría desconocer la finalidad de la interpretación

constitucional, que ha de estar vinculada a su objeto (la Constitución) y al problema concreto que se plantee en cada caso (no hay interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos). Partiendo de que la norma constitucional se compone no sólo de un programa normativo, sino también de un ámbito normativo (Müller) como sector concreto de la realidad social a que se refiere la norma y sobre el que ha de operar el mandato o programa normativo, en su interpretación ha de seguirse, dice Hesse, un método tópico, que exige encontrar y probar puntos de vista que, procurados por vía de la inventio, sean sometidos al juego de las opiniones a favor y en contra a fin de fundamentar la decisión de la manera más clarificadora y convincente posible. Pero el método tópico defendido por Hesse es un método tópico no libre, sino sujeto, condicionado y limitado por la norma; un método que no parte de la “primacía del problema” propia del pensamiento tópico estricto, sino que reconoce la “primacía del texto” de la norma constitucional, “límite infranqueable” para el intérprete (Häberle, en cambio, discrepando de su maestro, no considera al texto literal de la norma como límite de la interpretación en todo caso). Por otro lado, el método tópico también ha de ser limitado, a juicio de Hesse, en cuanto que “el derecho constitucional como derecho fundamentador del orden global y concebido como orden de convivencia no debe ser comprendido puntualmente, a partir de un problema aislado, como pueda ocurrir en el derecho privado”.

Y esta interpretación en clave tópica (limitada), ha de llevarse además a cabo conforme a los principios de la hermenéutica constitucional, a los que corresponde la tarea de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema y que serían: el principio de unidad de la Constitución, el principio de concordancia práctica, el principio de corrección funcional, el principio de la eficacia integradora y el principio de la fuerza normativa de la Constitución. La interpretación tópica exige, además, una orientación al problema concreto, y permite llegar a resultados sólidos, racionalmente explicables y controlables, aunque sin la contrastabilidad propia de las ciencias de la naturaleza (pero impropia de las del derecho).

COMENTARIO SOBRE LA EXTRAÑA “ACCIÓN INNOMINADA DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD” EJERCIDA CONTRA LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA DE VENEZUELA

Allan R. Brewer-Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

SUMARIO: Introducción. I.- La protección del ejercicio del derecho político al sufragio por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **II.-** Sobre la “Acción innominada de control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **III.-** El tema de la jerarquía constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos, la negación del poder de los jueces a decidir su aplicación preferente, y el monopolio del control de constitucionalidad asumido por la Sala respecto de las decisiones de la Corte Interamericana. **IV.-** La reiteración de la negación del carácter supraconstitucional de los tratados sobre derechos humanos aún cuando contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la Constitución. **V.-** La interpretación de la Constitución conforme al proyecto político del gobierno y el rechazo a los valores universales sobre derechos humanos. **VI.-** El análisis del tema de fondo sobre las inhabilitaciones políticas impuestas por autoridades administrativas y el rechazo al principio de que las mismas solo pueden ser impuestas por decisión judicial. **VII.-** La ponderación entre la Convención Americana y otros Tratados Internacionales como los relativos a la lucha contra la corrupción. **VIII.-** La denuncia de usurpación contra la Corte Interamericana y la declaración de “inejecución” de su sentencia. **IX.-** La interpretación y aclaración de la sentencia de la Sala Constitucional en forma ex post facto y extra proceso mediante “comunicado de prensa” por parte de la Presidenta de la Sala Constitucional.

Introducción

Una de las características fundamentales de la justicia constitucional, o del derecho procesal constitucional contemporáneo, es que los Tribunales, como garantes de la Constitución, no sólo tienen que estar sometidos, como todos los órganos del Estado, a las propias previsiones de la Constitución, sino que deben ejercer sus competencias

ceñidos a las competencias establecidas en la misma o en las leyes, cuando a ellas remita la Constitución para la determinación de la competencia.

En particular, la competencia de la jurisdicción constitucional en materia de control concentrado de la constitucionalidad siempre ha sido considerada como de derecho estricto que tiene que estar establecida expresamente en la Constitución, y no puede ser deducida por vía de interpretación. Es decir, la jurisdicción constitucional no puede ser creadora de su propia competencia, pues ello desquiciaría los cimientos del Estado de Derecho, convirtiendo al juez constitucional en poder constituyente¹.

En el caso de Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como jurisdicción constitucional, tiene asignadas las competencias que se enumeran en el artículo 336 de la Constitución y en el artículo 25 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, no estando prevista en ninguna de esas normas una supuesta competencia para someter a control de constitucionalidad, mediante el ejercicio ante ella de una acción e incluso de oficio, de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aparte de que ello sería contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos, que es de obligatorio cumplimiento mientras el Estado no la denuncie, es contrario al propio texto de la Constitución venezolana que en su artículo 31 prevé como obligación del propio Estado el adoptar, conforme a los procedimientos establecidos en la Constitución y en la ley, “las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales” de protección de derechos humanos.

Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 1547 de fecha 17 de octubre de 2011 (caso Estado venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos)², procedió al conocer de una “acción innominada de control de constitucionalidad” de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el 1° de septiembre de 2011 (caso Leopoldo López vs. Estado de Venezuela), que no existe en el ordenamiento constitucional venezolano, ejercida por el Procurador General de la República condenado en la sentencia.

Dicha sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo demás, había decidido, conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 32.2), que la restricción al derecho pasivo al sufragio (derecho a ser elegido) que se le había impuesto al Sr. Leopoldo López por la Contraloría General de la República de Venezuela mediante una decisión administrativa, no judicial, era contraria a la Convención, pues dichas restricciones a derechos políticos sólo puede establecerse mediante imposición de una condena dictada mediante sentencia judicial, con las debidas garantías del debido proceso.

1 Véase en general, Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law*, Cambridge University Press, New York 2011.

2 Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>.

En efecto, el derecho político a ser electo del Sr. Leopoldo López le había sido violado por la Contraloría General de la República, al dictar autos de responsabilidad administrativa contra el mismo aplicando el artículo 105 de la ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, imponiéndole mediante actos administrativos la “pena” de inhabilitación política como ex funcionario que es, sancionándolo de manera de restringirle su derecho político al sufragio pasivo que, al contrario, sólo puede ser restringido, acorde con la Constitución (art. 65) y a la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 32.2), mediante sentencia judicial que imponga una condena penal.

En tal virtud, el Sr. López recurrió mediante denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, denunciando su derecho, resultando la decisión de esta última condenando al Estado venezolano por violación de dicho derecho al ejercicio pasivo al sufragio en perjuicio del Sr. Leopoldo López, ordenando la revocatoria de las decisiones de la Contraloría General de la República y de otros órganos del Estado que le impedían ejercer su derecho político a ser electo por la inhabilitación política que le había sido impuesta administrativamente.

Debe decirse que ya la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, con anterioridad, y en franca violación de la Constitución, ya había resuelto en su sentencia N° 1265 de 5 de agosto de 2008³ (caso Ziomara Del Socorro Lucena Guédez vs. Contralor General de la República), que el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no era violatorio de la Constitución ni de la Convención Americana de Derechos Humanos, admitiendo que mediante ley se podían establecer sanciones administrativas de inhabilitación política contra ex funcionarios, impidiéndoles ejercer su derecho político a ser electos, como era el caso de las decisiones dictadas por la Contraloría General de la República.

En todo caso, frente a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de condena al Estado venezolano por violación del derecho político del Sr. Leopoldo López, el Procurador General de la República, como abogado del propio Estado condenado, recurrió ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo solicitándole la revisión judicial por control de constitucionalidad de la misma, de lo cual resultó la sentencia mencionada No. 1547 de 17 de octubre de 2011 de la Sala Constitucional mediante la cual decidió conocer de una “acción innominada de control de la constitucionalidad” de la sentencia de la Corte Interamericana, y declarar que la sentencia dictada por la misma en protección del Sr. López era “inejecutable” en Venezuela, ratificando así la violación de su derecho constitucional a ser electo, y que le impedía ejercer su derecho a ser electo y ejercer funciones públicas representativas.

3 Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>.

Todo esto ha originado una bizarra situación de violación de derechos políticos por parte de los órganos del Estado venezolano, incluyendo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, y de formal desconocimiento de las sentencias dictadas por le Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado, a requerimiento del abogado del propio Estado condenado, y al declararlas como “inejecutables” en el país.

I. La protección del ejercicio del derecho político al sufragio por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En efecto, la Contraloría General de la República de Venezuela, con ocasión de diversas averiguaciones administrativas abiertas contra el Sr. Leopoldo López Mendoza, quien había sido alcalde de uno de los municipios de la capital de la República (Chacao), de conformidad con el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría le impuso diversas sanciones administrativas, y entre ellas, la de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, afectándole en esa forma su derecho constitucional a ser electo para cargos de elección popular.

El Sr. López presentó denuncia de violación de diversos de sus derechos fundamentales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y esta posteriormente presentó formal demanda contra el Estado venezolano, denunciando la violación, entre otros, del derecho de ser elegido del Sr. Leopoldo López, que estimó le había sido inflingido por la Contraloría General de la República al imponerle sanciones de inhabilitación en aplicación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría, y con ocasión de un procedimiento administrativo de averiguaciones administrativas, las cuales le habían impedido a dicho ciudadano registrar su candidatura para cargos de elección popular.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con fecha 1 de septiembre de 2011 dictó sentencia (caso López Mendoza vs. Venezuela) (Fondo, Reparaciones y Costas), en la cual, entre las múltiples violaciones denunciadas, se refirió específicamente a la violación del derecho político a ser electo, para lo cual pasó a determinar:

“si las sanciones de inhabilitación impuestas al señor López Mendoza por decisión de un órgano administrativo y la consiguiente imposibilidad de que registrara su candidatura para cargos de elección popular” eran o no compatibles con la Convención Americana de derechos Humanos” (Párr. 104).

A tal efecto, la Corte Interamericana constató que el artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad:

- “i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos;
- ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores, y;
- iii) a acceder a las funciones públicas de su país” (Párr. 106).

Estos derechos, como todos los que consagra la Convención, es bueno recordarlo, al decir de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela, conforman:

“una declaración de principios, derechos y deberes de corte clásico que da preeminencia a los derechos individuales, civiles y políticos dentro de un régimen de democracia formal. Obviamente, como tal, es un texto que contiene una enumeración de libertades de corte liberal que son valiosas para garantizar un régimen que se oponga a las dictaduras que han azotado nuestros países iberoamericanos desde su independencia”⁴.

Por otra parte, la Corte Interamericana precisó que en artículo 23.2 de la Convención es el que determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos antes indicados reconocidos en el artículo 23.1, así como, en su caso, los requisitos que deben cumplirse para que proceda tal restricción.

Ahora bien, en el caso sometido a su consideración, que se refería “a una restricción impuesta por vía de sanción,” la CIDH consideró que debería tratarse de una “condena, por juez competente, en proceso penal”, estimando que en el caso:

“ninguno de esos requisitos se ha cumplido, pues el órgano que impuso dichas sanciones no era un “juez competente”, no hubo “condena” y las sanciones no se aplicaron como resultado de un “proceso penal,” en el que tendrían que haberse respetado las garantías judiciales consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana” (Párr. 107).

La Corte Interamericana, en su decisión, reiteró su criterio de que “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos

4 Véase sentencia N° 1265/2008 dictada el 5 de agosto de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>. La Sala, sin embargo, en la misma sentencia se lamentaba que en la Convención no había “norma alguna sobre derechos sociales (solo hay una declaración de principios acerca de su desarrollo progresivo en el artículo 26), ni tampoco tiene previsión sobre un modelo distinto al demócrata liberal, como lo es la democracia participativa, ni contempla un tipo de Estado que en lugar de construir sus instituciones en torno al individuo, privilegie la sociedad en su conjunto, dando lugar a un Estado social de derecho y de justicia.” *Ídem*.

humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no sólo deben gozar de derechos, sino también de “oportunidades;” término este último que implica, al decir de la Corte Interamericana, “la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos”. En el caso decidido en la sentencia, la Corte Interamericana precisamente consideró que “si bien el señor López Mendoza ha podido ejercer otros derechos políticos, está plenamente probado que se le ha privado del sufragio pasivo, es decir, del derecho a ser elegido” (párr. 108).

Fue en virtud de los anteriores argumentos que la Corte Interamericana determinó que el Estado venezolano violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Leopoldo López Mendoza (párr. 109), concluyendo que:

“el Estado es responsable por la violación del derecho a ser elegido, establecido en los artículos 23.1.b y 23.2, en relación con la obligación de respetar y garantizar los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio del señor López Mendoza, en los términos del párrafo 109 de la presente Sentencia” (párr. 249).

Por otra parte, la Comisión Interamericana había solicitado la Corte Interamericana que se ordenase al Estado el adoptar las medidas necesarias para reestablecer los derechos políticos del señor Leopoldo López Mendoza (párr. 214), sobre lo cual, sus representantes solicitaron la restitución plena en el ejercicio de su “derecho político a ser electo” según el artículo 23 de la Convención, a fin de poder presentarse “como candidato en las elecciones que se celebren en la República Bolivariana de Venezuela,” solicitando además, que se dejasen sin efecto “las decisiones de inhabilitación dictadas por la Contraloría General de la República y por las distintas ramas del Poder Público Nacional “en el marco de las inhabilitaciones políticas administrativas;” y que se requiriera al Estado que el Consejo Nacional Electoral permitiera la su inscripción y postulación electoral para cualquier proceso de elecciones a celebrarse en Venezuela (párr. 214).

Sobre esto, y en virtud de considerar que en el caso se habían violado los artículos 23.1.b, 23.2 y 8.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana (supra párrs. 109, 149, 205 y 206), la CIDH declaró que:

“el Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a celebrarse con posterioridad a la emisión de la presente Sentencia” (párr. 217).

Consecuencialmente, la CIDH declaró que el Estado debía “dejar sin efecto las Resoluciones Nos. 01-00-000206 de 24 de agosto de 2005 y 01-00-000235 de 26 de septiembre de 2005, emitidas por el Contralor General de la República (supra párrs. 58 y 81), mediante las cuales se declaró la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas del señor López Mendoza por un período de 3 y 6 años, respectivamente” (párr. 218), concluyendo en la parte final del fallo, con las siguientes dos disposiciones:

“2. El Estado, a través de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE), debe asegurar que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales a celebrarse con posterioridad a la emisión de la presente Sentencia, en los términos del párrafo 217 del presente Fallo (...)”.

“3. El Estado debe dejar sin efecto las Resoluciones Nos. 01-00-000206 de 24 de agosto de 2005 y 01-00-000235 de 26 de septiembre de 2005 emitidas por el Contralor General de la República, en los términos del párrafo 218 del presente Fallo”.

II. Sobre la “acción innominada de control de constitucionalidad” de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Contra la antes mencionada sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 1 de septiembre de 2011, algo más de tres semanas después, el día 26 de septiembre de 2011, el Procurador General de la República, actuando en representación del Estado venezolano, interpuso ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia lo que denominó como una “acción innominada de control de constitucionalidad,” la cual la Sala, sin competencia alguna para ello y en franca violación de la Constitución, pasó a conocer de inmediato, decidiéndola en sólo veinte días mediante sentencia No. 1547 (Caso Estado venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos) de fecha 17 de octubre de 2011⁵.

El Procurador General de la República, al intentar la acción, justificó la supuesta competencia de la Sala Constitucional en su carácter de “garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales” (arts. 266.1, 334, 335 y 336 de la Constitución, el artículo 32 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), considerando básicamente que la República, ante una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no podía dejar de realizar “el examen de constitucionalidad en cuanto a la aplicación de los fallos dictados por esa Corte y

5 Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>

sus efectos en el país,” considerando en general que las decisiones de dicha Corte Interamericana sólo pueden tener “ejecutoriedad en Venezuela,” en la medida “el contenido de las mismas cumplan el examen de constitucionalidad y no menoscaben en forma alguna directa o indirectamente el texto constitucional;” es decir, que dichas decisiones “para tener ejecución en Venezuela deben estar conformes con el Texto Fundamental”.

Luego de analizar la sentencia de la Corte Interamericana, y referirse al carácter de los derechos políticos como limitables; y a la competencia de la Contraloría General de la República, conforme al artículo 105 de su Ley Orgánica para garantizar una “Administración recta, honesta, transparente en el manejo de los asuntos públicos, dotada de eficiencia y eficacia en la actividad administrativa en general, y especialmente en los servicios públicos” y para imponer “la sanción de suspensión, destitución e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas;” considerar que lo que le Contraloría le había impuesto al Sr. Leopoldo López había sido una “inhabilitación administrativa” y no una inhabilitación política que se “corresponde con las sanciones que pueden ser impuestas por un juez penal, como pena accesoria a la de presidio (artículo 13 del Código Penal)” que las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana con ordenes dirigidas a órganos del Estado “se traduce en una injerencia en las funciones propias de los poderes públicos,” estimando que la Corte Interamericana no puede “valerse o considerarse instancias superiores ni magnánimas a las autoridades nacionales, con lo cual pretendan obviar y desconocer el ordenamiento jurídico interno, todo ello en razón de supuestamente ser los garantes plenos y omnipotentes de los derechos humanos en el hemisferio americano”; y en fin, estimar que la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desconocía “la lucha del Estado venezolano contra la corrupción y la aplicación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ratificada por Venezuela el 2 de junio de 1997 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ratificada el 2 de febrero de 2009” el Procurador General de la República consideró que la mencionada sentencia de la Corte Interamericana transgredía el ordenamiento jurídico venezolano, pues desconocía:

“la supremacía de la Constitución y su obligatoria sujeción, violentando el principio de autonomía de los poderes públicos, dado que la misma desconoce abiertamente los procedimientos y actos legalmente dictados por órganos legítimamente constituidos, para el establecimiento de medidas y sanciones contra aquellas actuaciones desplegadas por la Contraloría General de la República que contraríen el principio y postulado esencial de su deber como órgano contralor, que tienen como fin último garantizar la ética como principio fundamental en el ejercicio de las funciones públicas.”

Como consecuencia de ello, el Procurador General de la República solicitó de la Sala Constitucional que admitiera lo que llamó la “acción innominada de control de constitucionalidad”, a los efectos de que la Sala declarase “inejecutable e

inconstitucional la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de setiembre de 2011”.

Sobre esta “nueva” acción propuesta por el Procurador para el control de constitucionalidad de sentencias dictadas en contra del Estado por la Corte Interamericana, la Sala Constitucional aclaró en su sentencia que el Procurador no pretendía que se declarase “la nulidad” ni de la Convención Americana de Derechos Humanos ni del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aclarando por ello, la propia Sala que, por tanto, la “acción innominada intentada” no era un “recurso de nulidad como mecanismo de control concentrado de la constitucionalidad” el cual consideró la Sala que no resultaba el idóneo.

La Sala, por otra parte, también descartó que se tratase de una acción de “colisión de leyes”

“pues de lo que se trata es de una presunta controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional fundamentada en normas contenidas en una Convención de rango constitucional, lo que excede los límites de ese especial recurso, pues la presunta colisión estaría situada en el plano de dos normas de rango constitucional”.

Luego de descartar esas hipótesis de acciones de nulidad o de colisión de leyes, y precisar que de lo que se trataba con la acción intentada era determinar la “controversia entre la Constitución y la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional,” concluyó, en definitiva, que de lo que se trataba era de una acción mediante la cual se pretendía:

“ejercer un control innominado de constitucionalidad, por existir una aparente antinomia entre la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Americana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, producto de la pretendida ejecución del fallo dictado el 1 de setiembre de 2011, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que condenó a la República Bolivariana de Venezuela a la habilitación para ejercer cargos públicos al ciudadano Leopoldo López Mendoza.”

Es bien sabido en el mundo de la justicia constitucional, que el juez constitucional como todo órgano del Estado está, ante todo, sometido a la Constitución, por lo que debe ceñirse a ella no sólo en la emisión de sus sentencias, sino en el ejercicio de sus propias competencias. Para que el juez constitucional sea garante de la Constitución tiene que ejercer las competencias que la Constitución le atribuye, pues de lo contrario si ejerciera competencias distintas estaría actuando como Poder Constituyente, modificando la propia Constitución, en violación a la misma. Eso es precisamente lo

que ha ocurrido en este caso, al “inventar” la Sala Constitucional una nueva acción para el control de constitucionalidad, siguiendo la orientación que ya ha sentado en otros casos, como cuando “inventó” la acción autónoma y directa de interpretación abstracta de la Constitución mediante sentencia N° 1077 de 22 de setiembre de 2000 (Caso: Servio Tulio León)⁶ que por lo demás cita con frecuencia en su sentencia. En aquella ocasión y en esta la Sala Constitucional actuó como poder constituyente al margen de la Constitución⁷.

Ahora bien, en el caso concreto, identificado el objeto de la acción “innominada” que intentó el Estado venezolano ante la Sala Constitucional, la misma consideró que le correspondía en “su condición de último interprete de la Constitución,” realizar “el debido control de esas normas de rango constitucional” y ponderar “si con la ejecución del fallo de la CIDH se verifica tal confrontación”.

Para determinar el “alcance” de esta “acción de control constitucional” la Sala Constitucional recordó, por otra parte, que ya lo había hecho en anterior oportunidad, al “conocer sobre la conformidad constitucional” del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en sentencia N° 1939 de 18 de diciembre de 2008 (caso: Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de derechos Humanos, caso Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo)⁸, mediante la cual “asumió la competencia con base en la sentencia 1077/2000 y según lo dispuesto en el cardinal 23 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004”⁹.

Ahora bien, en virtud de que esta previsión legal atributiva de competencia desapareció de la nueva ley orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2010, lo que significaba que “la argumentación de la Sala Constitucional para asumir la competencia para conocer de la conformidad constitucional de un fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” había “sufrido un cambio” al no estar incluido en contenido de dicha previsión atributiva de competencia en el artículo 25 de la nueva Ley Orgánica, la Sala, en ausencia de una previsión legal expresa que

6 Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss.

7 Véase Daniela Urosa M, Maggi, *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como Legislador Positivo*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios No. 96, Caracas 2011. Véase nuestro “Prólogo” a dicho libro, “Los tribunales constitucionales como legisladores positivos. Una aproximación comparativa,” pp. 9-70.

8 Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 116, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2008, pp. 88 ss.

9 En dicha norma de la Ley de 2004 se disponía como competencia de la Sala: “*Conocer de las controversias que pudieran suscitarse con motivo de la interpretación y ejecución de los Tratados, Convenios o Acuerdos Internacionales suscritos y ratificados por la República. La sentencia dictada deberá ajustarse a los principios de justicia internacionalmente reconocidos y será de obligatorio cumplimiento por parte del Estado venezolano*”.

contemplase “esta modalidad de control concentrado de la constitucionalidad,” la Sala pasó a:

“invocar la sentencia N° 1077/2000, la cual sí prevé esta razón de procedencia de interpretación constitucional, a los efectos de determinar el alcance e inteligencia de la ejecución de una decisión dictada por un organismo internacional con base en un tratado de jerarquía constitucional, ante la presunta antinomia entre la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Constitución Nacional.”

Debe recordarse que la mencionada sentencia “invocada” N° 1077/2000, fue la dictada en 22 de septiembre de 2000 (Caso Servio Tulio León Briceño) en la cual, la Sala, sin competencia constitucional ni legal alguna, y sólo como resultado de la función interpretativa que el artículo 335 de la Constitución le atribuye, “inventó” la existencia de un recurso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución¹⁰.

Por ello, la Sala ahora hace la “invocación” a dicha sentencia, pasando luego comentar la competencia establecida en el artículo 335 de la Constitución, la cual en realidad, es una competencia que se atribuye al todo el Tribunal Supremo de Justicia, en todas sus Salas –y no sólo a la Sala Constitucional–, que es la competencia general de garantizar “la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales,” para lo cual el Tribunal Supremo en su totalidad –y no sólo la Sala Constitucional– se lo define como “el máximo y último intérprete de la Constitución” correspondiéndole velar “por su uniforme interpretación y aplicación.”

De manera que recordando la “invención” de ese recurso autónomo de interpretación abstracta de la Constitución, la Sala pasó a constatar, sin embargo, que el Legislador había eliminado la previsión antes indicada establecida en el artículo 5.23 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004 que la Sala también había “invocado” para decidir el caso mencionado de la inexecución de la sentencia de la Corte Interamericana condenando al Estado por violación de los derechos de los

10 Véase sobre esta sentencia los comentarios en Marianella Villegas Salazar, “Comentarios sobre el recurso de interpretación constitucional en la jurisprudencia de la Sala Constitucional,” en *Revista de Derecho Público*, No. 84, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 417 ss.; y Allan R. Brewer-Carías, “Le recours d’interprétation abstrait de la Constitution au Vénézuéla,” en *Le renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l’honneur de Louis Favoreu*, Dalloz, Paris, 2007, pp. 61-70, y “*Quis Custodiet Ipsos Custodes*: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación,” en *Revista de Derecho Público*, No 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27, y en *VIII Congreso Nacional de derecho Constitucional*, Perú, Fondo Editorial 2005, Colegio de Abogados de Arequipa, Arequipa, septiembre 2005, pp. 463-489. Este último trabajo fue también recogido en el libro Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la “In” Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Colección Instituto de Derecho Público. Universidad Central de Venezuela, No. 2, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 47-79.

magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo; y desconocido esa expresa voluntad del Legislador de eliminar dicha norma del ordenamiento jurídico, pasó a constatar que el propio legislador no había “dictado las normas adjetivas que permitan la adecuada implementación de las “decisiones emanadas de los órganos internacionales” de conformidad con lo previsto en el artículo 31 constitucional (en su único aparte),” afirmando entonces de oficio, que:

“el Estado (y, en concreto, la Asamblea Nacional) ha incurrido en una omisión “de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución...””, a tenor de lo previsto en el artículo 336.7 *eiusdem* en concordancia con lo pautado en la Disposición Transitoria Sexta del mismo texto fundamental.”

Es decir, la Sala Constitucional, no sólo desconoció la voluntad del Legislador en eliminar una norma del ordenamiento jurídico, sino que calificó dicha decisión como una “omisión de la Asamblea Nacional de dictar las normas necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de los organismos internacionales y/o para resolver las controversias que podrían presentarse en su ejecución,” siendo la consecuencia de ello, la declaratoria de la Sala de asumir la competencia, que ni la Constitución ni la ley le atribuyen:

“para verificar la conformidad constitucional del fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, control constitucional que implica lógicamente un “control de convencionalidad” (o de confrontación entre normas internas y tratados integrantes del sistema constitucional venezolano), lo cual debe realizar en esta oportunidad esta Sala Constitucional, incluso de oficio; y así se decide.”

En esta forma quedó formalizada por voluntad de la Sala, la “invención” de una modalidad de control de constitucionalidad, la cual puede tener su origen en una acción pero que la Sala declaró que también podría ejercer de oficio. No es esta, sin embargo, la primera vez que la Sala Constitucional muta la Constitución específicamente en materia de justicia constitucional¹¹.

En cuanto a la “acción” intentada por el Procurador en este caso, la Sala Constitucional la admitió pura y simplemente, pasando a disponer que como no se trataba de una

11 Véase Allan R. Brewer-Carías, “La ilegítima mutación de la constitución por el juez constitucional: la inconstitucional ampliación y modificación de su propia competencia en materia de control de constitucionalidad. Trabajo elaborado para el *Libro Homenaje a Josefina Calcaño de Temeltas*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA), Caracas 2009, pp. 319-362; “La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional y la demolición del Estado de derecho en Venezuela.,” en *Revista de Derecho Político*, No. 75-76, Homenaje a Manuel García Pelayo, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009, pp. 291-325.

“demanda” de interpretación de normas o principios del sistema constitucional (artículo 25.17 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), “sino de una modalidad innominada de control concentrado que requiere de la interpretación para determinar la conformidad constitucional de un fallo”, la Sala, con fundamento en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en concordancia con el párrafo primero del artículo 145 eiusdem, determinó que “al tratarse de una cuestión de mero derecho,” la causa no requería de sustanciación, ignorando incluso el escrito presentado por el Sr. López, entrando a decidir la causa “sin trámite y sin fijar audiencia oral para escuchar a los interesados ya que no requiere el examen de ningún hecho,” incluso, “omitiéndose asimismo la notificación a la Fiscalía General de la República, la Defensoría del Pueblo y los terceros interesados,” todo ello, a juicio de la Sala, “en razón de la necesidad de impartir celeridad al pronunciamiento por la inminencia de procesos de naturaleza electoral, los cuales podrían ser afectados por la exigencia de ejecución de la sentencia objeto de análisis.” La violación al debido proceso y a la necesaria contradicción del proceso constitucional fue evidente, sólo explicable por la urgencia de decidir y complacer al poder.

Quedó de esta manera “formalizada” en la jurisprudencia de la Sala Constitucional en Venezuela, actuando como jurisdicción constitucional, y sin tener competencia constitucional alguna para ello, la existencia de una “acción innominada de control de constitucionalidad” destinada a revisar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es decir, el Estado venezolano, con esta sentencia, estableció un control de las sentencias que la Corte Interamericana pueda dictar contra el mismo Estado condenándolo por violación de derechos humanos, cuya ejecución en relación con el Estado condenado, queda a su sola voluntad, determinada por su Tribunal Supremo de Justicia a su propia solicitud (del Estado condenado) a través del Procurador General de la República. Se trata, en definitiva, de un absurdo sistema de justicia en el cual el condenado en una decisión judicial es quien determina si la condena que se le ha impuesto es o no ejecutable. Eso es la antítesis de la justicia.

III.- El tema de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, la negación del poder de los jueces a decidir su aplicación preferente, y el monopolio del control de constitucionalidad asumido por la Sala respecto de las decisiones de la Corte Interamericana

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo en fecha 17 de octubre de 2011, en franca violación de la Constitución, pasó a conocer de inmediato la “acción innominada intentada por el Procurador General de la República en nombre del Estado condenado, la cual fue decidida en sólo veinte días mediante sentencia No.

1547 (caso Estado venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos)¹², en la cual entre las “motivaciones para decidir”, la Sala pasó a analizar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1 de septiembre de 2011, en la cual, como se dijo, la Corte Interamericana declaró responsable internacionalmente al Estado “por haber presuntamente vulnerado el derecho político a ser elegido (sufragio pasivo) del ciudadano Leopoldo López Mendoza con base en unas sanciones de inhabilitación de tres (3) y seis (6) años para el ejercicio de funciones públicas que le fueron impuestas por el Contralor General de la República;” y en la cual la Corte Interamericana resolvió el caso “mediante la aplicación de lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención Americana, porque se trata de sanciones que impusieron una restricción al derecho a ser elegido, sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo, relacionado con “una condena, por juez competente, en proceso penal” (destacado de la Sala).

Entre los primeros párrafos de la sentencia de la Corte Interamericana que se sometió a revisión judicial, la Sala Constitucional destacó el siguiente sobre el rango constitucional y la fuerza obligatoria de los convenios internacionales en materia de derechos humanos el derecho interno, como lo indica el artículo 23 de la Constitución¹³, y la obligación de los jueces de ejercer el control de convencionalidad para asegurar su aplicación, en el cual la Corte Interamericana dijo:

“Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’, entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, **los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.**” (destacado nuestro)

12 Véase en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1547-171011-2011-11-1130.html>.

13 *Artículo 23*. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Véase sobre esta norma Allan R. Brewer-Carías, “Nuevas reflexiones sobre el papel de los tribunales constitucionales en la consolidación del Estado democrático de derecho: defensa de la Constitución, control del poder y protección de los derechos humanos,” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 13er año, Tomo I, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo 2007, pp. 63 a 119.

Esta última afirmación de la Corte Interamericana, que copió la Sala Constitucional en su sentencia, sin embargo, en la misma fue abiertamente contradicha cuestionando la Sala cualquier valor o jerarquía constitucional que conforme al artículo 23 de la Constitución puedan tener las propias sentencias de la Corte Interamericana.

En efecto, sobre el tema de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos conforme a la mencionada norma del artículo 23 de la Constitución, la Sala Constitucional acudió a lo que ya había decidido anteriormente en su sentencia N° 1942 de 15 de julio de 2003 (caso Impugnación artículos del Código Penal sobre leyes de desacato)¹⁴, en la cual había precisado que el artículo 23 constitucional, “se refiere a normas que establezcan derechos, no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos, etc., prescritos en los Tratados, (destacado de la Sala) sino sólo a normas creativas de derechos humanos,” es decir,

“que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios (términos que son sinónimos) relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretendan interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas, con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional, conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara (...)”.

De lo anterior resulta entonces la afirmación de la Sala de que es ella la que tiene el monopolio en la materia de aplicación en el derecho interno de los tratados internacionales mencionados, contradiciendo el texto del artículo 23 de la Constitución que dispone que dichos tratados “son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público,” afirmando, al contrario, que ella es la única instancia judicial llamada a determinar “cuáles normas sobre derechos humanos de esos tratados, pactos y convenios, prevalecen en el orden interno;” competencia esta última que supuestamente emanaría “de la Carta Fundamental” – sin decir de cual norma– afirmando que la misma “no puede quedar disminuida por normas de carácter adjetivo contenidas en tratados ni en otros textos internacionales sobre derechos humanos suscritos por el país” (destacados de la Sala). De lo contrario, llegó a afirmar la Sala en dicha sentencia, “se estaría ante una forma de enmienda constitucional en esta materia, sin que se cumplan los trámites para ello, al disminuir la competencia de la Sala Constitucional y trasladarla a entes multinacionales o transnacionales (internacionales), quienes harían interpretaciones vinculantes”.

14 Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 93-96, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2003, pp. 136 ss.

En definitiva, la Sala Constitucional decidió que las sentencias de los tribunales internacionales sobre derechos humanos no eran de aplicación inmediata en Venezuela, sino que a sus decisiones sólo “se les dará cumplimiento en el país, conforme a lo que establezcan la Constitución y las leyes, siempre que ellas no contraríen lo establecido en el artículo 7 de la vigente Constitución,” concluyendo que “a pesar del respeto del Poder Judicial hacia los fallos o dictámenes de esos organismos, éstos no pueden violar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como no pueden infringir la normativa de los Tratados y Convenios, que rigen esos amparos u otras decisiones”; es decir, que si la Corte Interamericana, por ejemplo, “amparara a alguien violando derechos humanos de grupos o personas dentro del país, tal decisión tendría que ser rechazada aunque emane de organismos internacionales protectores de los derechos humanos”.

Por tanto, no existe órgano jurisdiccional alguno por encima del Tribunal Supremo de Justicia, y si existiera, por ejemplo, en materia de integración económica regional o de derechos humanos, sus decisiones “no pueden menoscabar la soberanía del país, ni los derechos fundamentales de la República”, es decir, en forma alguna pueden contradecir las normas constitucionales venezolanas, pues de lo contrario “carecen de aplicación en el país” Así lo declaró la Sala.

IV.- La reiteración de la negación del carácter supraconstitucional de los tratados sobre derechos humanos aun cuando contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en la Constitución

Ahora, sobre la prevalencia en el orden interno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como tratado multilateral que tiene jerarquía constitucional, afirmó la Sala que ello es sólo, conforme al artículo 23 de nuestro texto fundamental, “en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables” a las establecidas en la Constitución; pasando entonces a juzgar sobre la constitucionalidad de la sentencia de la Corte Interamericana, comenzando por “determinar el alcance” del fallo “y su obligatoriedad.”

Observó para ello la Sala que en dicho fallo se consideró como su “punto central”:

“la presunta violación del derecho a ser elegido del ciudadano Leopoldo López, infringiendo el artículo 23 de la Convención Americana, en vista de que esta disposición exige en su párrafo 2 que la sanción de inhabilitación solo puede fundarse en una condena dictada por un juez competente, en un proceso penal.”

Para analizar esta decisión, la Sala Constitucional comenzó por reiterar lo que antes había decidido en la sentencia N° 1939 de 18 de diciembre de 2008 (caso: Estado Venezolano vs. Corte Interamericana de derechos Humanos, caso Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo)¹⁵ en el sentido de que la protección internacional que deriva de la Convención Americana es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos,” es decir, que la Corte Interamericana “no puede pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno” que goza de supremacía.

La Sala, además, indicó que el artículo 23 de la Constitución antes citado, contrariando su expreso contenido según el cual “prevalecen en el orden interno” -incluyendo la Constitución-, “en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución,” indicó que:

“no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango ‘supraconstitucional’, por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo al contenido de los artículos 7, 266.6, 334, 335, 336.11 eiusdem y el fallo número 1077/2000 de esta Sala”¹⁶.

V.- La interpretación de la Constitución conforme al proyecto político del gobierno y el rechazo a los valores universales sobre derechos humanos

Adicionalmente la Sala se refirió a otro fallo anterior, N° 1309/2001, en el cual había considerado que “el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución,” de manera que la interpretación constitucional debe comprometerse “con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional

15 Véase en *Revista de Derecho Público*, No. 116, Editorial Jurídica venezolana, Caracas 2008, pp. 88 ss. Véase sobre esa sentencia Allan R. Brewer-Carías, “El juez constitucional vs. La justicia internacional en materia de derechos humanos,” en *Revista de Derecho Público*, No. 116, (julio-septiembre 2008), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2008, pp. 249-260; y “La interrelación entre los Tribunales Constitucionales de América Latina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la cuestión de la inejecutabilidad de sus decisiones en Venezuela,” en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antonorzi (Coordinadores), *Derechos Humanos, Democracia e Integración Jurídica en América del Sur*, umen Juris Editora, Rio de Janeiro 2010, pp. 661-701.

16 Se refiere de nuevo la Sala a la sentencia de 22 de septiembre de 2000 (Caso *Servio Tulio León Briceño*), en *Revista de Derecho Público*, No. 83, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2000, pp. 247 ss.

que le sirve de base axiológica (*interpretatio favor Constitutione*).” Por supuesto, dicha “política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución” o la “teoría política que subyace” tras el sistema que le sirve de “base axiológica”, no es la que resulta de la Constitución propia del “Estado democrático social de derecho y de justicia,” que está montado sobre un sistema político de separación de poderes, democracia representativa y libertad económica, sino el que ha venido definiendo el gobierno contra la Constitución y que ha encontrado eco en las decisiones de la propia Sala, como propia de un Estado centralizado, que niega la representatividad, montado sobre una supuesta democracia participativa controlada y de carácter socialista¹⁷, declarando la Sala que los estándares que se adopten para tal interpretación constitucional “deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución”- que la Sala no deja de llamar como el del “Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia,” precisando que:

“no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado”.

Concluyó así, la sentencia, que “no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución”, siendo inaceptables las teorías que pretenden limitar “so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional”.

De allí concluyó la Sala reiterando lo que ya había ya decidido en la sentencia de 5 de agosto de 2008, N° 1265/2008¹⁸ en el sentido de que en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, “deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos (...) sobre los intereses particulares (...)”

En el fallo de la Sala Constitucional, la misma también hizo referencia al antes indicado fallo anterior No 1309/2001, donde se había referido al mismo tema

17 En los últimos años puede decirse que es la doctrina política socialista, la cual, por supuesto, no está en ninguna parte de la Constitución, y cuya inclusión en la Constitución fue rechazada por el pueblo en la rechazada reforma constitucional de 2007 (Véase Allan R. Brewer-Carías, “La reforma constitucional en Venezuela de 2007 y su rechazo por el poder constituyente originario,” en José Ma. Serna de la Garza (Coordinador), *Procesos Constituyentes contemporáneos en América latina. Tendencias y perspectivas*, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2009, pp. 407-449). La Sala Constitucional, incluso, ha construido la tesis de que la Constitución de 1999 ahora “privilegia los intereses colectivos sobre los particulares o individuales,” habiendo supuestamente cambiado “el modelo de Estado liberal por un Estado social de derecho y de justicia” (sentencia de 5 de agosto de 2008, N° 1265/2008, <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>) cuando ello no es cierto, pues el Estado social de derecho ya estaba en la Constitución de 1961.

18 Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>.

de la interpretación constitucional condicionada “ideológicamente” que debe realizarse conforme a “mejor teoría política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución” ya que la misma, como derecho, está “puesta al servicio de una política”, no debiendo la interpretación verse afectada por “elecciones interpretativas ideológicas que privilegian los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el Derecho Nacional en detrimento de la soberanía del Estado.” De ello concluyó la Sala que “la opción por la primacía del Derecho Internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista” siendo “la nueva teoría” el “combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución;” afirmando que en todo caso, “el carácter dominante de la Constitución en el proceso interpretativo no puede servir de pretexto para vulnerar los principios axiológicos en los cuales descansa el Estado Constitucional venezolano”.

En la sentencia N° 1309/2001 la Sala también había afirmado que “el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, en consecuencia, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto que ella encarna por voluntad del pueblo,” procediendo a rechazar todo “sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico, por encima de la Constitución”, y que la interpretación pueda llegar “a contrariar la teoría política propia que sustenta”. Por ello, la Sala negó la validez universal de los derechos humanos, es decir, negó “cualquier teoría propia que postule derechos o fines absolutos”, o cualquier “vinculación ideológica con teorías que puedan limitar, so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional”.

VI. El análisis del tema de fondo sobre las inhabilitaciones políticas impuestas por autoridades administrativas y el rechazo al principio de que las mismas solo pueden ser impuestas por decisión judicial

Con base en lo anterior, al entrar a considerar el “punto central” de la sentencia de la Corte Interamericana sobre la violación del derecho a ser elegido del ciudadano Leopoldo López, por la inhabilitación administrativa dictada en su contra conforme al artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, la Sala pasó a referirse a su propia sentencia antes mencionada, la N° 1265/2008 dictada el 5 de agosto de 2008¹⁹, cuando al decidir sobre una denuncia de inconstitucionalidad de dicha norma por violentar precisamente lo dispuesto en el artículo 23.2 de la Convención Americana, observó que conforme a dicha norma, se admite la “reglamentación” de los derechos políticos

19 Véase en <http://www.tsj.gov.ve:80/decisiones/scon/Agosto/1265-050808-05-1853.htm>

mediante ley, incluso en atención a razones de “condena, por juez competente, en proceso penal”, no aludiendo la misma “a restricción en el ejercicio de estos derechos, sino a su reglamentación”, destacando, sin embargo, que de una manera general, el artículo 30 de la Convención Americana “admite la posibilidad de restricción, siempre que se haga conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Concluyó la Sala que es posible, de conformidad con la Convención Americana “restringir derechos y libertades, siempre que sea mediante ley, en atención a razones de interés general, seguridad de todos y a las justas exigencias del bien común.”

Ahora, al resolver la posible antinomia entre el artículo 23.2 de la Convención Interamericana y la Constitución, la Sala señaló que “la prevalencia del tratado internacional no es absoluta ni automática” siendo sólo posible si el mismo cuando se refiere a derechos humanos, contenga “normas más favorables a las de la Constitución,” pasando a preguntarse la propia Sala sobre cuál debían ser los valores que debían tener presente “para determinar cuándo debe considerarse que esa disposición convencional es más ‘favorable’ que la normativa constitucional interna”, siendo su respuesta los supuestos valores erivados del proyecto político subyacente en la Constitución antes mencionado.

De ello concluyó sobre el fondo del tema resuelto por la Corte Interamericana que “la restricción de los derechos humanos puede hacerse conforme a las leyes que se dicten por razones de interés general, por la seguridad de los demás integrantes de la sociedad y por las justas exigencias del bien común”, no pudiendo el artículo 23.2 de la Convención Americana “ser invocado aisladamente, con base en el artículo 23 de la Constitución Nacional, contra las competencias y atribuciones de un Poder Público Nacional, como lo es el Poder Ciudadano o Moral.” En la citada sentencia N° 1265/2008 dictada el 5 de agosto de 2008, la Sala entonces concluyó que:

“En concreto, es inadmisibile la pretensión de aplicación absoluta y descontextualizada, con carácter suprahistórico, de una norma integrante de una Convención Internacional contra la prevención, investigación y sanción de hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (artículo 271 constitucional) y las atribuciones expresamente atribuidas por el Constituyente a la Contraloría General de la República de ejercer la vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos y bienes públicos (art. 289.1 eiusdem); y de fiscalizar órganos del sector público, practicar fiscalizaciones, disponer el inicio de investigaciones sobre irregularidades contra el patrimonio público, e ‘imponer los reparos y aplicar las sanciones administrativas a que haya lugar de conformidad con la ley’ (art. 289.3 eiusdem). En tal sentido, deben prevalecer las normas constitucionales que privilegian el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones

que privilegian los intereses colectivos involucrados en la lucha contra la corrupción sobre los intereses particulares de los involucrados en los ilícitos administrativos; y así se decide”.

Finalmente, después de copiar in extenso el Voto concurrente del magistrado Diego García-Sayán a la sentencia de la Corte Interamericana, la Sala Constitucional indicó pura y simplemente que “aunque coincide casi en su totalidad con el enfoque alternativo del magistrado García-Sayán, no puede compartir, por los argumentos vertidos en los fallos referidos supra, la conclusión de que la sanción de inhabilitación solo puede ser impuesta por una “autoridad judicial.”

Sobre este punto, que es precisamente, el tema decidendum en la sentencia de la Corte Interamericana, la Sala Constitucional se refirió de nuevo a su sentencia No. 1265/2008, en la cual resolvió que en Venezuela, “en atención a la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa (art. 274 Constitución), el poder ciudadano está autorizado para ejercer un poder **sancionador sustancialmente análogo al derecho penal**, incluyendo sanciones como las accesorias del artículo 105, cuyo objetivo es la protección del orden social general,” (destacado nuestro); llegando a afirmar que “la ‘incapacitación para ejercer diversos empleos’, lo cual podría jurídicamente derivarse de una sentencia, pero también de una sanción administrativa”, concluyendo entonces con su afirmación infundada y falsa de que el artículo 65 del Constitución al señalar que:

“no podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones, [...] no excluye la posibilidad de que tal inhabilitación pueda ser establecida, bien por un órgano administrativo stricto sensu o por un órgano con autonomía funcional, como es, en este caso, la Contraloría General de la República.”

Ello, por supuesto, es totalmente errado, pues la restricción constitucional al ejercicio de derechos políticos es de interpretación estricta. Es por tanto errado señalar como lo hizo la Sala para llegar a esta conclusión que como la norma “plantea que la prohibición de optar a un cargo público surge como consecuencia de una condena judicial por la comisión de un delito”, supuestamente ello no “impide que tal prohibición pueda tener un origen distinto.” Ello es errado, pues de lo contrario no habría sido necesario establecer la restricción en la norma constitucional, siendo también errada la conclusión de que la norma sólo habría planteado “una hipótesis”, y por tanto “no niega otros supuestos análogos.” Esto es contrario al principio de que las restricciones a los derechos políticos establecidas en la Constitución, son sólo las establecidas en la Constitución, cuando es la propia Constitución la que no ha dejado la materia a la regulación del legislador.

Por tanto, es errada la conclusión de la Sala en el sentido de que supuestamente tratándose de un asunto de “política legislativa,” sea al legislador al cual correspondería asignarle orientación al ius puniendi del Estado, de manera que “negar esta posibilidad significaría limitar al órgano legislativo en su poder autonómico de legislar en las materias de interés nacional, según lo prescribe el artículo 187, cardinal 1, en concordancia con el 152, cardinal 32 del Texto Fundamental”²⁰.

Al contrario, la política legislativa para el desarrollo del ius puniendi tiene que estar enmarcada en la Constitución, cuando sea la Constitución la que remita al legislador para ello. Sin embargo, cuando la Constitución establece que la restricción al ejercicio de un derecho político como el derecho al sufragio pasivo sólo puede limitarse por condena penal mediante decisión judicial ello implica sólo eso, no pudiendo el legislador establecer otras restricciones que sean impuestas por autoridades administrativas.

VII. La ponderación entre la Convención Americana y otros tratados internacionales como los relativos a la lucha contra la corrupción

Por otra parte, la Sala destacó que la Convención Americana no es el único tratado suscrito por Venezuela relativo a derechos humanos y, en consecuencia, de rango constitucional a tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Constitución Nacional, que debe ser tomado en consideración para resolver sobre la ejecución del fallo de la Corte Interamericana, haciendo alusión específicamente a la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996, que obliga a los Estados Americanos a tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio, “**sin exigir que tales medidas sean necesariamente jurisdiccionales.**” (destacado nuestro), concluyendo de las normas de esta Convención, que los “mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas” que deben desarrollar los Estados, a juicio de la Sala, “deben ser entendidos **como aquellos que se apartan y diferencian de los tradicionales, que exigen una sentencia penal firme por la comisión de un delito,**” “sin que se pueda concluir del contenido de dicha disposición que las conductas cuestionadas deban ser **necesariamente objeto de condena judicial**” (destacados nuestro). La Sala enumeró, así en su sentencia los órganos encargados en los diversos países de la ejecución de la Convención, generalmente de orden administrativos, siendo

20 La Sala adicionalmente citó en su sentencia N° 1260 del 11 de junio de 2002 (caso: *Victor Manuel Hernández y otro contra el artículo 38, párrafo Segundo, 52, y 54 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*) en relación con el *ius puniendi* y la supuesta diferencia entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, concluyendo que entre ambos “no existen diferencias de tipo material, sino que la gran diferencia es relativa al ámbito normativo.”

ello atribuido en Venezuela, como “autoridad central,” al Consejo Moral Republicano constituido por la Contraloría General de la República, la Fiscalía General de la República y la Defensoría del Pueblo.

En la sentencia la Sala también hizo referencia a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, suscrita en 2003, donde se hace referencia a la obligación de los Estados de “procurar evaluar periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuadas para combatir la corrupción”. Concluyendo que “no existe limitación alguna a que se trate exclusivamente de tribunales”, destacando que conforme al artículo 30.7 de dicha Convención se establece “la posibilidad de inhabilitar ‘por mandamiento judicial u otro medio apropiado y por un periodo determinado por su derecho interno’ a los sujetos de corrupción” (subrayado del fallo); y que la previsión de sanciones distintas a las judiciales se reitera en las Disposiciones Finales de la misma Convención (capítulo VIII, artículo 65).

De todo ello, la Sala Constitucional en su sentencia No. 1547 (caso Estado venezolano vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos) de fecha 17 de octubre de 2011, concluyó que:

“aun si se pretendiera otorgar un sentido literal y restrictivo al artículo 23 de la Convención Interamericana, impidiendo la inhabilitación de un ciudadano para el ejercicio de cargos públicos por razones de corrupción, limitando la posibilidad de sanción a una sentencia judicial; podemos advertir que tal Tratado no es el único que forma parte integrante del sistema constitucional venezolano según el artículo 23 de nuestra Carta Fundamental. La prevalencia de las normas que privilegien el interés general y el bien común sobre los intereses particulares dentro de un Estado social de derecho y de justicia obligan al Estado venezolano y a sus instituciones a aplicar preferentemente las Convenciones Interamericana y de la ONU contra la corrupción y las propias normas constitucionales internas, que reconocen a la Contraloría General de la República como un órgano integrante de un poder público (poder ciudadano) competente para la aplicación de sanciones de naturaleza administrativa, como lo es la inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos por hechos de corrupción en perjuicio de los intereses colectivos y difusos del pueblo venezolano.”

Sin embargo, ante este pronunciamiento dictado con motivo de ejercer el control de constitucionalidad de la sentencia de la Corte Interamericana, la Sala Constitucional se apresuró a afirmar, que

“no se trata de interpretar el contenido y alcance de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ni de desconocer el tratado válidamente suscrito por la República que la sustenta o eludir el compromiso de ejecutar las

decisiones según lo dispone el artículo 68 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos”.

No, de eso no se trata, sino que de lo que se trata es:

“de aplicar un estándar mínimo de adecuación del fallo al orden constitucional interno, lo cual ha sucedido en otros casos y ejercer un ‘control de convencionalidad’ respecto de normas consagradas en otros tratados internacionales válidamente ratificados por Venezuela, que no fueron analizados por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1 de septiembre de 2011, como lo son las consagradas en la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”

Y ha sido precisamente ello, lo que supuestamente habría “obligado” a la Sala Constitucional “a ponderar un conjunto de derechos situados en el mismo plano constitucional y concluir en que debe prevalecer la lucha contra la corrupción como mecanismo de respeto de la ética en el ejercicio de cargos públicos, enmarcada en los valores esenciales de un Estado democrático, social, de derecho y de justicia,” y decidir indicando que “no puede ejercerse una interpretación aislada y exclusiva de la Convención Americana de Derechos Humanos sin que con ello se desconozca el “corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, a los que ha aludido la propia Corte Interamericana en la sentencia del 24 de noviembre de 2004, caso: Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, sus Opiniones Consultivas de la CIDH N° OC-16/99 y N° OC-17/2002.

VIII. La denuncia de usurpación contra la Corte Interamericana y la declaración de “inejecución” de su sentencia

Finalmente la Sala Constitucional acusó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de persistir:

“en desviar la teleología de la Convención Americana y sus propias competencias, emitiendo órdenes directas a órganos del Poder Público venezolano (Asamblea Nacional y Consejo Nacional Electoral), usurpando funciones cual si fuera una potencia colonial y pretendiendo imponer a un país soberano e independiente criterios políticos e ideológicos absolutamente incompatibles con nuestro sistema constitucional.”

De lo cual concluyó declarando:

“inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 1 de septiembre de 2011, en el que se condenó al Estado venezolano, a través “de los órganos competentes, y particularmente del Consejo Nacional Electoral (CNE),”

a asegurar “que las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación del señor López Mendoza en el evento de que desee inscribirse como candidato en procesos electorales”; anuló las Resoluciones del 24 de agosto de 2005 y 26 de septiembre de 2005, dictadas por el Contralor General de la República, por las que inhabilitaron al referido ciudadano al ejercicio de funciones públicas por el período de 3 y 6 años, respectivamente; se condenó a la República Bolivariana de Venezuela al pago de costas y a la adecuación del artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal.”

Es decir, la Sala resolvió que la sentencia de la Corte Interamericana en su conjunto, es inejecutable en Venezuela, con la advertencia –cínica, por lo demás–, de que, sin embargo:

“la inhabilitación administrativa impuesta al ciudadano Leopoldo López Mendoza no le ha impedido, ni le impide ejercer los derechos políticos consagrados en la Constitución. En tal sentido, como todo ciudadano, goza del derecho de sufragio activo (artículo 63); del derecho a la rendición de cuentas (artículo 66); derecho de asociación política (el ciudadano López Mendoza no solo ha ejercido tal derecho, sino que ha sido promotor y/o fundador de asociaciones y partidos políticos); derecho de manifestación pacífica (el ciudadano López Mendoza ha ejercido ampliamente este derecho, incluyendo actos de proselitismo político); así como, el derecho a utilizar ampliamente los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía (artículo 70), incluyendo las distintas modalidades de participación “referendaria”, contempladas en los artículos 71 al 74 eiusdem, en su condición de elector.”

Se destaca, sin embargo, que la Sala Constitucional no mencionó en esta enumeración de “los derechos políticos consagrados en la Constitución” ni el derecho pasivo al sufragio (el derecho a ser electo para cargos públicos), ni el derecho a ejercer cargos públicos, que son precisamente los que le impide ejercer la decisión de la Contraloría General de la república violando lo previsto en la Convención Americana y en la propia Constitución, procedió a “aclarar” lo que no requería aclaratoria, en el sentido de que:

“la inhabilitación administrativa difiere de la inhabilitación política, en tanto y en cuanto la primera de ellas sólo está dirigida a impedir temporalmente el ejercicio de la función pública, como un mecanismo de garantía de la ética pública y no le impide participar en cualquier evento político que se realice al interior de su partido o que convoque la llamada Mesa de la Unidad Democrática.”

Ello no requería “aclararse” pues es bien evidente que las decisiones de la Contraloría o del Estado a través de cualquiera de sus órganos no le puede impedir a un ciudadano poder participar en los eventos políticos internos de las asociaciones

políticas o a las cuales pertenezca o en eventos por estas convocados, de manera que la “aclaratoria” no es más que una deliberada expresión de confusión por parte de la Sala; y más aún con la frase final de la decisión que adoptó (dispositivo No. 2), luego de declarar inejecutable la sentencia de la Corte Interamericana en el sentido decidir que:

“2) La Sala declara que el ciudadano Leopoldo López Mendoza goza de los derechos políticos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por tratarse solo de una inhabilitación administrativa y no política.”

Sin embargo, como se dijo, antes había enumerado la Sala en forma expresa cuáles eran los derechos políticos que el Sr. López podía ejercer estando vigente la inhabilitación política que le había impuesto la Contraloría, refiriéndose la Sala expresamente sólo a el “derecho de sufragio activo (artículo 63); del derecho a la rendición de cuentas (artículo 66); derecho de asociación política [...]; derecho de manifestación pacífica [...]; derecho a utilizar ampliamente los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía (artículo 70),” y derecho “de participación ‘referendaria’ (artículos 71 al 74) en su condición de elector.” La Sala, por tanto se cuidó de no indicar que el Sr. López podía ejercer su derecho político al sufragio pasivo, derecho a ser electo y a ejercer cargos públicos electivos, que fueron precisamente los restringidos inconstitucionalmente por la Contraloría General de la República.

IX. La interpretación y aclaración de la sentencia de la Sala Constitucional en forma ex post facto y extra proceso mediante “comunicado de prensa” por parte de la Presidenta de la Sala Constitucional

Sin embargo, el mismo día en el cual se publicó la sentencia de la Sala Constitucional, la presidenta del Tribunal Supremo de Justicia y de dicha Sala, expresó mediante un “Comunicado de Prensa”²¹ un criterio distinto al que se había expuesto en la sentencia, agregando mayor confusión sobre sus efectos, y en particular sobre los derechos políticos que supuestamente podía ejercer el Sr. López.

Dicha Presidente del Tribunal Supremo, en efecto, comenzó por expresar al referirse a la sentencia de la Sala Constitucional “que declaró inejecutable el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” que había condenado al Estado venezolano, primero, que “los convenios suscritos por la República Bolivariana de Venezuela no

21 Véase Nota de Prensa del Tribunal Supremo: “Es inejecutable que Venezuela retroceda en sus avances en la lucha contra la corrupción” Afirmó la presidenta del TSJ; magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, Autor: Redacción TSJ, Fecha de publicación: 17/10/2011. Véase en <http://www.tsj.gov.ve/informacion/notasdeprensa/notasdeprensa.asp?codigo=8848>.

pueden tener carácter supra constitucional, pues sus disposiciones deben ajustarse y enmarcarse en los postulados de la Carta Magna”; y que “Venezuela no puede retroceder en los avances que ha logrado en la lucha contra la corrupción”, asegurando entre otras cosas, “que **las sanciones de inhabilitación no constituyan impedimento para la postulación de Leopoldo López Mendoza en eventos electorales**” (destacado nuestro).

Ahora bien, frente a esta afirmación de que las sanciones de inhabilitación “no constituyan impedimento para la postulación en eventos electorales”, la pregunta elemental es cómo puede, en efecto, pensarse que alguien pueda tener derecho a postularse para la elección de un cargo electivo de representación popular, sin tener derecho a poder ejercer dicho cargo porque se lo impide la Contraloría General de la República. Lo que ha dicho la Sra. Presidenta de la Sala Constitucional, ni más ni menos es como decir, que una persona inhabilitada para ejercer cargos públicos, sin embargo, puede postularse para ser electo para un cargo público, pero una vez electo no puede ejercer dicho cargo para el cual fue electo.

La postulación a un cargo de elección popular no es sino la primera fase del ejercicio del derecho pasivo al sufragio que implica además de la postulación, el derecho a ser elegido, y en caso de que así ocurra, el derecho a ejercer el cargo para el cual fue elegido. De resto, no es más que una cómica situación la informa la Sra. Presidenta del Tribunal Supremo: que una persona inhabilitada para ejercer cargos públicos por la Contraloría, puede postularse para cargos de elección popular, y por tanto, con la posibilidad de salir electo, pero para nada, pues no puede ejercer el cargo porque ha sido inhabilitado.

Expresó en efecto, la Sra. Presidenta del Tribunal Supremo que:

“del análisis realizado por la Sala Constitucional el ciudadano López Mendoza goza **de todos** sus derechos políticos, por lo que puede elegir y **ser elegido** en los eventos electorales en los que decida participar.”

Y reiteró que “la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es profundamente garantista, y que salvaguarda los derechos políticos de la ciudadanía” precisando que “Leopoldo López Mendoza **sí goza de todos sus derechos políticos**, tal como lo expresa el dictamen (sic).”

Ello es por supuesto, totalmente falso, y lo que pone en evidencia, para ser benevolentes, es que, por lo visto, la Presidenta no leyó lo que efectivamente dijo en la sentencia que firmó, pues la misma no incluyó -inconstitucionalmente por lo demás- en su contenido y enumeración de los derechos políticos que podía ejercer el Sr. López, al derecho a ser elegido (derecho pasivo al sufragio); es decir, se cuidó de decidir que el Sr. López **no gozaba de todos sus derechos políticos**.

Sin embargo, teniendo en cuenta la “interpretación” que hace la Sra. Presidenta del Tribunal Supremo de la sentencia, la conclusión es que se trata de una modificación, ex post facto, introducida mediante un “Comunicado de Prensa” a la sentencia dictada, indicando que el Sr. López **sí puede ejercer su derecho pasivo al sufragio y sí puede “ser elegido”**, pero aclarando a renglón seguido que una vez que resultare electo, si fuese el caso, respecto al ejercicio del cargo para el cual resultare electo, ello sería una “situación futura derivada de tal participación” que “no estuvo en el análisis de la Sala, ya que no puede pronunciarse sobre hechos que no han ocurrido.” Por lo que, si todo ello sucede, ya está “avisado” el Sr. López de lo que le va a pasar. Más clara no puede ser esta modificación al fallo dictada por la Presidencia del Tribunal Supremo en el “Comunicado de Prensa;” y como la Sala se atribuye el poder de ejercer de oficio este control de constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana, nadie le tendrá que requerir su futura y anunciada acción.

Crear mayor y deliberada confusión, es realmente imposible²², al punto de que en el diario El Mundo de España del día 18 de octubre de 2011, la noticia se titula así: “El Supremo venezolano permite que Leopoldo López sea candidato en 2012,” precisándose sin embargo, en los subtítulos que: “El Tribunal aclara que el opositor sí puede presentarse a las elecciones, lo que se ha rechazado es el fallo de la Corte Interamericana que condenaba al Estado por la ‘inhabilitación’ para ejercer cargos públicos de López; Por lo tanto, López puede ser candidato pero no se sabe si podrá ejercer; El Tribunal dijo que aplicar aquel fallo infringiría las leyes nacionales”²³. En la nota de prensa publicada en este Diario se afirma que:

“El Tribunal Supremo venezolano (TSJ) aclaró este lunes que la decisión de la Sala Constitucional de declarar no ejecutable un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a favor de Leopoldo López no impide al político opositor presentar su candidatura a las elecciones presidenciales.”

La presidenta del TSJ de Venezuela, Luisa Estella Morales, señaló que López se puede postular, pero el fallo de Corte Interamericana (CorteIDH), que obliga a

22 Según se reseña en la patilla.com, la Contralora General de la República, en medio de la confusión, declaró el día 18 de octubre de 2011, que “el líder opositor Leopoldo López, uno de los aspirantes a ser candidato en las elecciones presidenciales del 7 de octubre del próximo año, no puede desempeñar ningún cargo público hasta 2014. No puede desempeñar cargos públicos, ni por elección, nombramiento, contrato ni designación. ¿El cargo de alcalde, de concejal, de presidente, de gobernador es un cargo público o no? Si lo es, entonces (López) no puede desempeñar esos cargos públicos dijo Adelina González, Contralora General en funciones. En declaraciones a la televisión estatal, González descartó el supuesto “limbo” en el que quedó López luego de que la presidenta del Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), Luisa Estella Morales, indicara que López se podía postular a las elecciones aunque evitando pronunciarse sobre qué ocurriría en caso de ser elegido. Véase “Según la Contralora si López se postula sería “un fraude a la Ley,” en <http://www.lapatilla.com/site/2011/10/18/segun-la-contralora-si-lopez-se-postula-seria-un-fraude-a-la-ley/>.

23 Véase en <http://www.elmundo.es/america/2011/10/17/venezuela/1318884331.html>.

suspender la inhabilitación administrativa del político para ejercer cargo público, es “inejecutable” porque no se pueden anular las decisiones de la Contraloría.

“Leopoldo López tiene pleno derecho a elegir y ser electo, puede concurrir ante el Consejo Nacional Electoral inscribirse y participar en cualquier elección que se realice (...) libremente puede hacerlo”, aclaró Estella en una conferencia de prensa.

No obstante, subrayó que “son inejecutables en primer lugar la nulidad de las resoluciones administrativas de la Contraloría y también “la nulidad de los actos administrativos por los cuales se inhabilitó administrativamente al ciudadano Leopoldo López.”

Preguntada sobre la posibilidad de que López fuera elegido en los comicios para la Presidencia, convocados para el 7 de octubre de 2012, Morales se excusó de pronunciarse “acerca de situaciones futuras.”

“Llegará el momento de que si eso ocurriese tendríamos que pronunciarnos, pero en este momento es ciertamente una posición incierta y futura sobre la cual la Sala no podría pronunciarse”, señaló”

Con esta “aclaratoria” a la decisión adoptada mediante declaraciones públicas dadas por la Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia, lo que ha hecho el Tribunal Supremo es consolidar la incertidumbre y el desconcierto político en el país, dejando vigente la sanción de inhabilitación política que dictó la Contraloría General de la República contra el Sr. Leopoldo López y en lo que resulta una especie de crónica de una inhabilitación política anunciada, para lo cual ha impuesto el siguiente itinerario a desarrollarse en este caso entre 2011 y 2012:

Primero, en el texto de la sentencia, declara que entre los derechos políticos que enumera expresamente como los que puede ejercer el Sr. López **no está el derecho pasivo al sufragio, es decir, el derecho a ser electo;**

Segundo, sin embargo, en la “aclaratoria” a la sentencia que ha sido “dictada” por la Presidenta del Tribunal Supremo, la misma declara que el Sr. López **sí se puede postular para cargos electivos y tiene derecho a ser electo**, lo que por si genera incertidumbre sobre si efectivamente goza o no tal derecho conforme a la sentencia de la Sala;

Tercero, lo anterior le plantea al Sr. López la **disyuntiva de participar o no en el proceso –elecciones primarias– para la selección del candidato presidencial** de oposición, pero con la certeza de que si no lo hace ello sería por su propia voluntad y no porque se lo hubiese “impuesto” la Sala;

Cuarto, si llegase a salir electo en las elecciones primarias, ello le plantearía una **nueva disyuntiva de postularse o no como candidato presidencial en la elección presidencial**, pero si no lo hace ello también sería por su propia voluntad y no porque se lo hubiese impuesto la Sala; y,

Quinto, si llegase a ganar la elección presidencial, la posibilidad de que pudiera ejercer el cargo para el cual fue electo quedaría entonces en manos del Tribunal Supremo de Justicia, el cual, en ese momento, y sólo en ese momento se pronunciaría sobre lo que al dictar su sentencia consideró como una “situación incierta y futura.”

Es decir, el futuro político del gobierno del país no dependería en este caso de la voluntad del pueblo soberano, sino de la decisión de un Tribunal Supremo que además de usurpar el poder constituyente y rebelarse contra las decisiones del tribunal internacional encargado de la protección de los derechos humanos en América, se reserva el derecho de anular o no la voluntad popular de acuerdo con las circunstancias que se presenten en el futuro.

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Fernando José Cafferata

Master en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Profesor de Derecho Administrativo del Programa de Entrenamiento de Abogados [PEA] de Argentina [Escuela de Abogados de Buenos Aires-Foro de Estudios sobre Administración de Justicia]. Funcionario del Consejo de la Magistratura de la ciudad de Buenos Aires

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Doctrina de la interpretación armonizante. Conflicto entre derechos, valores e intereses constitucionales. Cotización de derechos. 3. Teoría de la interpretación jurídica. Métodos.

1. Introducción

En ocasión de celebrarse el trigésimo aniversario de la justicia constitucional en la República del Perú, constituye un alto honor poder colaborar con este trabajo a la obra colectiva que su Centro de Estudios Constitucionales ofrece para tan importante acontecimiento.

La institución jurídica elegida es central y polémica [como se puede observar en la amplia bibliografía y jurisprudencia nacional y comparada que se cita]. La doctrina¹-aunque no en exclusivo²- lo ubica en la parte general del derecho procesal constitucional [aunque con múltiples aristas incluso interdisciplinarias].

-
- 1 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Forjadores del Derecho Procesal Constitucional*, Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2009, página 241-243; GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Un viaje en busca de una nueva disciplina. O cómo apareció el Derecho Procesal Constitucional en América Latina”; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El Derecho Procesal Constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina”, *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional, Liber amicorum Néstor P. Sagüés*, Tomo I, editorial Adrus, Lima, Perú, 2011, páginas 665 y ss.; SAGÜÉS, Néstor P., *Recurso extraordinario*, Tomo II, 4ta edición, Astrea, Buenos Aires, 2002, página 7 y ss.; entre otros.
 - 2 “Si el Estado contemporáneo es fundamentalmente Estado de Derecho o Estado constitucional – en tanto se adopte una caracterización integral de la Constitución– la teoría de la interpretación jurídica aparece como una dimensión inescindible y principal de la teoría del Estado y del derecho constitucional”, VIGO, Rodolfo L., *Interpretación constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, página 79.

Solo se pretende brindar una introducción al tema que pueda servir a los interesados en iniciar su estudio.

En relación a la denominación, la doctrina no es pacífica. Algunos autores prefieren denominarle interpretación de la Constitución [Alonso García³, Balaguer Callejón⁴, Igartúa Salaverría⁵, Sagüés⁶, Vigo⁷], de las Constituciones [Zafra Valverde⁸] o de las normas constitucionales [Badeni⁹]; otros, se pronuncian por interpretación constitucional [Ezquiaga Ganuzas¹⁰, Häberle¹¹, Linares Quintana¹², Romero¹³, Verdu¹⁴] del ordenamiento [Balaguer Callejón¹⁵]; interpretación conforme a la Constitución [in harmony with the Constitution-Verfassungs-konforme Auslegung der Gesetze] [o efecto de irradiación de los derechos fundamentales] [Jiménez Campos¹⁶, Fix Zamudio¹⁷,

-
- 3 ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1984, página 5.
 - 4 BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, editorial tecnos, Madrid, España, 1997, página 24.
 - 5 IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, “La interpretación de la Constitución: demarcación de perspectivas”, en *La Interpretación de la Constitución*, Universidad del País Vasco, España, 1984, página 7 cit. VIGO, Interpretación constitucional, op.cit., página 83.
 - 6 SAGÜÉS, Néstor P., *Recurso extraordinario*, Tomo II, op.cit., página 7.
 - 7 “optamos por hablar de la interpretación ‘de’ la Constitución y de la interpretación ‘desde’ la Constitución respectivamente”, VIGO, *Interpretación Constitucional*, op.cit., página 83. En igual sentido, BIDART CAMPOS sostiene: “es, a la postre, los que en España se desdobla en ‘interpretación de la Constitución’ para desentrañar su sentido, y en ‘interpretación desde la Constitución’ (hacia abajo) para eliminar normas y actos opuestos, y para colmar los huecos que por omisión dejan a la Constitución congelada”, BIDART CAMPOS, Germán J., “Algunas reflexiones sobre las omisiones constitucionales”, *Inconstitucionalidad por omisión*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1997, página 3.
 - 8 ZAFRA VALVERDE, José, “La interpretación de las Constituciones”, *Revista de Estudios Políticos* N° 180, Madrid, España, 1971 cit. BADENI, Gregorio, *Reforma constitucional e instituciones políticas*, editorial Ad hoc, Buenos Aires, 1994, página 75.
 - 9 BADENI, *Reforma constitucional*, op.cit., página 76.
 - 10 EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J., *La argumentación de la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, España, 1987, página 30.
 - 11 HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, en Estudio introductorio a cargo de Diego Valadés, Astrea, Buenos Aires, 2007, página 18.
 - 12 LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de interpretación constitucional*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1998.
 - 13 ROMERO, César, *Introducción al Derecho Constitucional*, 2da edición, Zavalía, Buenos Aires, 1976, páginas 72 y ss.
 - 14 VERDÚ, Lucas, “El problema de los cambios de la constitución”, Boletín del Seminario de Derecho Político de Salamanca, España, 1955, página 155.
 - 15 BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación...*, op.cit., página 25.
 - 16 “La interpretación conforme es el principio o máxima hermenéutica según la cual, de entre los varios entendimientos posibles de una regla de Derecho el intérprete ha de optar por aquel que mejor se acomode a los dictados constitucionales”, JIMÉNEZ CAMPOS, J., “Interpretación”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, España, 1995, página 3681 cit. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación...*, op.cit., página 111. Cfr. “la jurisprudencia valora y argumenta con demasiada frecuencia en el plano constitucional, operando como si el Derecho infraconstitucional se redujera a reglas derivadas de premisas mayores de la Constitución y, por tanto, deducibles de ésta hasta en sus últimas ramificaciones. Este proceder, amparado con el sello de la “interpretación conforme con la Constitución”, conduce con

Valadés¹⁸, García De Enterría, Fernández Rodríguez¹⁹] y otra posición prefiere incluirla en la teoría general de interpretación jurídica (BETTI, LARENZ –con una adhesión parcial²⁰–).

La «interpretación constitucional» por sus perfiles propios se erige en el núcleo de la interpretación de la Constitución²¹; se califica como general particularizada; forma parte de la teoría de la interpretación jurídica²²; guarda relación con la hermenéutica²³ y la ideología²⁴ pese a sus diferencias; se distingue de las teorías de aplicación del derecho²⁵ y de la argumentación²⁶.

frecuencia a rigideces excesivas en el ordenamiento. Uno de los ejemplos que se aducen precisamente a los requerimientos que para la determinación de un acto administrativo se hacen derivar del principio de Estado de Derecho“, Bericht. Gefahren für die Effektivität des Rechts- Richter und Bürokratisierung“, *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, núm. 18 de 1990, pp. 776 y ss cit. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionalmente distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, España, 1996, páginas 30 y 37.

- 17 “Un instituto análogo en el derecho alemán, recuerda Fix Zamudio (*Los tribunales constitucionales*, p. 72), es la *Verfassungskonforme Anlegung* o interpretación de la conformidad constitucional”, merced a la cual un tribunal declara constitucional determinada interpretación de una norma o inconstitucional otra exégesis de ella”, SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, Tomo II, op.cit., página 43.
- 18 “Una vía adecuada para alcanzar el objetivo es posibilitar la interpretación judicial conforme a la Constitución, originada en Suiza. La interpretación conforme a la Constitución es una manera inteligente, seria y eficaz de desarrollar los derechos fundamentales”, VALADÉS, Diego, Estudio Introdutorio, en HÁBERLE, *El Estado constitucional*, op.cit., página 55.
- 19 “el valor normativo de la Constitución se predica no sólo de aquellos contenidos de la misma que tengan una formulación preceptiva o prescriptoria, sino de la totalidad de su contenido. No hay palabra vana en el Constitución y todas ellas, como meros ‘ principios ’, como enunciado de ‘ valores constitucionales ’, como expresión de sentido a tener en cuenta en la interpretación, tienen valor normativo directo. Podrá discutirse su alcance, que, obviamente, tendrá que ser distinto, nunca ese valor normativo”, GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo I, Civitas, Madrid, España, 2006, página 112.
- 20 “Cuando K. Larenz, en el epílogo de la cuarta edición, de 1978, de su Metodología de la Ciencia del Derecho, se plantea la duda acerca de si los criterios con arreglo a los cuales el Tribunal Constitucional resuelve pueden ser equiparables a los del juez ordinario, y para disipar esa duda manifiesta (no sin grandes precauciones) que en ciertos casos sí, pero en otros (en las resoluciones de gran alcance político para la comunidad) no, está planteando una cuestión absolutamente capital para la teoría de la interpretación en nuestro tiempo”, ARAGON, Manuel, *Constitución y democracia*, Colección temas clave de la Constitución española, Tecnos, Madrid, España, 1990, página 118.
- 21 “adquiere unos perfiles propios que permiten diferenciarla de la interpretación de la Constitución” [...] “En efecto, para poder cumplir su función unificadora del ordenamiento, la interpretación constitucional no puede ya ceñirse a los límites estrictos de la interpretación de la Constitución: esta última es tan sólo el núcleo de la primera”, BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Interpretación*, op.cit., página 24. Igual criterio se observa en: ALONSO GARCÍA, *La interpretación*, op.cit.
- 22 ARAGON, Manuel, *Control y Constitución*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1990, página 57.
- 23 “en lo referido a la relación entre la hermenéutica y la interpretación constitucionales, la doctrina ha sostenido: la primera es la disciplina científica que tiene por objeto el estudio y la sistematización de los principios y métodos interpretativos, mientras que la interpretación es la aplicación técnica de los principios que emanan de la teoría científica”, LINARES QUINTANA, Segundo V., *Reglas para la interpretación constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1988, página 11 cit. BADENI, *Reforma constitucional...*, op.cit., página 73. En igual sentido, CEA EGAÑA [“Algo más sobre el intérprete de la Constitución en Chile”, Conferencia dictada en la Universidad de Antofagasta el 06 de mayo de 2005, Chile, página 8] sostiene: “Definitivamente, en consecuencia, tendría ya que ser reconocida,

a) Sujetos de la interpretación constitucional

«Entendemos la interpretación constitucional como una actividad identificable en relación al sujeto que la práctica: el Tribunal Constitucional» [Ezquiaga Ganuzas, Francisco J.]

«Dime qué jueces constitucionales tenemos y te diré qué interpretación hay» [Vanossi, Jorge R.]

¿Quién tiene a su cargo el análisis interpretativo del caso judicial? Según cuál sea la respuesta se podrá saber la tipología. Si lo realiza cualquier órgano jurisdiccional del Poder Judicial hasta llegar a la Corte Suprema de Justicia –último intérprete²⁷ en un sistema difuso– se denominará interpretación judicial²⁸. Si la mencionada tarea la ejecuta el Congreso será legislativa²⁹ y si integra el Poder Ejecutivo será administrativa, ejecutiva o gubernativa.

Vigo³⁰ amplía la clasificación y agrega las siguientes: «a) consuetudinaria: llevada a cabo por la sociedad mediante la costumbre jurídica; b) contractual, consensuada o conmutativa: plasmada en actos jurídicos acordados o conferidas por personas jurídicas; c) científica: realizada por especialistas en los escritos con pretensiones

con cualidad pacífica, la hermenéutica constitucional como autónoma y distinta de la interpretación jurídica, pese a los ligámenes que existen entre ellas, pero nada más que asumiendo que esta es coadyuvante de la primera”.

24 ROMERO, César, *Temas constitucionales y políticos*, Universidad Nacional de Córdoba, 1971, página 72 y ss.

25 “las teorías de la interpretación deben diferenciarse, en todo caso de las teorías de la aplicación del Derecho, en las que este se contempla desde el punto de vista de la vigencia que adquiere la norma cuando se aplica”, BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación...*, op.cit., página 19.

26 “igualmente es preciso distinguirla de las teorías de la argumentación judicial, porque los contornos de interpretación y argumentación también son diferentes”, BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación...*, op.cit., página 19. Cfr. la inclusión del método de argumentación y la doctrina que allí se cita, apart. G) § 3 ut supra.

27 “ultimate interpreter of the Constitution”, según el Justice Brennan reclama en *Baker v. Carr*, 369 U.S 186, 82 S. Ct. 691, 7 L. Ed. 2d 663 (1962) cit. BARRON, Jerome A.- DIENES, C.Thomas-Mc CORMACK, Wayne- REDISH, Martin H., *Constitutional Law: Principles and policy*, Cases and materials, Third Edition, The Michie Company, Law Publishers, Charlottesville, Virginia, EE.UU., 1987, página 53.

28 LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de Interpretación Constitucional*, op.cit., páginas 151-194; Considerando 15 del voto mayoritario en el caso P. [313:1513]: “En efecto, no requieren mayor sustanciación ni prueba cuestiones vinculadas con hechos notorios y reguladas por el derecho constitucional cuyo intérprete final es esta Corte Suprema. Ignorar esto y dilatar la decisión de los temas sustanciales so color de inexistentes –o sino inválidas– restricciones procesales, es hacer bien poco por el bien de la república que reclama por un rápido esclarecimiento de la justicia de sus instituciones fundamentales” [...] “Que nuestra Constitución establece un reparto de competencias y establece medios de control y fiscalización, por lo que se busca afianzar el sistema republicano de gobierno y no concentrar en cada uno un ámbito cerrado de potestades, librado a su propia discreción”.

29 Véase. apart. B) § 3 ut supra.

30 VIGO, *La interpretación constitucional*, op.cit., página 99-101.

de objetividad y seguimiento general (interpretación doctrinal o doctrinaria³¹) y d) profesional o abogadil: efectuada por el profesional desde el interés de una de las partes a la hora de emitir una consulta o concretar un reclamo³²».

En igual sentido, aunque con una perspectiva más extensa, el autor alemán Häberle³³ postula: «en los procesos de interpretación constitucional se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. ¡No hay numerus clausus de los intérpretes constitucionales!».

b) Fuerza conviccional de la Corte Suprema de Justicia

El Poder Judicial –según jurisprudencia del Alto tribunal³⁴– «es un órgano de interpretación y aplicación de la ley y no de su derogación o reforma³⁵». Sin embargo, la jurisprudencia coadyuva a crear un ambiente de cambios socio-jurídicos que luego darán o no lugar a la reforma legislativa³⁶.

31 BORDA la califica de abstracta y casi siempre puramente lógica y la distingue de la *judicial*, en cuanto al método y a los resultados, Ídem, *Manual de Derecho Civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, página 122.

32 Véase. LYNCH, Horacio M., “La abogacía en los ‘90”, LL T-1989-D, página 1161; DEL CARRIL, Enrique V., “Educación legal: tiempos de reflexión en común”, LL, 14 de abril de 1983.

33 HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, op.cit., página 18. Según VALADÉS [Diego, ibidem, página 19], “la teoría häberliana corresponde a un tipo evolucionado de sociedad. Es, en ese sentido, una teoría europea de la interpretación, en tanto que la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales tiene que ser, a la vez, una sociedad altamente informada e integrada”. En igual sentido, el Tribunal Constitucional Peruano (STC N° 0030-2005-PI/TC, F.J.39 cit. RODRIGUEZ FUENTES, Clementina, “Las ‘sentencias interpretativas’ del TCP”, *Horizontes.*, op.cit., página 4) ha señalado: “la interpretación es una función inherente a la labor de todo operador del Derecho; es decir, inherente a la labor del operador de las normas jurídicas”.

34 CSJN, Fallos 234:310.

35 Véase sobre los efectos de la sentencia declaratoria –en general– se limita al caso concreto o *al juicio en que fue admitida* [relativa o *inter (intra) partes* no *erga omnes*], se agota en la mera declaración de certeza [ex tunc] [no hay condena] retrotrayendo sus efectos hacia el momento en que tuvieron lugar los hechos. Su dictado no importa la derogación de la ley inconstitucional [por lo menos, esta es la posición del Alto Tribunal nacional], sino únicamente autoriza su no aplicación al caso judicial concreto.

Las normativas constitucionales locales [Provincias de Río Negro (Art. 208 CProv); Tucumán (Art. 22 CProv) [crea un Tribunal Constitucional], Chubut (Art. 175 CProv.); Tierra del Fuego (159 de la CProv.) y la Ciudad de Buenos Aires (inc. 2 del Art. 113 CCABA) [optó por un sistema mixto de control constitucional: un sistema de control concentrado, con efectos derogatorios, para las normas emanadas de las autoridades de la Ciudad, y otro de control difuso, con efectos limitados al caso, para esas normas y las anteriores a la instalación de los poderes locales y sus efectos derogatorios aparecen si la Legislatura no la ratifica dentro de los tres meses] se apartan del modelo difuso que rige a nivel nacional y adhieren a la de algunos países europeos (Austria, España, Alemania, Italia, entre otros) y de América Latina (Perú, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, etc) con órganos constitucionales concentrados] asignan efecto *erga omnes* a las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad.

Cfr. “La ‘historia oficial’ propia del sistema difuso o desconcentrado de control de constitucionalidad, en el sentido que lo resuelto por un tribunal tiene solamente efectos *inter partes*, hoy ya es mentira”, SAGÜÉS, Néstor P., *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, Ad-Hoc, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2006, página 283; “la dinámica de la acción de la Suprema Corte de Estados Unidos de América en su ejercicio de control de constitucionalidad constituye un ejemplo de la mutación endógena de un modelo difuso, hacia un sistema híbrido con algunos perfiles propios de los

Nuestra Corte Suprema –según VIGO³⁷ en su obra Interpretación Constitucional– «en doctrina reiterada tiene resuelto que es una regla elemental de derecho público que cada uno de los tres altos poderes que forman el gobierno de la Nación, aplica e interpreta la Constitución por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella les confiere respectivamente (53:431), pero al mismo tiempo desde los orígenes de la República, tuvo presente que “la Corte Suprema es el intérprete final de la Constitución” (1:341), aunque reconociendo que todos los jueces son guardianes de la Constitución y de los derechos por ella reconocidos (243:467)».

Entre tanto, Vanossi³⁸ agrega «custodio jurídico del palladium de las libertades» y Barra³⁹ la califica como «un poder político» que encuentra su fundamento principal «en su ubicación institucional en la Constitución Nacional y en la competencia política que ejerce al resolver casos de control de constitucionalidad.» En el mismo sentido y con una tesis sobre el tema⁴⁰, Santiago [h] «considera a la Corte Suprema como un

sistemas concentrados, dado que monopoliza la interpretación constitucional, tiene la potencialidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efecto retroactivo o no [...]», SAGÜÉS, Sofía, “Control de constitucionalidad en Estados Unidos de América”, en *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional*, Liber amicorum Néstor P. Sagüés, Tomo II, op.cit., esp. página 54.

La reciente recepción por la mayoría de la Corte [posición que había adoptado la disidencia en CSJN, Fallos, 329:4542 (2006)] en el caso “H.” [CSJN, Fallos 332:111 (2009)] de la “class action” (institución de origen anglosajón) con sentencias con efectos *erga omnes* se muestra como otro claro ejemplo de lo que señalan estas posiciones doctrinarias. Véase. comentarios a este caso en, BASTERRA, Marcela I., “Legitimación procesal y efectos de la sentencia”, *Horizontes...*, Tomo II, op.cit., páginas 381 y ss.

36 Véase. abundante bibliografía americana [Cardozo, Pound, Llewelyn, Corbin, Padin, Frank, Stone, Oliphant, entre otros] sobre el carácter creador de la actividad judicial, CUETO RÚA, Julio C., *Common Law*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997, página 71-73. Cfr. “¿El intérprete realiza función creadora? No. Su misión es más bien reproductora, en la medida de que el intérprete recorre inversamente el camino seguido por el creador de la norma”, ROMERO, *Temas constitucionales...*, op.cit., página 72.

37 VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Constitucional*, op.cit., página 102. En igual sentido, CARRIÓ dice: “En suma: La Corte, guardiana final de la Constitución, se ha esforzado en preservar para el recurso extraordinario el papel de un verdadero recurso extraordinario”, *idem*, Prólogo al libro de BARRANCOS Y VEDIA, *Recurso extraordinario y ´gravedad institucional´*, segunda edición actualizada, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1991, página 9.

38 VANOSSI, Jorge R., *Recurso extraordinario federal- Control de Constitucionalidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, página 79.

39 “Definir la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas es gobernar, es tomar decisiones políticas”, BARRA, Rodolfo C., “Caso Polino: La Corte ratifica su papel constitucionalidad”, *Revista Jurídica E.D.*, 27 de Mayo, 1994, página 5. Para mayor información: BIDART CAMPOS, Germán, *La Corte Suprema*, Allende y Brea, Buenos Aires, 1982; OYHANARTE, Julio, “Historia del Poder Judicial”, *Revista Todo es Historia*, N° 61, mayo de 1972, página 90 y SANTIAGO, Alfonso (h), “*La Corte Suprema, sus funciones y el control constitucional*”, *Revista Jurídica La Ley*, t.1993-E, Sec-Doctrina, páginas 867 y ss.

40 SANTIAGO, Alfonso, “La Corte Suprema, sus funciones y el control constitucional”, op.cit., página 877. Ampliar. SANTIAGO, Alfonso (h), *La Corte Suprema y el control político*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999. Sobre la Corte Suprema americana, puede verse, entre otros, DE TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, traducción de la 7ma edición francesa,

Poder del Estado cuando resuelve fallos institucionales⁴¹ cumple funciones de neto corte política sobre las otras que tiene encomendadas. Así le asigna a la Corte Suprema la función de control como poder moderador y árbitro del sistema político, de la que se derivan normas y principios para juzgar el acierto de su actuación.»

La doctrina⁴² también recomienda tener como objetivo del sistema político la instauración de un alto tribunal estable que pueda cumplir en forma eficaz las funciones precisadas y sienta precedentes duraderos que garanticen mayor seguridad jurídica.

2. Doctrina de la interpretación armonizante. Conflicto entre derechos, valores e intereses constitucionales. Cotización de derechos

Uno de los roles fundamentales del Poder Judicial es la resolución de los «conflictos o colisiones efectivas entre derechos o deberes constitucionales; valores; principios e intereses» convirtiéndose en un tema de indudable importancia.

Según la doctrina⁴³, la jurisprudencia del Alto Tribunal sostiene la posición armonizante tanto de los derechos constitucionales como de las atribuciones estatales.

Imprenta Central de Bartolomé Victory y Suarez, Buenos Aires, 1864, página 80-82. Cfr. “las Cortes o Tribunales Constitucionales, ejercen lo que nosotros hemos dado en llamar el *Alto Magisterio Constitucional*”, HARO, Ricardo, “ ‘Marbury v. Madison’ : el sentido constituyente y fundacional de su sentencia” (Homenaje con motivo del Bicentenario de su pronunciamiento 1803- 2003, Suplemento de Derecho Constitucional, LL, 23/08/2004, Buenos Aires, página 68.

- 41 El autor considera fallos institucionales a los siguientes: Caso Peralta (La Ley, 1991-C, 518), Ekmekjian (La Ley, 1992-C, 543), Montalvo (CSJN, M.114, XIII), Dromi (La Ley, 1990-E, 97), Polino (La Ley, 1994-C-29), Romero Feris (La Ley, 12 de Octubre de 1994), etc. Igual criterio se observa en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia [CSJN, “Barreto, Alberto D. y otra c/Buenos Aires, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, 21 de marzo de 2006, publicado en RAP (334), página 179, 2do párrafo del cons. 16) del voto de la mayoría] cuando dice: “La interpretación que postula este pronunciamiento se exhibe en las actuales circunstancias como valiosa en grado sumo, pues a la par que armoniza y concilia los legítimos intereses de los particulares a ser juzgados con imparcialidad con el debido respeto a las autonomías provinciales, tiene esencialmente en miras -sin prescindir de la competencia examinada- profundizar los instrumentos apropiados para mejorar el funcionamiento de esta Corte, *concentrando sus decisiones de modo preferente en el responsable ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente y de mayor trascendencia institucional*”. El resaltado es mío.
- 42 “La Constitución es la garantía de la minoría que, cuando se ve amenazada por la vehemencia impaciente de una mayoría, puede recurrir a esta ley permanente que encuentra su intérprete y guardián en una Corte situada por encima de los asaltos de facciones. Para cumplir esta función, la Corte debe ser estable como la Constitución es estable”, GIALDINO, Rolando E., “El Poder Judicial y los Jueces en la República Representativa”, *El Derecho*, T. 147, página 970.
- 43 “Todos los principios, los valores y los derechos que componen el sistema axiológico ya explicado, y que cubre tanto la parte dogmática como la parte orgánica, presiden el diseño del orden socioeconómico propio del Estado Social”, BIDART CAMPOS, Germán, “La reforma de 1994 y el

Así, en varios casos⁴⁴, la Corte Suprema argentina sostuvo: «los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución nacional tienen igual jerarquía⁴⁵ [...] la interpretación debe armonizarlos» y en otros⁴⁶, adhirió a «la inexistencia de derechos constitucionales absolutos».

Como resultado de esta tesis –sostiene Sagüés⁴⁷–: «un derecho constitucional no debe extinguir a otro»⁴⁸. Igual criterio, debe seguirse –prima facie– en relación: atribuciones estatales; valores; intereses y principios constitucionales⁴⁹.

¿Cómo debe actuar el operador jurídico ante un vacío normativo? En esta situación, la doctrina⁵⁰ y la jurisprudencia del Alto Tribunal nacional⁵¹ sostiene: «debe colmarse dicho espacio recurriendo a la unidad sistemática y coherente del texto íntegro, la relación y coherencia con que hay que abarcar la totalidad de sus normas, la centralidad y mayor valor que reviste el sistema de derecho obligan a indagar en todos los resquicios de la Constitución». El principio básico de **coherencia** deriva etimológicamente del latín *cohaerentia* [radical del participio activo de *cohaerere*- tener conexión, adherirse, formar un todo] y –según Spota⁵²– consiste en «la necesidad de dar respuestas no solamente equilibradas, sino que, fundamentalmente intercomunicadas, que muestren la razonabilidad y la racionalidad de lo que se explicita y sus consecuencias.» También el juez o intérprete debe recurrir a los valores y/o principios generales del derecho.

Derecho Constitucional”, en *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, Serie II- Obras-Número 27, Buenos Aires, 1998, página 149.

44 “C.”, CSJN Fallos 255:293; “D.”, CSJN, Fallos 264:94; “S.”, CSJN, Fallos 272:231; CSJN, “C. N. de A. y S.”, Fallos 310:2709; entre otros.

45 BIDART CAMPOS, Germán, *Diario El Derecho*, 11/02/1985.

46 CSJN, Fallos 257:275; 258:267; 262:205; 290:83; 297:201; 300:700; 304:319 y 1524.

47 SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo II, Editorial Astrea, 1993, Buenos Aires, página 255.

48 Véase. CSJN, “P.”, Fallos 312: 496: “..la Corte Suprema aborda francamente la solución de una suerte de tensión entre derechos y obligaciones correlativos entre dos normas instituciones, como son, por un lado la libertad de culto y, por otro, el deber del servicio militar (arts. 14 y 21)”, SAGÜÉS, *Elementos...*, Tomo II, op.cit., página 256.

49 Véase. La Corte Suprema recomienda armonizar ante un “conflicto entre los principios constitucionales de división de poderes y defensa en juicio”, CSJN, Fallos 310:2716.

50 BIDART CAMPOS, Germán, “La reforma de la Constitución”, op.cit., página 148.

51 “ningún derecho esencial de los que la Ley Suprema reconoce puede esgrimirse y actuar aisladamente porque todos forman un complejo de operatividad concertada de manera que el Estado de Derecho existe cuando ninguno resulta sacrificado para que otro permanezca” (CSJN, Fallos 256:241; 258:267; 259:403; 311:1438).

52 SPOTA, Alberto, “Ámbito legítimo de actuación y valimiento de los Capítulos dogmáticos de las Constituciones Provinciales, en el cuadro de distribuciones de competencias de la Constitución Argentina”, ED, T.116, Buenos Aires, página 965. Véase. reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia [en adhesión al dictamen del Procurador Fiscal] (C.92. XLIII “C. A. de B. de D. y S. en L. c/ E. Ley 25873- Dto. 1563/04 s/amparo Ley N ° 16986”, 4 de agosto de 2009) en donde se advierte falta de coherencia en el fallo y dice: “no existe mayoría de opiniones sustancialmente coincidentes sobre la solución de la cuestión debatida, lo que invalida el pronunciamiento” [como acto jurisdiccional válido].

¿Qué ocurre cuando el conflicto se produce entre derechos constitucionales o entre valores, principios o intereses jurídico-constitucionales contrapuestos entre unos y otros? Se debe distinguir varias situaciones: a) en el caso de encontrarse frente a uno de los derechos que gozan de la misma jerarquía se debe procurar armonizarlos, y en el caso de ello no ser posible, se deberá elegir uno mediante un **prudente arbitrio**; b) si la discrepancia es meramente normativa –producto de una ley calificada de suprema y otra que no lo es–, se deberá recurrir al principio de la supremacía constitucional⁵³ y partiendo de la carta constitucional buscar una solución razonable al caso⁵⁴. Aquí la interpretación constitucional «ha de tender al desenvolvimiento armoniosa de las autoridades federales y locales y no al choque y oposición entre ellas; en efecto, «nada obsta a la convivencia legal y material de los dos principios siguiendo en sus respectivos campos de acción, sin roces ni conflictos irreparables, que no los hay posibles dentro de la Constitución, como quiera que no se han instituido en ella poderes discrepantes y facultades en discordia, sino al contrario, entidades legales armonizadas en la afinidad suprema de la organización social y del bien público, principio y fin de las instituciones políticas que nos rigen»⁵⁵. Por eso –y siguiendo a Korn Villafañe⁵⁶– constituye «un grave error científico editar el texto de una Constitución Provincial separadamente del texto de la Constitución Nacional, pues los dos textos forman un conjunto orgánico»⁵⁷. Con igual énfasis, Spota⁵⁸ sostiene: «De la misma manera, que el capítulo orgánico de la Constitución Nacional ha descrito la distribución de las competencias entre el Estado federal y las provincias, por un principio de congruencia lógico, y de

- 53 “cuando el conflicto está planteado entre normas de distinta jerarquía en la pirámide normativa, debe preferir la aplicación de la norma superior y eliminar la norma inferior”, VANOSSO, Jorge R., *Teoría constitucional*, Tomo II, editorial Depalma, Buenos Aires, 1976, página 128.
- 54 “el juez se limita a declarar la incompatibilidad de la norma o acto de rango inferior (la ley, reglamento o acto administrativo), con la de rango superior (la Constitución, ley o reglamento, según el caso)”, MAIRAL, Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Tomo I, editorial Depalma, Buenos Aires, 1984, página 109. En sentido concordante, expresa MULLER: “la revisión judicial presupone sólo una jerarquía de normas no una jerarquía de poderes”, MULLER, G., *Fundamental problems of judicial protection in a democratic constitutional state*, Max Planck, vol. III, página 3 cit. SESIN, Domingo J., *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1994, página 217.
- 55 Véase 2do párrafo del consid. 6 de la CSJN, “P. J. de la P. de S. F. v. P. de S. F”, publicado en JA, Número 5931, 3 de mayo de 1995, página 31. Véase voto de FAYT y sus citas, en CSJN, Fallos 313:594. En otro fallo, la Corte Suprema sostuvo: “Por tanto, no toda norma nacional tiene prioridad sobre una provincial, sino sólo aquella ley (o decreto, resolución, ordenanza, etc.) dictada como consecuencia contra la Constitución, es decir, dentro de los poderes conferidos por ella al Estado federal, expresa o implícitamente (“Soc. Comercial e Ind. Jiménez Vargas Hnos”, Fallos 239:343)”, SAGÜÉS, *Elementos...*, Tomo I, páginas 227 y 228.
- 56 KORN VILLAFANE, Adolfo, *Derecho Público Político (el Código de Manilas y la Constitución Nacional) Derecho municipal y Provincial*, Tomo I, Librería Santa Catalina, La Plata, Buenos Aires, 1936, página 148.
- 57 Véase método sistémico (D) del § 3 ut supra.”La interpretación orgánica presume, pues, que la Constitución tiene distintas partes, pero que ellas forman una unidad coherente”, SAGÜÉS, *Recurso Extraordinario*, Tomo II, op.cit., página 10.
- 58 SPOTA, “Ámbito...”, op.cit., página 968.

aplicación racional, el capítulo dogmático de la Constitución Nacional es al tiempo, que el antecedente necesario del capítulo orgánico, también la explicitación de las competencias en este caso en lo que se refiere a declaraciones, derechos y garantías entre lo federal y las provincias»; c) otra eventual conflicto puede suscitarse entre valores, principios o intereses. Sobre este tema, sostiene la doctrina –Sagüés⁵⁹, Alexy-Dworkin⁶⁰, Balaguer Callejón⁶¹, Vanossi⁶²– y la jurisprudencia del Alto Tribunal⁶³ que no es dudosa la preferencia a favor del valor, principio o interés que goce de mayor jerarquía. Para ello habrá que cotizar o balancear los derechos o valores constitucionales en conflicto [balancing test⁶⁴]. Esta tarea la deberá realizar, en cada caso, el operador jurídico que tenga en sus manos conflictos de tales características. Así se definirá la duda interpretativa sobre la base de la escala de valores que aquel maneje y a la ideología que profese. En el caso de conflicto de valores, la Corte –según Sagüés⁶⁵– ha dicho: «siempre que sea forzosa la ponderación de valores jurídicos contrapuestos debe darse preferencia al que revista mayor jerarquía» [Fallos, 255:130; 253:133]. En tal tarea corresponde dar prioridad a los que revisten mayor interés público⁶⁶ y d) en el caso del conflicto entre la inteligencia o validez de un precepto constitucional o legal [de carácter normativo] y un valor-principio constitucional se debe integrar espíritu y fines de las normas con los principios fundamentales del derecho. En fin, el bien

59 “Por ejemplo, en “SA Ultramar”; Fallos, 263:453, vuelve a leerse que siempre que sea forzosa la ponderación de valores jurídicos contrapuestos, la elección a favor del que reviste mayor jerarquía no es irrazonable: la doctrina es aplicable, en particular, a los intereses que revisten “indudable y serio interés público”, SAGÜÉS, Néstor P, *Elementos...*, Tomo II, op.cit., página 256; *idem*, “La censura previa judicial a la prensa. Problemática constitucional”, en *Anales de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales*, Tomo XXVII, 1988, Córdoba, páginas 99 y ss.

60 Ambos coinciden que en caso de conflicto de principios debe sopesárselos, viendo sus *niveles de importancia*. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1993, páginas 88 y 166-167; DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, España, 1984. Cfr. TOLLER, Fernando, *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva*, FEDYE – La Ley, Buenos Aires, 1999, página 423.

61 “el posible conflicto entre los principios no se resuelve nunca por virtud de una aplicación jerárquica de principios superiores que determine la invalidez de los inferiores, como puede ocurrir con los conflictos entre normas. Por tanto, en las colisiones entre principios deben utilizarse otros términos: *más que de jerarquía cabe hablar de preferencia aplicativa o de primacía o prevalencia, si se quiere*”, BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación...*, op.cit., página 131. En igual sentido, la Corte ha dicho que siempre que sea forzosa la ponderación de valores jurídicos contrapuestos debe darse preferencia al que revista mayor jerarquía (“Mayantz y otros”, Fallos, 255:330, y “SA Ultramar Petrolera”, Fallos, 263:453), SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, op.cit., página 60.

62 “Como en todo conflicto hay intereses en juego, la solución que arbitre el juez-intérprete consistirá en asignar una preeminencia en un conflicto de intereses. Y ello es así, aunque esa asignación esté revestida de las características externas más semejantes a un acto técnico de precisión judicial”, VANOSSO, Jorge R., *Teoría Constitucional*, Tomo II, op.cit., página 129.

63 “En el supuesto de conflicto de valores jurídicos contrapuestos, no es dudosa la preferencia a favor del que tiene mayor jerarquía”, CSJN, Fallos 255:330 (1963).

64 Véase. apart. A) § 2 ut supra.

65 SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos*, Tomo I, op.cit., página 60.

66 “En tal tarea, cabe privilegiar los intereses que revisten mayor interés público (“Orquín”, Fallos, 264:416)”, SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos*, Tomo I, op.cit., 1996, página 60.

común –según el autor citado⁶⁷– debe operar «como una especie de valor-síntesis.» Se integra con una cuota básica de libertad, justicia, orden, paz, seguridad, igualdad, solidaridad, etc.

a) Preferencia concreta vs. abstracta entre los derechos, valores y principios constitucionales

5. Los derechos constitucionales⁶⁸ son «todos aquellos enunciados normativos, facultades o atribuciones que están reconocidos de modo explícito [expreso o inferidos de valores o principios superiores del orden constitucional], implícito [no enumerados] o imputado en la Constitución» a diferencia de los «valores o principios» [pautas axiológicas que emanan de una interpretación razonable de la Constitución].

I) Tratados Internacionales

«¿Hacia dónde camina el Derecho Constitucional? Muy posiblemente, observando la situación actual, podríamos decir que el Derecho Constitucional camina hacia la adopción de dimensiones internacionales» [Gómez Fernández, Itziar⁶⁹].

i) Jerarquía de los tratados internacionales antes de la reforma constitucional

En nuestro país, se discutió (en varias oportunidades y escenarios) la ubicación en la pirámide jurídica de los tratados mediante la interpretación del artículo 31 CN (constitucional, infraconstitucional supralegal o legal).

67 Ibidem, Tomo I, página 61.

68 Ibidem, Tomo II, página 247-248. Este autor también sostiene que si bien se percibe una distinción teórica entre los derechos [importan facultades y atribuciones] y las garantías [herramientas o medios para efectivizar los derechos] su diferenciación no siempre es nítida [no hay pautas claras en este punto], ibidem, página 227. BIDART CAMPOS [*Tratado Elemental*, Tomo I, op.cit., página 211], por su parte, diferencia a los derechos [que inviste quien es sujeto titular o activo de los mismos se reputan ambivalentes o bifrontes. Son oponibles erga omnes (contra todos)] de la garantías [sólo dan origen a pretensiones que el hombre puede hacer valer ante el Estado exclusivamente y son oponibles solo ante él]. En igual sentido [aunque fijando su propia posición sobre el tema], VANOSSI [en *Teoría Constitucional*, Tomo II, op.cit., páginas 18-20] señala: “los denominados ´ derechos ´ como las llamadas ´ garantías ´ pertenecen por igual a la categoría de las *normas de conducta*, o sea, de aquellas que -por su destino próximo- están inmediata o directamente dirigidos a los particulares” [...] “son del mismo modo normas de competencia negativa o prohibitiva para el Estado: limitaciones o prohibiciones al poder de los órganos estatales. La única diferencia formal radica en que mientras los ´ derechos ´ tienen una enunciación afirmativa con respecto a las facultades de las personas (v.gr., art. 14), las ´ garantías ´ se presentan como fórmulas prohibitivas o negativas con relación a los potestades públicas (v.gr, art. 18)”. Cfr. “así, hay declaraciones que importan derechos reconocidos o concedidos, derechos que son a la vez garantías, y garantías que significan derechos y declaraciones”, GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Angel Estrada y Cía, Buenos Aires, 1951, página 103.

69 GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, “La evolución del derecho constitucional en los albores del siglo XXI”, Revista *Conceptos*, Año 75, N ° 1, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, Enero-Febrero 2000, página 54. En igual sentido, en octubre de 2010 se realizó en la Universidad de Buenos Aires el Simposio Humboldt “Internacionalización del Derecho Constitucional-

En una primera etapa, la Corte Suprema [en el fallo 35:207] consideró: «las normas internacionales poseían rango superior a las leyes nacionales».

Años después, el Alto Tribunal sostuvo la paridad jerárquica entre leyes y tratados derivada de la interpretación literal del art. 31 C.N.⁷⁰ En el marco de tal concepción podía una ley modificar un tratado si era posterior a éste⁷¹ y un tratado posterior no prevalecía sobre las leyes nacionales anteriores⁷².

En los casos de fallos 257:99 [1963]⁷³ y 271:7 [1968] se afirmó el mismo principio en cuanto consideraban que en la relación ley-tratado todo dependía de la aplicación de la ley o tratado posterior, o bien, que el tratado o ley especial, «derogaba»⁷⁴ el tratado o ley general.

En un tercer ciclo, la Corte Suprema varía su interpretación –en especial al resolver la causa Fallos 315:1492⁷⁵– cuando postula que los tratados son leyes supremas de la Nación [artículo 31 C.N.]⁷⁶ y vuelve a atribuirle rango superior a las leyes, pero infraconstitucional.

Para ello, el Alto Tribunal se funda en tres sólidos argumentos: a) el Congreso no puede derogar un acto complejo federal como es la negociación y firma del tratado

Constitucionalización del Derecho Internacional”, organizado por la Fundación Alexander von Humboldt, la Embajada alemana y el Servicio Alemán de Intercambio Académico.

70 Cons. C.S.J.N, Fallos t. 208: 84, julio 23/1947 y Cámara Federal de Capital Federal, sept. 4/46, J.A, 1946-III, página 280.

71 “No existe fundamento normativo alguno para acordar prioridad de rango a ninguno. Rige el principio según el cual las leyes posteriores derogan a las anteriores”, C.S.J.N, Noviembre 6/ 1963 en E.D., T.7, página 784. Véase fallos recientes sobre el derecho a réplica, “S. A. c. E. de la U.”, Revista Jurídica L.L , T. 1989-B-548 y “E. c. N.”, en Revista Jurídica L.L , T. 1989-C-18.

72 C.S.J.N, Fallos 254:500 [1962].

73 “Ni el artículo 31 ni el 100 [actual 116] de la CN atribuyen prelación o prioridad de rango a los tratados con las potencias extranjeras respecto a las leyes válidamente dictadas por el Congreso Nacional. Ambas normas –leyes y tratados– son calificadas como ley suprema de la Nación, rigiendo a su respecto el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores”, C.S.J.N, Fallos 257:99 [1963].

74 “La expresión “derogaba”, señalada entre comillas por nuestra parte, remarca la equivocación que ha sido remediada por esta reforma constitucional de 1994, pues los tratados no se pueden derogar por leyes; se incumplen y ese incumplimiento genera responsabilidad internacional para el Estado”, TRAVIESO, Juan Antonio, “La reforma constitucional argentina de 1994”, Revista Jurídica L.L 12 de diciembre de 1994, página 2.

75 Véase. MAYER, Jorge M., “La evolución del derecho de prensa. El caso Ekmekdjian. La reparación del daño moral”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Anales- Año XXXVIII, Segunda época, número 31, especialmente páginas 36-51. En el mismo sentido, “S. de C., M. R., s. Amparo”, sentencia del 8 de septiembre de 1992, publicado en “La Ley”, T. 1992-D; CSJN, Fallos 316:1669 (1993); Fallos 317:1282; entre otros.

76 C.S.J.N, E.64.XXIII, “E., M. A. c. S., G. y otros”, Cons. 15. En igual sentido, se expide la Corte en el caso “S., F. H. y otro c. M. de B. A. “ Fallo C.S.J.N, L.L 1995-A-397; CSJN, Fallos 316: 2454, Consid. 16 de la mayoría; entre otros.

[atribución presidencial] [actual inc. 11 del Art. 99 CN], aprobación por parte del Congreso Nacional [actual inc. 22 del Art. 75 CN] y ratificación o conclusión de un tratado donde interviene el Poder Ejecutivo [actual inc. 11 del Art. 99 CN]⁷⁷; b) un Estado no puede invocar una disposición de derecho interno para incumplir un tratado⁷⁸ y c) no honrar obligaciones internacionales genera responsabilidad del Estado⁷⁹.

En este leading case, la Corte Suprema argentina abandona el sistema dualista por un monista moderado⁸⁰, que reconoce el siguiente principio: «el Derecho Internacional forma parte del derecho del país». La aplicación del mismo deja el camino abierto a la incorporación de la normativa del Derecho Comunitario, cuya aplicación es inmediata y con efecto directo en el ordenamiento jurídico nacional⁸¹.

ii) Jerarquía de los tratados internacionales según el inc. 22 del art. 75 de la Constitución

En un cuarto período, la doctrina⁸² y la jurisprudencia sustentada por recientes casos relevantes emanados de la Corte Suprema –citados en el apartado anterior– y que sirvieron de base para la incorporación de una cláusula constitucional que jerarquiza los tratados. Así la Ley N° 24 309 –apart. I de los temas habilitados por el Congreso para el debate por la Convención Nacional Constituyente– lo incluyó entre los puntos a considerar por ella.

77 Cons. 17 del voto de la mayoría en CSJN, Fallos, 315:1492 cit. Véase. la voz “ratificación” en el *Oxford Law Dictionary*, Sixth edition, EE.UU, 2006, página 439.

78 Véase. párrafo 18 del Art. 27 de la Convención de Viena sobre los derechos de los tratados, ratificado por la Argentina 5/12/1972 y en vigor desde 1980, *Tratados y Documentos Internacionales*, Editorial Zavallia, marzo 1992. Véase. Consid.18 del voto de la mayoría en CSJN, Fallos, 315:1492.

79 Consid. 16 18, 19 del voto mayoría en CSJN, Fallos, 315:1492. Véase. HITTERS, Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales”, *Diario LA LEY*, 7 de mayo de 2007, páginas 14.

80 “La concepción monista sostiene la unidad del derecho, y a su respecto existen dos posiciones: a) la que subordina el derecho internacional al derecho interno y b) la que subordina el derecho interno al orden internacional. Esta a su vez, aparece subdividida en dos corrientes: la ‘ radical ’ según la cual toda norma del derecho nacional contraria al derecho internacional es nula y la ‘ moderada ’ que sostiene que la solución de los conflictos se encuentra en la unidad del sistema jurídico basado en la Constitución de la comunidad jurídica internacional”, DE LA GUARDIA, Ernesto, “El nuevo texto constitucional y los tratados”, *El Derecho* N° 8691, 17/02/1995 cit. RODRÍGUEZ TISSERA, Carlos A., “Consideraciones acerca de los acuerdos internacionales a partir de la reforma constitucional”, *Semanario Jurídico* T. 75 – 1996-B, página 282.

81 Véase la experiencia inicial europea en: PÉREZ TREMPES, Pablo, “El concepto de integración supranacional en la Constitución”, en *REDA*, Año 5- N ° 12/13, Buenos Aires, Enero-Agosto 1993, páginas 53 y ss.

82 REY CARO, Ernesto José, “Los Tratados internacionales y la Constitución Nacional...”, *Revista Notarial*, N ° 91, La Plata, Provincia de Buenos Aires, 1985, páginas 702-703; HARO, Ricardo-ZARZA MENSAQUE, Alberto, “La integración latinoamericana y la reforma de la Constitución”, *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Año XXXIX, Agosto-Diciembre de 1975, páginas 163-164.

A partir de la reforma constitucional, el artículo 31 CN⁸³ ha quedado remozado por los dilemas interpretativos existentes antes de las modificaciones introducidas por los incisos 22 y 24 del artículo 75 CN.

El inc. 22 del artículo 75 CN exige del Congreso Nacional un quórum agravado para aprobar o desechar tratados. Este procedimiento se completa con la promulgación y/o ratificación [ingresando al orden interno nacional] por el Poder Ejecutivo transformándose en un **acto complejo de naturaleza federal**⁸⁴ o acto federal complejo⁸⁵. En la actualidad se vislumbran dos órdenes supralegales en la pirámide jurídica.

El primer nivel compuesto por la Constitución Nacional y los «tratados constitucionales⁸⁶ o sobre Derechos Humanos⁸⁷» que están expresamente enumerados en el inciso 22 del Artículo 75 CN que se encuentran en la cúspide del sistema del ordenamiento jurídico interno, con el mismo rango que la Constitución Nacional⁸⁸.

83 “De acuerdo con lo establecido por el Artículo 31 de la Constitución Nacional los tratados, junto con la misma Constitución y las leyes del Congreso, “son la ley suprema de la Nación”, es decir, integran nuestro ordenamiento jurídico, obligando no sólo a la Nación en sus compromisos frente a terceros Estados, sino también en relación con su aplicación directa- siempre según los términos del tratado en lo que respecta a sus propios nacionales”, BARRA, Rodolfo Carlos, *La protección constitucional del Derecho a la Vida*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, página 28.

84 “producto de la voluntad de por lo menos dos Estados”. Cfr. “La ley es una expresión unilateral de la voluntad de un Estado”, SAGÜÉS, *Elementos...*, Tomo I, op.cit., página 225.

85 “De este modo, los tratados internacionales pertenecen al contexto del derecho federal por su contenido y por su forma, ya que desde este último aspecto, los convenios internacionales como acuerdos entre Estados referidos a derechos de soberanía constituyen un ‘acto federal complejo’, por cuanto intervienen en su perfeccionamiento los poderes Ejecutivo y Legislativo. El Ejecutivo los concluye y suscribe, el Legislativo dicta la ley federal respectiva aprobándolos o no y, finalmente, el Ejecutivo mediante un acto de autoridad nacional los ratifica (cfr. Arts. 99 inc. 11 y 75 inc. 22 y 24, Constitución Nacional)”, PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “El recurso extraordinario y los tratados internacionales”, LL, T. 2004-B, páginas 1144-1145.

86 Véase interesante “Cuadro de la jerarquía normativa de nuestro sistema jurídico, luego de la Reforma Constitucional de 1994” en BARRA, Rodolfo Carlos, *La protección constitucional del Derecho a la vida*, op.cit., páginas 158-161.

87 Dichos tratados deben ser adecuadamente complementados con la parte dogmática de la Constitución Nacional. Los tratados expresamente enumerados en la cláusula constitucional ya tienen jerarquía constitucional, los demás tratados deberán ser aprobados por el Congreso por un procedimiento especial para poder ser elevados a tal jerarquía. Gregorio BADENI –en op.cit., página 143– ubica a la Constitución Nacional en un primer orden, a los tratados de derechos humanos enumerados en la Constitución en un segundo lugar; a los tratados de integración en un tercer orden; a los tratados no enumerados en un cuarto orden y a las leyes en un quinto orden.

88 BIDART CAMPOS considera en cambio que la nueva norma al atribuir a las declaraciones y los tratados que cita el mismo nivel de la Constitución, les hace compartir la *supremacía* de ella, con suficiente proximidad –en materia de derechos humanos– respecto del principio internacional de primacía del derecho internacional sobre el derecho interno. Ídem, op.cit., página 554. Cfr. “En su carácter universal reside su novedad histórica: la Declaración de los Derechos Humanos puede ser considerada el documento fundador de la globalización. Nos recuerda día tras día que todos los seres humanos estamos hermanados en la aventura de construir nuestro destino”, WAYNE, Earl Anthony, “Derechos Humanos, de Roosevelt a Obama”, *Diario LA NACIÓN*, Buenos Aires, 10 de diciembre de 2008, página 19.

Sin embargo, dichos tratados deben **respetar** los principios del derecho público [artículo 27 CN]⁸⁹ y **complementarse** con la parte dogmática [no modificada por la reforma constitucional 1994]⁹⁰. Estos tratados producen efectos y tienen jerarquía constitucional con los alcances y condicionamientos con lo que han sido incorporados⁹¹ al ordenamiento jurídico nacional, por eso el inc. 22 art. 75 CN señala: «en las condiciones de su vigencia»⁹². Ellos deberán estarlo⁹³ y no podrán derogar artículo alguno de la primera parte de esta Constitución, en caso de conflicto, deberán armonizarse⁹⁴. En cambio, si se produjera una contradicción entre un tratado y alguna cláusula de la parte dogmática de la Constitución prevalecerá ésta como **norma expresa** por sobre la norma incorporada⁹⁵. Bidart Campos⁹⁶, por su parte, dice: «si

89 Véase sobre principios, principalmente, el punto V); C) § 3 ut supra.

90 “Si mediante un tratado de esta naturaleza no es viable la derogación de artículo alguno de la primera parte de la Constitución, que además de enunciar derechos también formula declaraciones y principios de organización estatal, significa que los tratados internacionales sobre derechos humanos, a pesar de tener “jerarquía constitucional”, están subordinados a una Constitución que no pueden modificar”, BADENI, Gregorio, “*Reforma Constitucional*”, op.cit., página 142. En igual sentido, en el caso “M.” (Fallos 319:3148 [26/12/96], cons. 20, 21, 22 del voto de la mayoría), la Corte Suprema sostuvo: “Lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución, aunque el constituyente no haya hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los Tratados tienen la misma jerarquía, son complementarios y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”. Cfr. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, “El derecho de los Tratados Internacionales”, Tomo V, editorial Ediar, Bs. As, 1995, páginas 552 y ss.

91 “Hay que ser precisos en el lenguaje jurídico, y entonces lo que corresponde decir es lo siguiente: *las declaraciones y los tratados sobre derechos humanos a los que el inciso 22 reconoce jerarquía constitucional gozan de ella sin estar incorporados a la Constitución y, fuera de su texto, integran el llamado bloque de constitucionalidad federal*”, BIDART CAMPOS, *Tratado...*, op.cit., página 555. En igual sentido, HERNÁNDEZ, Antonio M. (Coordinador); FRÍAS, Pedro J.; ZARZA MENSAQUE, Alberto; BARRERA BUTELER, Guillermo E.; ITURREZ, Arturo H.; CORDEIRO PINTO, Luis; MAYOR, Armando; VERGARA, Ricardo A., *Derecho Público Provincial*, ob.conjunta, Lexis Nexis, 2008, página 15. SAGÜÉS, por su parte, adhiere a la tesis amplia, entendiendo por tal al “conjunto de reglas de naturaleza constitucional con y sin supremacía, primarias o secundarias, formales o informales”, *ibidem*, *Elementos...*, Tomo I, op.cit., páginas 118-119. En igual sentido, GELLI, María Angélica, “Dilemas del recurso extraordinario federal”, LL T. 2004-A, página 1302.

92 Véase BIDART CAMPOS, op.cit., páginas 557-559.

93 “Si dejase de tener vigencia en el ámbito internacional, el tratado –que es constitucional en tanto que tratado– perderá también su vigencia en el ámbito interno y por tanto perderá su calidad de constitucional, ya que dejará de ser una norma jurídica invocante”, BARRA, Rodolfo C., *La protección constitucional*, op.cit., página 33. Véase. LEGARRE, Santiago, “El tratado internacional y su aprobatoria en el derecho argentino”, *Revista jurídica L.L.*, 20/12/1995, especialmente, página 4.

94 “Los tratados de derechos humanos ´ se encuentran en pie de igualdad con la Constitución Nacional; no es que la integren estrictamente, sino que la complementan en igualdad de rango ´”, BARRA, Rodolfo C., C.N.C., D.S, páginas 2835.

95 “En tal caso se daría una situación paradójica de la inconstitucionalidad del tratado constitucional, que estrictamente, no está destinado a reformar a la Constitución, sino a perfeccionarla. Además de la derivada contradicción absoluta, la inconstitucionalidad del tratado constitucional podría suceder

bien las normas constitucionales tienen todas igual rango, los derechos en sí mismos pueden tener jerarquías diferentes». Sin pretender exponer todas las posiciones se visualizan, en principio, dos claramente opuestas y una reciente propuesta alternativa sobre este particular. Por un lado, Bianchi⁹⁷, Sagüés⁹⁸, Saux⁹⁹, Hitters- Martínez-Tempesta¹⁰⁰, Toller¹⁰¹, Martínez¹⁰², Rabi-Baldi Cabanillas¹⁰³, entre otros—siguiendo la

cuando no sea posible realizar, en el caso concreto, una interpretación integradora de las dos normas que el tratado conculque, en el caso y para parte concreta, el derecho que a esta última le reconoce el texto constitucional”, BARRA, op.cit., página 37-38. Cfr. NATALE, Alberto, *Comentarios...*, op.cit., página 105.

96 BIDART CAMPOS, Germán, Diario “El Derecho”, 11/02/1985.

97 “No me caben dudas de que el mayor de los dilemas que presenta el estudio y análisis de los derechos constitucionales es el de su jerarquía e interrelación. No tienen caso alguno estudiar los derechos constitucionales en abstracto, ello constituye una tarea no más que teórica y muy poco útil. La verdadera forma de estudiarlos es en su relación entre sí, pues ello es lo que nos confiere su verdadera dimensión”, BIANCHI, Alberto B., “El caso Texas vs. Johnson y el dilema de la colisión de los derechos constitucionales”, Separata de la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1990-II, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

98 Véase. SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos*, Tomo I, op.cit., 1993, página 32. Véase también. *Ibidem*, Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 1997, página 257.

99 SAUX, Edgardo I., “Conflicto entre Derechos Fundamentales”, LL T.2004-B, páginas 1071 y ss.

100 “La Convención de 1994, al darles a los pactos enunciados en el texto jerarquía constitucional, no ha violentado el Artículo 31 de la misma, ya que las normas que ingresaron por esa vía, si bien forman un todo con la Constitución, son complementarios. Ello significa, que en el caso de una eventual contraposición con la Carta Suprema primará –en principio– ésta, teniendo en cuenta –como lo adelantáramos– que su Art. 27 permanece en esto. No obstante, esta pauta general, nada empecerá, que en el caso particular, el juez, como interprete final, le de prevalencia a los tratados, en tanto y en cuanto, ello sea más ventajoso para el ser humano, ante una eventual pretensión del Estado de restringir sus derechos”, HITTERS, Juan Carlos, MARTÍNEZ, Oscar J. y TEMPESTA, Guillermo, “Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos...”, E.D, Número 8613, 31 de octubre de 1994, páginas 7-8 cit. REY CARO, Ernesto J., *Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional*, ob. conjunta, Marcos Lerner editora, Córdoba, página 53.

101 “En rigor, de lo que se trata no es de ver la jerarquía abstracta o el ‘peso’ concreto de los derechos, sino de encontrar cuál de ellos es real en el litigio y cuál no, o si existen en parte uno y en parte otro –también se podría dar que ninguno de los litigantes tuviera razón–, osea, encontrar cuál es el *ius* del caso, lo justo entra las contrapuestas pretensiones de los justiciables, justo que a veces pertenecerá a uno, a veces al otro, y a veces será una composición equitativa de los intereses en conflicto”, TOLLER, Fernando M., *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva*, La Ley, Buenos Aires, 1999, página 416. Sin embargo, este último autor reconoce: “no se desconoce que haya ciertas diferencias de rango entre los derechos, diferencia especialmente notable en algún caso, como ocurre con el derecho a la vida, verdadera excepción sustancial a la igualdad de importancia entre los derechos fundamentales”, *ibidem*, páginas 425-426. En otra obra del precitado en conjunto con Pedro SERNA recomiendan: “la armonización de derecho, intereses y bienes jurídicamente protegidos y sostienen que la labor prudencial del juez debe dirimir el entuerto, armonizando los dos derechos aparentemente en pugna, cuidando que el ejercicio legítimo de ninguno de ellos sea destruido por el otro y buscando en cada litigio el mejor ajustamiento posible de los bienes en juego”, SERNA, Pedro- TOLLER, Fernando M., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, página 40.

102 Véase MARTÍNEZ, Gustavo Damián, “Libertad de Prensa vs. Derechos de la Personalidad”, Separata Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1994, página 25.

jurisprudencia de la Corte¹⁰⁴– consideran que la jerarquía de los derechos consagrados constitucionalmente resulta del análisis particularizado y circunstanciado al caso concreto, estableciendo allí cuál debe primar sobre el otro [tesis de balancing test o ponderación]¹⁰⁵.

Dentro de esta corriente de opinión se encuentra –según Sagüés¹⁰⁶– «a aquellos que sostienen que los derechos fundantes (como a la vida o a la libertad ambulatoria), posibilitan la realización de otros derechos (p. ej. de trabajar), entonces, como derechos posteriores, resultan (en principio) menos importantes que los primeros [...] los derechos de libertad parecen contar, prima facie, con una valoración superior a los patrimoniales y, por tanto, resultan menos limitables o restringibles que éstos últimos». La doctrina norteamericana denomina a esta posición como preferred rights o preferred freedoms [derechos o libertades preferidas]¹⁰⁷.

La otra posición –sustentada, en nuestro país, firmemente por Ekmekdjian¹⁰⁸, Bidart Campos, Padilla, entre otros– pretende hacer una jerarquización en abstracto de los derechos individuales contenidos en la Constitución [tesis de la jerarquización de los derechos constitucionales].

103 “Por el contrario, la ‘prelación’ de un derecho sobre otro únicamente puede realizarse al examinar cada caso, pues sólo en tal oportunidad es posible advertir el peso específico de los derechos en juego y, en definitiva, tanto la consistencia de un derecho, como, también la *inexistencia del derecho* de alguno de los derechos en debate”, RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, Los derechos constitucionales como “derechos naturales”: el punto de vista de la Corte Suprema durante el último decenio”, JA 29 de diciembre de 1999- Suplemento Número 6174, página 6.

104 “Los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía, y que la interpretación debe armonizarlos”, Véase: CSJN, Fallos, 255:293; 264:94; 272:231; 310:2709; etc.

105 Cfr. “Las transcripciones de fallos, tanto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuanto del Tribunal Superior de Justicia, así como la invocación de doctrina sin un análisis de porqué los primeros y la segunda son aplicables en el caso concreto, no suplen el requisito de la autosuficiencia que todo recurso debe cumplir para bastarse a sí mismo y ser procedente formalmente” (TSJCBA, causa SAC 110/99, “R., P. F. y B., G. M. s/ art. 78- carrera en la vía pública- s/ recurso de queja). Véanse “Boletines de Jurisprudencia” del Poder Judicial de la Ciudad.

106 SAGÜÉS, Néstor R., *Elementos...*, Tomo II, op.cit., página 257. Sobre la protección constitucional al derecho a la vida, véase. inc. 23 del Art. 75 de la Constitución Nacional; Art. 19 de la Constitución de Jujuy; entre otras.

107 Según Tribe [Laurence H., *American Constitutional Law*, Mineola, N.Y, The Foundation Press, EE. UU., 1978, página 737], a partir de 1938, comienza a tomar cuerpo el Modelo V [de los siete propuestos por el autor] denominado de las libertades preferidas (preferred rights). Se trata de un grupo de derechos personales sin contenido económico [regla del debido proceso incorporada en la Constitución americana (Decimacuarta Enmienda), libertad de expresión, de reunión, asociación, religión, de privacidad, entre otros] que no sólo merecen una mayor protección por parte del gobierno, sino que además sólo admiten una mínima intromisión de aquel en su regulación, salvo casos excepciones [vg. seguridad nacional]. Véase. “Tendencias jurídico- políticas del control y su perspectiva histórica”, BIANCHI, Alberto, *Control de constitucionalidad*, Tomo II, 2da edición, actualizada, Fundación Juan Manuel Estrada, Abaco, Buenos Aires, 2002, páginas 286 y ss.

108 EKMEKDJIAN, Miguel A., E.D , t. 114, p. 945.

Por último, Serna-Toller¹⁰⁹ proponen una alternativa denominada de tesis del equilibrio razonable¹¹⁰ basado en los principios de concordancia práctica¹¹¹ [todo bien constitucional puede retroceder ante otro de igual rango, pero en ningún caso «sacrificarse a él por entero»] y de unidad de los derechos fundamentales recurriendo a lo que habitualmente se conoce como determinación del contenido esencial del derecho.

«La conjunción de la doctrina de las libertades preferidas y del balancing test o ponderación conduce, en la práctica y en la dogmática constitucional, a resultados idénticos a la jerarquización, esto es, a declarar la supremacía de ciertos derechos frente a otros cuando ambos se encuentran prima facie en concurrencia», manifiestan críticamente los autores precitados.

En un segundo orden, se ubican los tratados de derechos humanos no enumerados¹¹², los concordatos con la Santa Sede¹¹³ (inc. 22, art. 75 CN); los tratados bilaterales de promoción de las inversiones extranjeras cuya ubicación se discute en doctrina¹¹⁴ y, por último, los tratados de integración que gozan de una jerarquía superior a las leyes pero

109 SERNA-TOLLER, *La interpretación constitucional...*, op.cit., página 18.

110 Ibidem, páginas 63-64-86.

111 Ibidem, páginas 34-35.

112 “En la actualidad, nuestro derecho constitucional establece dos procedimientos de vigencia del tratado, diferenciados por una también distinta actividad del Congreso: el simple, que requiere una ley de simple mayoría; y el cualificado, que precisa de dos leyes, la primera de simple mayoría que apruebe el tratado, y la segunda con mayoría de dos tercios, que le otorgue jerarquía constitucional”, BARRA, Rodolfo C., op.cit., página 32. Estos últimos luego de ser aprobados por el Congreso requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para poder ser incorporados a través del procedimiento de la subsunción a la Constitución. Se encuentran a favor de la misma: DROMI-MENEM, *La Constitución Reformada*, Ciudad Argentina, 1995, página 259. Cfr. BADENI, *Reforma Constitucional...*, op.cit., página 143.

113 Un ejemplo típico de Concordato fue el Acuerdo firmado el 23 de noviembre de 1966 y ratificado por la Santa Sede y la República Argentina en Roma el 28 de enero de 1967. Véase. BIDART CAMPOS, Germán, “*Tratado...*”, Tomo I, op.cit., págs 193- 194. Ampliar: FRÍAS, Pedro José, *El Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, Universidad Nacional de Córdoba, 1975; BRUNO, Cayetano, *Bases para un Concordato entre la Santa Sede y la Argentina*, Poblet, Buenos Aires, 1947, página 43 cit. DROMI-MENEM, *La Constitución Reformada*, op.cit., páginas 253 - 254 y ZAVALA ORTIZ, Miguel Ángel, *Negociaciones para el Acuerdo entre la Santa Sede y la República Argentina*, Buenos Aires, 1966.

114 Según GORDILLO, existen 57 tratados bilaterales y hasta la fecha no han sido denunciados por lo tanto deben ser respetados, a fin de no retrotraer al país hacia el apartamiento de la comunidad internacional, Ibidem, “La progresiva expansión del control de constitucionalidad de oficio”, LL, 27 de Agosto de 2004, página 2. Véase. CASSINERIO, José L., “La Argentina en el CIADI, la ejecución de los laudos”, RAP Año XXX-356, Buenos Aires, 2008, página 21 y ss.; ROSATTI, Horacio D., “Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino”, LL 2003-F, Buenos Aires, páginas 1283 y ss. Cfr. Según Osvaldo GUGLIELMINO [en “Demandas inverosímiles”, Diario “La Nación”, Sección Notas, Buenos Aires, 10/1/2005], la cantidad de Tratados Bilaterales de Protección a las Inversiones celebrados por nuestro país ascendería a cincuenta y nueve. Según el último informe de la UNCTAD (Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo) [“La inversión extranjera crece, pero menos que la economía”, “La Nación”, 17 de octubre de 2006, Buenos Aires], ubica en el lugar número 13 a nuestro país y 23^a en el mundo en la cantidad de pactos.

infraconstitucional¹¹⁵. En esta misma jerarquía se ubican las otras normas dictadas por organizaciones supraestatales productoras de efectos directos e inmediatos sobre el ordenamiento jurídico nacional, y que no requieren aprobación alguna del Congreso [los cuales, en principio, suelen ser aplicados operativamente por los tribunales inferiores].

Sobre estos últimos, aparece un conflicto interpretativo en relación a su prelación normativa. Las normas dictadas por los órganos supranacionales tienen jerarquía superior a las leyes nacionales pero infraconstitucional¹¹⁶, y son de aplicación directa¹¹⁷. Estas no requieren de otro tratado, ni de otra aprobación legislativa, ni de ratificación por parte del Poder Ejecutivo son supremas, provistas de fuerza coactiva e imperativa.

115 BIDART CAMPOS sostiene: “nuestro país aún no ha resuelto, ni siquiera con a reforma constitucional de 1994, la sincronización completa de su derecho interno con el derecho internacional en lo que se refiere a la primacía que el segundo se reconoce a sí mismo sobre el primero”, Ídem, *Tratado...*, Tomo VI, op.cit., página 552. Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI [Aída, “Derecho comunitario y Derecho constitucional en la experiencia europea”, *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1994, páginas 428] advierte: “En principio, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden declarar la invalidez de los actos comunitarios (TJCE 22/10/1987 Caso Frost, transcrito en López Garrido, Diego, *Código de la Comunidad Europea*, Tomo II, Madrid, Ed. Eurojuris, 1991, página 1005), aunque sean contrarios a la constitución” y recomienda: “2. La determinación de un control constitucional *a priori*, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de las normas comunitarias originarias; 3. La prohibición de que cualquier otro juez o funcionario de otra naturaleza declare la inconstitucionalidad de normas comunitarias (originarias o derivadas)”. El resultado es mío.

116 Según BIDART CAMPOS “los tratados de Integración no son tratados de derechos humanos (por lo tanto nunca podrán tener rango constitucional de acuerdo con la Constitución Nacional 1994), aun cuando un sistema de integración regional comunitaria inserte acaso a tratados sobre derechos humanos en los que son parte -o se hagan parte- los estados que forman la organización supraestatal. En tal supuesto -continúa el autor citando a RUIZ MIGUEL- solamente tendrían jerarquía constitucional los tratados de derechos humanos, pero no las restantes normas internacionales que no se refieren a derechos humanos sino a otros aspectos de la integración comunitaria”, ídem, *Tratado*, T. VI, op.cit., página 592. Ampliar: RUIZ MIGUEL, Carlos, “Los derechos fundamentales en la relación entre el derecho comunitario y el ordenamiento nacional”, *Revista Andaluz de Administración Pública*, Universidad de Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, N° 13, enero- febrero- marzo 1993. “la primacía del derecho comunitario originario o fundante sobre el interno, lo cierto es que salvo los excepcionales casos de las constituciones de Holanda y la reciente de Bélgica en las que se le otorga primacía sobre sus propias constituciones [...] Esta negativa a la primacía de las normas originarias sobre la Constitución, encuentra respaldo en el hecho indiscutible de que los tratados fundacionales de las comunidades europeas, no contenían normas relativas a los derechos humanos y se referían exclusivamente a la integración económica como único objetivo”, HARO, Ricardo, “Tendencias contemporáneas en el Derecho Constitucional”, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, página 103.

117 “Interpretamos que respecto del derecho comunitario el reconocimiento de la jerarquía superior a las leyes que efectúa el inciso 24 significa que dichas normas se incorporan automáticamente a nuestro derecho sin intervención de ningún órgano de poder interno”, BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental...*, T. VI, op.cit., página 595.

En consecuencia, se advierten, en principio, dos posiciones distintas. Una parte de la doctrina¹¹⁸ señala: «toda norma nacional contraria preexistente –incluso las constitucionales– decae y cesa en forma automática en su vigencia ante la norma directa supranacional. No todo tratado tiene estas características, sino sólo los de integración, aprobados por un procedimiento especial». En cambio, la otra¹¹⁹ sostiene: «se incorporaran al derecho interno en forma automática, con jerarquía supralegal aunque infraconstitucional» [...] «necesariamente, para que la integración sea una realidad efectiva es preciso reconocer la superioridad del derecho de la integración, incluso sobre las normas locales posteriores, e incluso (con los matices y excepciones que se establezcan) sobre las propias constituciones locales¹²⁰».

Estas contradicciones aún no se han solucionado ante la inexistencia de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR¹²¹.

En un caso jurisprudencial relativo a una solicitud de extradición¹²², la Corte Suprema de nuestro país hace mención al tratado sobre la materia con el país en cuestión, y ratifica la doctrina aunque no de igual forma que en el caso de Fallos 315:1492 [1992]; Fallos, 316:1669 [1993]¹²³ y en una causa contemporánea a la

118 GORDILLO, *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo I, 4ta edición, Edit. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires; 1997, página VI-14.

119 Ídem, *Convención Nacional Constituyente*, D.S., p.1834 cit. DROMI-MENEM, *La Constitución reformada*, op.cit., página 265.

120 BARRA, Rodolfo C., “El rol de la Justicia en el proceso de integración”, LL T- 1992-B, Sec-Doctrina, página 855.

121 “En primer lugar, la inexistencia de un tribunal de justicia a nivel del Mercosur, con competencia para controlar la legalidad de la legislación del MERCOSUR derivada, esto es las normas dictadas por los órganos con atribuciones normativas, ha llevado a que dicho control sea efectuado por los propios tribunales nacionales. Obviamente dicho análisis de la compatibilidad de las normas derivadas (Decisiones, Resoluciones y Directivas) con respecto al derecho originario (Tratado de Asunción, Protocolo de Ouro Preto, etc), realizado por la justicia nacional, conlleva la posibilidad de declararse la inaplicabilidad del ordenamiento derivado por infringir las normas superiores [...] A su vez, debe agregarse una cuestión adicional: por lo general, las normas del MERCOSUR son incorporadas al derecho interno, por lo que la inaplicación de una disposición –aparentemente– de derecho nacional, por ser incompatible con el Tratado de Asunción, puede significar –en realidad– la declaración de ilegalidad de una norma del MERCOSUR de carácter derivado. El segundo elemento a ser considerado resulta de sustancial importancia en el marco de una integración comercial como la del MERCOSUR: la interpretación uniforme del derecho del bloque”, Primer informe semestral de la Secretaría del MERCOSUR, Montevideo, Uruguay, Julio 2004, página 40. Sin embargo, se ha creado un Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR [CSJN, Acordada N° 13/2008, Reglas del trámite interno previo a la revisión de las solicitudes de opiniones consultivas] y, en el último Encuentro de Cortes Supremas del MERCOSUR [3/09/2009], Ricardo Lorenzetti [titular de nuestro órgano máximo judicial] reiteró la necesidad de crearlo pero en forma gradual.

122 CSJN, Fallos 318:2148 [1995].

123 CSJN, Fallos, 316:1669 [1993]. En la Convención Nacional Constituyente, Rodolfo BARRA –por ese entonces miembro informante por la mayoría en la Comisión respectiva– resalta la importancia de este fallo y dice: “era de gran importancia de cara al futuro derecho de la integración que estamos formando en el Mercosur: las decisiones de un tribunal creado por un tratado –era en ese caso

aprobación de la reforma constitucional, Fallos 317:1282 [1994]¹²⁴. En este último caso, ya con una nueva composición parcial, dice «[...] el tribunal debe velar por la buena fe que rige la actuación del Estado Nacional en el orden internacional, para el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados, y de otras fuentes del Derecho internacional, [...]»¹²⁵.

Un año después, en Fallos 318:514 [1995]¹²⁶, el Alto Tribunal nacional aplicó acabadamente los principios del derecho internacional y las normas emanadas de la Convención de San José de Costa Rica en el marco de las nuevas cláusulas constitucionales incorporadas a la Constitución Nacional. De esa manera, otorga a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos un valor interpretativo relevante¹²⁷.

Desde 1992, nuestra Corte Suprema de Justicia sentó los principios fundamentales que colocan a nuestro país en una buena situación jurídica para afrontar los procesos de integración¹²⁸.

el Tribunal Arbitral instituido por el Tratado de Salto Grande- no pueden ser revisadas por los tribunales internos, ni siquiera por nuestra propia Corte Suprema de Justicia. Esto resulta una clara aplicación del principio *pacta sunt servanta*, que está vigente y fundamenta el sistema del derecho internacional”, Diario C.N.C., 22^a reunión, 2 de agosto de 1994, página 2835.

124 CSJN, Fallos 317:1282 [1994].

125 Causa “P.”, cit. en nota 2, Considerando 4, segundo párrafo.

126 CSJN, Fallos 318:514 [1995]. En igual sentido, CSJN, Fallos 315:1492; 318:141; 318:514; 318:2639; 319:3148; 321:3555; 323:3160; entre otros. Véase. HITTERS, Juan Carlos, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana como guía para la interpretación de la Constitución (El pacto de San José de Costa Rica, en la postura de la Corte Suprema Nacional)”, E.D., 24/10/1995, páginas 1-3. Cfr. BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, “La eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, LL, 9 de febrero de 1998, páginas 1-6.

127 Véase. cons. 24 del voto de la mayoría de la Corte en el caso ‘Halabí’ cit. (2009) [agrega referencias al Tribunal Europeo de Derechos Humanos] y en doctrina, interesante artículo de Ricardo HARO, ¿Cuál es la relación jurisdiccional entre la Corte Interamericana de derechos humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación?, en *Horizontes..*, Tomo II, op.cit., páginas 851 y ss.

128 BARRA, Rodolfo C., “Responsabilidad del estado por incumplimiento de las directivas comunitarias. El caso “Francovich”. Una experiencia para el Mercosur”, op.cit., página 1080.

3. Teoría de la interpretación jurídica. Métodos

«La interpretación del derecho debe realizarse “siempre conforme a un sistema de fuentes establecido”»

[BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa]

a) Método dogmático¹²⁹

Kelsen¹³⁰ propone su «Teoría pura del derecho»¹³¹ [en adelante, T.p.d] como una alternativa a la «política jurídica»¹³² –dirigida a la realización de otros valores, especialmente de la justicia– y la define como lo que jurídicamente debe ser, no de lo que naturalmente es; su objeto son normas, no la realidad natural.

Esta teoría ha sido la primera que ha visto claramente la realidad específica del derecho como problema de la positividad del derecho y ha procurado solucionarlo¹³³.

Uno de los enigmas lógicos de la T.p.d es, la siguiente: ¿Cómo se logra la unidad [que se designa como sistema jurídico u orden jurídico] ante una pluralidad de normas jurídicas?¹³⁴ Para su respuesta, KELSEN¹³⁵ recurre a la idea de norma fundamental como presuposición hipotética de todo conocimiento jurídico. Así el jurista citado¹³⁶, siguiendo este orden de ideas, señala: «dicha norma representa la razón de validez de todas las normas que pertenecen a un mismo orden jurídico y se puede deducir la validez de ellas pero no el contenido de las mismas.»

Esta teoría investiga la estructura lógica de los órdenes jurídicos dados y llega de esta manera a la concepción de la construcción escalonada del orden jurídico, concepción que es de fundamental importancia para el conocimiento esencial del derecho¹³⁷.

129 Véase. KRAUSE MURGUIONDO, Gustavo, “Método dogmático y la interpretación de normas jurídicas”, LL T-1979-D, Sec-doctrina, páginas 823-827.

130 KELSEN, Hans, *¿Qué es la Teoría pura del Derecho?*, Edit. U.N.Córdoba, Córdoba, 1958, página 15.

131 “En esto reside esencialmente la pureza de la teoría pura del derecho: ella quiere ser solo ciencia y no política; y no puede ser política, es decir realización de los valores sociales que se encuentran bajo el nombre de justicia, porque opina que la respuesta al problema de la justicia permanece inalcanzable para la ciencia racional”, KELSEN, op.cit., página 53. Ross lo ubica como integrante de la Escuela Analítica, sin embargo, descarta una conexión histórica entre la Teoría pura del Derecho y la escuela del inglés John Austin [ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Traduc. de Genaro Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1970, página 2-3].

132 Cfr. método prudencial retórico, punto C) § 3 de este trabajo.

133 Ibidem, página 16.

134 Ibidem, página 20.

135 Ibidem, página 21. El resaltado es nuestro.

136 Ibidem, página 21.

137 Ibidem, página 21.

También sostiene el autor austriaco¹³⁸ que el querer reducir la T.p.d a una «jurisprudencia de conceptos» es un error de comprensión verdaderamente lamentable.

Nuestro interés en efectuar una somera referencia a esta «teoría» se funda en el estudio de la relación que lógicamente es posible entre dos o más órdenes jurídicos [vg. entre los órdenes jurídicos de un mismo Estado, y entre estos y el orden del derecho internacional¹³⁹].

Con similares alcances a la escuela dogmática [alemana y francesa] aparece la inglesa analítica de la jurisprudencia [Austin, Holland, Pollock, Salmond, entre otros]¹⁴⁰.

I) Interpretación gramatical, semántica¹⁴¹ o literal¹⁴²

«Ninguna legitimidad tiene el Tribunal Constitucional para sustituir las preferencias mostradas por el legislador para rellenar el contenido de los conceptos abiertos, por sus propias preferencias. Si así lo hiciese, “el Tribunal Constitucional estaría gobernando”, realizando una actuación política, que es ajena a su naturaleza» [Ariño Ortiz, Gaspar].

El principal fuente de interpretación o exégesis de la ley es su letra [pleno efecto a la voluntad del legislador¹⁴³ que incluye los antecedentes parlamentarios¹⁴⁴], y cuando

138 Ibidem, página 51.

139 Ibidem, página 22. Véase. apartados 23 a 25 de este trabajo.

140 Véase. GOLDSCHMIDT, Hans W., “La ciencia legal inglesa”, op.cit., página 340 y la voces *legal positivism, analytical jurisprudence, pure theory of law, utilitarianism* en el *Oxford Dictionary of Law*, op.cit., páginas 29-311-428-559.

141 LINARES QUINTANA, *Tratado...*, op.cit., páginas 349- 399. En igual sentido, BADENI, *Reforma constitucional...*, op.cit., página 83. Según el Diccionario, semántico deriva de la voz griega “semaino” [significar] que refiere a la significación de las palabras, Dicc. Enciclopédico y Atlas Univ. Codex, Tomo II, Buenos Aires, 1961, página 1275.

142 BORDA, *Manual de Derecho Civil*, op.cit., página 123. Entre tanto, SAGÜÉS le denomina interpretación literal [en *Recurso extraordinario*, Tomo II, op.cit., página 20]. Cfr. “El gramatical aparece minusvalorado frente a la diversidad de lenguas (once) y la no siempre correlatividad de las expresiones en uno y otro idioma; no debe olvidarse que ´ se trabaja en un contexto multinacional, multilingüe, multicultural, de objetivos trasnacionales ´”, PESCATORE, Pierre, “La interpretación del derecho comunitario por el juez nacional”, *Rev. de Instituciones Europeas*, vol. 23, N° 1, enero-abril 1996, página 22 cit. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Nuevamente sobre el juez nacional frente al Derecho Comunitario”, LL 11 de junio de 1997, página 4 [vg. según José Claudio Escribano – en “Iberoamérica, frente a los desafíos y las lecciones de la globalización”, *Diario “LA NACIÓN”*, 5/11/2005, página 3– el español es hablado hoy por el 7,5 por ciento de la población mundial].

143 “La primera fuente de interpretación de la ley es su letra, y cuando la ley emplea varios términos sucesivos es la regla más segura de interpretación la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del interprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador” [CSJN, Fallos, 299:167; 324:1481].

144 “no puede descartarse los antecedentes parlamentarios que resultan útiles para conocer su sentido y alcance” [CSJN, Fallos, 182:486; 296:253].

esta no exige esfuerzo de interpretación [o cuando el texto es claro y no da lugar a dudas (120:372)] la norma debe ser aplicada directamente [313:1005; 324:291], con prescindencia de consideraciones que exceden las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquélla [218:56; 299:167]¹⁴⁵.

En busca de fijar alcances y límites en materia interpretativa, en diversos pronunciamientos, el Alto Tribunal¹⁴⁶ ha propuesto a los operadores jurídicos, los siguientes: a) proteger el espíritu de la norma: debe llevarse a cabo sin violentar su significado específico [318:595; 324:2618] y evitarse el excesivo rigor de los razonamientos que desnaturalicen al espíritu que ha inspirado su sanción [310:464; 500 y 937; 312:1484; 318:879]; b) procurar un equilibrio entre la aplicación racional [ratio legis]¹⁴⁷; ratio legislatoris y sistemática¹⁴⁸ [301:489; 312:1614], que elimine el riesgo del

145 CSJN, Fallos 218:56; 299:167; “la primera fuente de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzos de interpretación debe ser aplicada directamente” [Fallos, 313:1005; Fallos 324:291; entre otros].

146 CSJN, Fallos, 297:142; 299:93; 301:460; 302:1600.

147 CSJN, 19/5/1999.- Craviotto, cit., página 1011. El resaltado es nuestro. En Fallos 249:37 y 253:267, la Corte Suprema ha sostenido: “Los jueces [...] no pueden prescindir de la búsqueda de la significación jurídica de las normas aplicables al caso, que consagra su versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu”. En igual sentido, el Alto Tribunal ha sostenido: “la norma debe ser interpretada conforme a los fines tenidos en cuenta por el legislador al sancionarlo; dar pleno efecto a su intención, es la primera regla de hermenéutica [CSJN, Fallos, 281:146; 297:142; entre otros] [...] “discreta y razonable interpretación de la intención de sus creadores” [CSJN, Fallos, 256:588]. También, BIDART CAMPOS señala: “la interpretación literal, con ser útil, impide detenerse en ella. Hay que dar el salto a la *voluntad histórica* del autor de la norma, a fin de descubrir lo que quiso ese autor. Tal es la interpretación histórica”, *idem*, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Tomo I, op.cit., página 68. Cfr. ARAGÓN sostiene: “es más correcto la teoría del objetivismo, es decir, la de interpretar la norma de acuerdo con la *ratio legem* y no con la *ratio legislatoris*”, en *Constitución...*, op.cit., página 125. En igual sentido, LÓPEZ MESA, Marcelo J. [*La doctrina de los actos propios*, Depalma, Buenos Aires, 1997, página 10] citando a Wach en su celebre frase: “la ley suele ser más inteligente que el legislador”.

148 “por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente y que en esa indagación no cabe prescindir de las palabras de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas, cuando la interpretación sistemática así lo requiere (301:489; 312: 1614; 318:879)”. Si bien la doctrina clásica –vg. GONZÁLEZ [Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, op.cit., página 102], en su *Manual...* (caracteres de las declaraciones, derechos y garantías)– asigna a “los jueces el deber de aplicar en la plenitud de su sentido, sin alterar ni debilitar con vagas interpretaciones o con ambigüedades la expresa significación de su texto”, la exégesis de la Constitución debe ser “sistemática y orgánica y sus disposiciones deben ser aplicadas concertadamente (Fallos 289:200 y 258:267) pues ningún artículo de la Constitución puede ser interpretado aisladamente sino que debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente; en la inteligencia de sus cláusulas debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto (Fallos 296:432)”. En igual sentido, véase CSJN, Fallos, 310:2674; 310:2733. Véase método sistemático, punto D) de este trabajo. Este criterio parece haber sido aplicado también por la Corte Suprema de los EE.UU durante la época de Rehnquist [1986] al resolver las decisiones relativas al federalismo [Véase. MANNING, John, “Federalism and the generality problem in constitutional interpretation”, 122 *Harvard Law Review*, EE. UU., 2009, páginas 2005-2006].

formalismo paralizante¹⁴⁹; c) en plenitud de su sentido [propio de las palabras-295:379] o el más cercano al entendimiento común¹⁵⁰ y la técnica legal¹⁵¹, teniendo en cuenta el contexto general de la ley aplicable [284:293;283:111]; d) los jueces no deben sustituir al funcionario administrativo¹⁵² ni al legislador [«cabe estar a las palabras que ha utilizado el legislador [...] y que no corresponde apartarse del principio primario de sujeción de los jueces a la ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por ésta, pues de hacerlo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivaliese a prescindir de su texto»] sino aplicar la norma tal como éste último la concibió y en relación con las demás fuentes del derecho¹⁵³.

149 “ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante”, CSJN, Fallos:234:482; 302:1284; 326:2095, entre otros.

150 “las palabras de la ley deben interpretarse prefiriendo, por regla general, el sentido más cercano al entendimiento común, teniendo en cuenta el contexto general de la ley aplicable”, CSJN, Fallos, 284:293; 283:111.

151 En otra decisión judicial, el Alto Tribunal –en el considerando 5 del voto de la mayoría en Fallos 295:379– sostuvo: “las disposiciones legales deben interpretarse conforme al sentido propio de las palabras, sin violentar su significado específico, máxime cuando, como en el caso, aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente”. Sin embargo, se advierte en el considerando siguiente: “que lo expuesto no importa adoptar un criterio formalista de interpretación de la ley, sino respetar el indudable sentido de sus disposiciones, evitando que por analogías carentes del debido fundamento objetivo o por injustificada ampliación del preciso significado de las expresiones de la ley se invada la esfera específica de competencia del legislador”.

152 “la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir **de la ratio legis y del espíritu de la norma**”, CSJN, 19/5/1999. C., G. A. y otros v. Estado nacional”, 2000-III publicado en JA, REP 2000, página 1007. El remarcado es nuestro. “La norma reglamentaria no puede descartarse como incompatible con la ley reglamentada, cuando aquella no excede el ámbito en que la interpretación es opinable y posible la elección entre varias soluciones, al margen del acierto o error del acto reglamentario” (CSJN, Fallos, 200: 194; 246:221; 249:189; 250:758; 254:337 y otros). GARCÍA DE ENTERRÍA [Democracia, jueces y control de la Administración, 3º de. ampliada, Civitas, Madrid, España, 1996, página 159] y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ [De la arbitrariedad de la Administración, tercera edición ampliada, Civitas, Madrid, España, 1999, página 34] se expresan en contra de cualquier manifestación de sustituibilidad. En cambio, el profesor PAREJO ALFONSO [Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias, Tecnos, Madrid, España, 1996, páginas 47 y 126] adhiere a la sustituibilidad *debida* del Juez [cuando existe regla suficiente de Derecho objetivo determinante de la solución del caso, procede desde luego dicha sustitución] y rechaza la *indebida* [aquella que se produce en ausencia y, por tanto, sin aplicación y para la efectividad de una regla jurídica objetiva de contenido prescriptivo suficiente]. “En nuestro sistema jurídico-político, los jueces no pueden dictar sentencias u otras providencias que importen sustituir a la Administración en materias que son de su competencia exclusiva, circunstancia que limita la hipótesis de sentencias constitutivas en materia contenciosoadministrativa”, LUQUI, Roberto, *Revisión judicial de la actividad administrativa*, Tomo II, Astrea, Buenos Aires, 2005, página 397. Ampliar sobre este tema, véase. *Ibidem*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2005, páginas 246-247.

153 “Que desde antiguo esta Corte ha considerado que uno de los presupuestos básicos que incumbe a los jueces en el ejercicio regular de sus atribuciones, es la de saberse mantener dentro de la órbita de su función jurisdiccional, en respeto a las prerrogativas y límites que los preceptos constitucionales y legales le imponen a su actividad judicial”, CSJN, Fallos 324:3142 [cons. 3º]. Véase el discurso del Presidente de la CSJN, Ricardo Lorenzetti [08/2007- “Políticas de Estado por el Poder Judicial”] señala: “a) el juez no debe sustituir la voluntad del pueblo ni la discrecionalidad de la administración; b) debe señalar límites y ordenar a los demás poderes que cumplan sus funciones [...]”.

b) Método histórico¹⁵⁴ vs. dinámico¹⁵⁵: posiciones intermedias

I) Su relación con el descubrimiento de la intención del constituyente

Como reacción al férreo positivismo [método jurídico] o a la dogmática jurídica [jurisprudencia de conceptos] aparece la Escuela histórica alemana que asigna un papel creativo y una consideración más abierta de la función del juez y/o intérprete. Siguiendo esta línea, aunque con sus propias particularidades y significaciones, aparecen dos modelos dentro del sistema anglosajón, a saber: a) el derecho consuetudinario [inglés] [incorporada a la mentalidad colectiva] y b) una nueva corriente de pensamiento iusfilosófico americana denominada originalismo [una adecuada interpretación de la Constitución debe dar pleno efecto a la intención del constituyente/legislador (voluntas legislatoris) que actúa como tal tanto en la Constitución originaria como en el caso de las enmiendas]. Como derivaciones importantes de esta última Escuela –sostiene Balaguer

154 Cfr. le denominan *auténtica*, BORDA, *Manual de...*, op.cit., página 122; SOLER, Sebastián, *Tratado de Derecho Penal*, 6ta edición, Tomo I, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1988, página 175; “la interpretación auténtica es la que emana de un debate, de una polémica, de un intercambio de opiniones, ésa es la vida parlamentaria”, VANOSI, Jorge R., “La Constitución evanescente (Una reforma espasmódica)”, LL, 1/12/1994, página 1. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema: “La interpretación auténtica de la Constitución Nacional no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad histórica, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad, que permite que no envejezca con el cambio de ideas, el crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación” [...] La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu permanente de las instituciones o descubre en ellas aspectos no contemplados con anterioridad, a cuya realidad no puede oponérsele, en un plano de distracción, el concepto medio de épocas en que la sociedad actuaba de manera distinta. La Constitución Nacional, a la que con razón se ha calificado como un instrumento político previsto de extrema flexibilidad, de modo que pudiera adaptarse a tiempos y circunstancias futuras, no escapa a aquella regla ineludible de hermenéutica, la cual no implica deteriorar el orden constitucional alcanzado, sino que por el contrario hace a su perdurabilidad y a la del Estado Argentino, para cuyo pacífico gobierno ha sido instituido (Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt). C. 752. XIX. C., H. R. c/ MCBA. y otros. 12/03/87, CSJN, Fallos, 310:508. En igual sentido, CSJN, Fallos 310:2478.

155 Cfr. LÓPEZ MESA (*La doctrina de los actos propios*, Depalma, Buenos Aires, 1997, página 11) le denomina “evolutiva de la ley”; en el caso Casal cit.[2005], nuestro Alto Tribunal postula *interpretación progresiva* [“Que nuestra tradición jurisprudencial en materia procesal penal no responde a lo que se suele denominar *interpretación progresiva* en sentido estricto. En general, no fue la jurisprudencia la que avanzó sobre las leyes procesales, sino que éstas fueron progresando y la jurisprudencia acompañó ese avance. Más bien puede afirmarse que se operó un *acompañamiento jurisprudencial a una legislación lentamente progresiva*”, considerando 7º) de la mayoría] y la doctrina de la Corte Suprema de la Nación en el caso P. [Fallos, 313:1513] (“No corresponde una inteligencia de la Constitución que comporte una exégesis estática”).

156 BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación...*, op.cit., página 82. En ella se distinguen cuatro niveles: a) el principio “in claris non fit interpretatio. In claris non admitur voluntatis quaestio” (cuando la solución es tan clara que no hace falta argumentar); b) “uso social impuesto al significado del lenguaje”; c) la interpretación de los conceptos y d) la interpretación de los conceptos a partir de su uso por los jueces.

Callejón¹⁵⁶ – están «el literalismo (toda la materia interpretativa está presente en el texto), el intencionalismo (que pretende averiguar lo que los fundadores quisieron decir cuando redactaron la Constitución y allí se queda a diferencia del originalismo que brinda mayor objetividad a la actividad interpretativa¹⁵⁷), y el intencionalismo constructivo.» En igual sentido, Manning¹⁵⁸ distingue la postura purpositivist (spirit- espíritu) [intencionalista] a la textualists (letter- letra) [literalista] reconociendo la aparición del new textualism (compromiso- compromiso)[nuevo literalismo]¹⁵⁹.

- 157 “y que la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la Constitución o de la ley, aunque restando importancia a los fundamentos esgrimidos en la Convenciones Constituyentes y/o de los legisladores al aprobarse sus modificaciones por intermedio de enmiendas. La inconsecuencia del constituyente/legislador no se presume”. Sobre esta cuestión, la Corte Suprema –en el considerando 13 del voto de la mayoría [Fallos, 306:1516]– ha sostenido: “el indudable acatamiento que la interpretación judicial debe a la letra y al espíritu de la ley, encuentra su fundamento último en la objetividad con que dicha interpretación ha de formularse. De ello se sigue, que si el texto legal aplicable permite al intérprete un amplio marco de decisión, como en el caso, el aludido requisito de objetividad sólo se cumple si la articulación del *dictum* remite, antes que a los valores personales del juzgador, a los que apoyan la doctrina y la jurisprudencia de su época, que revelan la trama de un sistema acerca de cuyos méritos no incumbe a los magistrados judiciales pronunciarse. Por eso un fallo que, como el recaído en la especie, no se adecua a la ley en su ineludible vinculación con los principios de la doctrina y de la jurisprudencia relacionados, a su vez, con el caso de decidir, satisfacer sólo de manera aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa, lo que impone su descalificación como acto judicial, con arreglo a conocida jurisprudencia de esta Corte en materia de arbitrariedad”.
- 158 MANNING, John F., “Federalism and the generality”, op.cit., páginas 2009 y ss; ídem, “Separation of powers as ordinary interpretation”, 124 Harvard Law Review, 2011, páginas 1939 y ss. Cfr. STRAUSS, Peter L., “A softer formalism”, 124 Harvard Law Review Forum, 2011, páginas 55-61; LAWSON, Gary, “Optimal specificity in the law of separation of powers: the numerous clauses principle”, 124 Harvard Law Review Forum, 2011, páginas 42-54.
- 159 Esta es la posición de los originalistas en sus diversas ramas: original intent theory [originalista]; original intent evolves [intencionalista]; semantic originalism [originalismo semántico]; strict constructionism [construccionismo estricto] y textualism [textualistas] o original meaning theory. Véase. “Intent, clear statements, and the common law: statutory interpretation in the Supreme Court”, 95 Harvard Law Review, N° 1, Febrero 1982, páginas 892-915; JEFFERSON POWELL, H., “The original understanding of original intent”, 98 Harvard Law Review, Número 5, Massachusetts, EE.UU., march 85, páginas 885-948; SCALIA, Antonin with commentary by AMY GUTMANN; WOOD; TRIBE; GLENDON; DWORKIN, *A matter of interpretation – Federal Courts and the law*, Princeton University Press, New Jersey, Princeton, EE.UU., 1997; BARRON, Jerome A.- DIENES, C.Thomas- Mc CORMACK, Wayne- REDISH, Martin H., *Constitutional Law: Principles and policy*, Cases and materials, op.cit., páginas 35-37. Según GONZÁLEZ GARCÍA [El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América, Editorial McGraw- Hill, Madrid, España, 1996, página 142], el elemento esencial en el análisis textualista es el diccionario y el ‘nuevo textualismo’ [ESKRIDGE, William N., *The new textualism*, 37 UCLA L.Rev. 621 (1990)] se construye sobre la idea que la legislación supone *compromiso*. En Europa, surgen diversas teorías que se asientan en la voluntad del legislador o subjetivistas [Wroblewski- incluye al intérprete] y la necesaria remisión al pasado [siguiendo a Friedrich Carl von Savigny -1779-1861- (principalismo genético -1802-) y su Escuela histórica del Derecho [Gustav Hugo -1764-1844-]. Aunque algunos juristas –como LARENZ en su obra *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, España, 1966, página 32– consideran que el método de Savigny combina el ‘histórico’ y el ‘sistemático’.

Mediante el originalismo –continúa Balaguer Callejón¹⁶⁰– «se intenta a toda costa eliminar al máximo las posibilidades creadoras del juez, so pretexto de que se pueda derivar en un activismo judicial». La doctrina¹⁶¹ califica a esta posición «self-restraint».

Así no puede explicarse el Estado federal norteamericano –sostiene Posada¹⁶²– sino «en su proceso histórico, y en cuanto a éste, en la síntesis institucional, la resultante de la acción de dos soberanías –competencias– concurrentes, la del pueblo nacional y la de los Estados indestructibles. En la interpretación del derecho constitucional norteamericano hay que distinguir la Unión, que tiene por soberano el pueblo del Estado federal, según la Constitución, y los Estados particulares, soberanos –autónomos– según la Constitución federal y la suya propia».

Manning¹⁶³ –en su trabajo de investigación sobre los casos de federalismo durante la época de Rehnquist (1986)– concluye: «En los últimos años, la Corte Suprema

en el que, como se ha visto, está eliminada toda influencia iusnaturalista racional o irracional. Según PESCATORE –art. cit.–, la necesidad de adaptar el ordenamiento comunitario europeo a una realidad permanente cambiante justifican que el juez no se quede en ‘ el origen ‘, en la ‘ intención del legislador ‘, sino que otorga gran relevancia al sistema y a su tesis. En igual sentido, el derecho inglés tiene sus reglas y principios de interpretación estatutaria [*Rules and principles of statutory interpretation (literal, golden and mischief rules)*, *Oxford Law Dictionary*, op.cit., página 287]. Cfr. BIDART CAMPOS [*Tratado Elemental...*, Tomo I, op.cit., página 72] –sin descalificar el método histórico y la voluntad legislatoris– señala: “Interpretar la voluntad del autor como inmutable y detenida en la época originaria de la Constitución es atentar contra la propia voluntad de futuro y de perduración con que el autor lo ha plasmado”. La escuela contraria al originalismo y a la interpretación judicial estricta [auto restricción o selfrestricción] es el ‘ activismo judicial ‘ [interpretación liberal de la Constitución] también de origen americano [se traduce en un empleo de métodos flexibles mediante los cuales se atribuye a los textos constitucionales o legales una significación más allá del ámbito de la gramática, de la lógica y de la historia”, CUETO RÚA, Julio, “El activismo judicial en la transición democrática”, *Revista de la Fundación Plural*, nº 12, página 20 cit. SANTIAGO, *La Corte Suprema y el control político*, op.cit., página 417]. Algunas críticas al originalismo en: ACKERMAN, Bruce, “The living constitution”, 120 *Harvard Law Review*, Nº 7, Mayo 2007, páginas 1738-1812.

160 BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación...*, op.cit., página 82. Sobre el originalismo, véase. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Originalismo e interpretación, Dworkin vs. Born: una polémica constitucional*, Civitas, Madrid, España, 1989.

161 FERNÁNDEZ, Tomás R., *De la arbitrariedad...*, op.cit., página 22.

162 POSADA, Adolfo, *Tratado de derecho político*, 5ta edición, Tomo II, Ed. V. Suárez, Madrid, España, 1935, página 344.

163 “In recent years, the Supreme Court has embraced a freestanding federalism that is not tied to any particular clause of the Constitution. Rather, because multiple clauses assume the continued existence of states and set up a government of limited and enumerated powers, the Court has inferred that such provisions collectively convey a purpose to establish federalism and to preserve a significant degree of state sovereignty” [...] “But what makes the new federalism decisions so interesting is that the Court seeks the founders’ decisions not in the meaning of any discrete clause, but in the overall system of government they adopted in the document” [...] “Taking all of those provisions together, the Court ascribes to the document as a whole a *general propose* to preserve a significant element of state sovereignty“, MANNING, “Federalism and the generality”, op.cit., páginas 2005-6. La traducción es mía. Véase. el método sistemático en punto D) ut supra.

ha elaborado un standard libre del federalismo que no se puede asir a ninguna cláusula particular de la Constitución. Al menos, porque son múltiples las normas que regulan el continuo devenir de los estados y establecen gobiernos con poderes limitados y enumerados, la Corte infiere que dichas prescripciones colectivas llevan el propósito de establecer el federalismo y preservan un grado significativo de soberanía estatal [...] las decisiones de la Corte sobre el nuevo federalismo se fundan en la búsqueda de la intención de los fundadores en la redacción del sistema de gobierno en conjunto y no en el significado de ninguna cláusula aislada” [...] “La Corte interpreta todas las cláusulas en conjunto y entiende a la Constitución como una propósito o intención general para preservar un elemento significativo del Estado soberano”».

En nuestro ámbito, Sagüés¹⁶⁴ –en su obra de Derecho Constitucional y siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina¹⁶⁵– limita sus alcances: «una interpretación dinámica de la Constitución Nacional aconseja tener en cuenta más que la cotización histórica (del Constituyente) de esos derechos, su valuación actual, tal como surge de la conciencia contemporánea». Así, desde una óptica intermedia¹⁶⁶, se percibe en nuestro medio –aunque no sin discrepancias– que el operador del derecho tiende a efectuar un juicio valorativo de preferencia del caso a resolver¹⁶⁷

164 SAGÜÉS, *Elementos...*, Tomo II, op.cit., página 258. En igual sentido, BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Tomo I, op.cit., página 68; “prohijamos una interpretación constitucional dinámica, esto es, adecuada a los tiempos que nos toca vivir, porque toda ley fundamental en congruencia con su aptitud de futuro [...]”, ROMERO, *Introducción*, op.cit., página 82. Cfr. Según SESIN [*Administración...*, op.cit., página 225], no es posible trasladar la interpretación extensiva del juez al ámbito administrativo.

165 La CSJN ha adherido – en principio– a este tipo de interpretación [Fallos 264:416]. En un fallo más reciente, el Alto tribunal –en el cons. 16 del voto de la mayoría en “Halabi” [2009]– adhiere a la interpretación dinámica de la Constitución [superadora de una concepción pétrea de sus directivas]. De esa manera, el operador jurídico tiene la posibilidad de optar por una interpretación restrictiva [atándose a la voluntad real e histórica del autor de la misma] o por una extensiva [cuando se ensancha la norma para acomodarla a la voluntad de su autor]. Como puede observarse [véase, notas jurisprudenciales del § 3 de este trabajo], el Alto tribunal de nuestro país, de acuerdo al caso a resolver, ha recurrido a distintos criterios interpretativos admitidos. Cfr. En igual sentido, se ha expresado la jurisprudencia provincial, a saber: “la interpretación de la Constitución exige aunar en su contexto a una trilogía formada por su letra, esto es, su texto; su espíritu, osea, su techo ideológico –que se integra con principios y valores– y por último, la razón o raíz histórica –su porqué y para qué, que incluye sus fines–” [TS Neuquén, junio 30-998.-O., M. A. c. Municipalidad del Neuquén, Rev. L.L, 2/8/99, Sad., página 39, fallo 99.115].

166 BALAGUER CALLEJON, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y del ordenamiento jurídico*, op.cit., página 46. En igual sentido, ORDÓÑEZ SOLÍS, David, *La ejecución del Derecho Comunitario Europeo en España*, Cuaderno de Estudios Europeos, Editorial Civitas, Madrid, España, 1994, páginas 37-38.

167 En igual sentido LINARES QUINTANA sostiene en su apartado sobre “enfoque pragmático” que la Constitución debe ser interpretada con un criterio amplio, liberal y práctico...”, Ídem, *Tratado...*, op.cit., páginas 341-348.

utilizando el «pluralismo metodológico»¹⁶⁸ compatible con la unidad interpretativa que se construye a partir de la supremacía constitucional [sobre la base del orden interno preestablecido¹⁶⁹], guiado por un criterio prudencial¹⁷⁰ [en la búsqueda del delicado equilibrio entre la intención del legislador y la visión dinámica¹⁷¹] y procurando no caer en el activismo judicial¹⁷².

c) Método prudencial retórico o enfoque realista¹⁷³. La finalidad de la cláusula constitucional o de la ley¹⁷⁴

«Un juez constitucional que pretenda cumplir rectamente su cometido deberá apreciar e interpretar las normas constitucionales no solo con la ayuda de reglas e

168 DANA MONTAÑO [Salvador M., *Principios de Derecho Público*, Vol. I, editorial “La Unión” Casa Morales, González, Salcedo & Cía, Santa Fe, 1933, página 229] adhiere a un método mixto - histórico-jurídico y VILLEGAS BASAVILBASO al de la “diversidad metódica” (la evolución científica del Derecho Administrativo acusa los más variados métodos), *Derecho Administrativo*, Tomo I, Tipografía editora, Buenos Aires, página 421. Cfr. “The plurality’s interpretative method is more than novel; it is misguided. It ignores the good reasons for limiting the role of “tradition” in interpreting the Constitution’s deliberately capacious language” [“El método pluralista de interpretación es más que nuevo; es equivocado. Ignora las buenas razones limitando el rol de la tradición con un lenguaje deliberadamente capcioso en materia de interpretación de la Constitución”], BARRON and others, *Cumulative Supplement, Contemporary legal education Series*, EE.UU., 1991, página 77. La traducción es mía. Véase. diversos métodos en § 3 de este trabajo. Adviértase también que actualmente la hermenéutica jurídica permitiría reconocer la existencia de otros igualmente admisibles.

169 Así lo sostuvo la CSJN en Fallos, 308:2268.

170 Cfr. método prudencial retórico, punto C) § 3 ut supra.

171 “Cabe una mediación entre la rígida estaticidad y la continua dinamicidad, en la medida que se conciba la Constitución como una estructura jurídica política a través de la cual fluye la vida y se configura el Derecho constitucional desde categorías relativamente permanentes que ordenen los datos ofrecidos por el derecho positivo en cada caso concreto”, VERDÚ, Lucas, “El problema de los cambios de la constitución”, op.cit., página 34 cit. ROMERO, César E., *Temas constitucionales y políticos*, op.cit., página 77.

172 “La Constitución es el camino del hombre, pero del hombre en su sociedad y en su tiempo. Y si nuestra sociedad y nuestro tiempo nos exigen un cambio, que sea para instalar un Estado servicial, una economía de producción y conductas colectivas que nos devuelvan credibilidad moral”, FRÍAS, Pedro José, “El Bicentenario de la Constitución Americana y el Constitucionalismo Argentino”, Anticipo de Anales- Año XXXI, Número 24, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1986, página 32. En igual sentido, BADENI [en *Reforma Constitucional...*, op.cit., página 88] señala: “Esto no significa que con la interpretación dinámica sea viable llegar a un extremo tal que conduzca a adoptar soluciones opuestas a la finalidad personalista de una Constitución, o contrarias a las expresamente previstas en ella [...] la interpretación dinámica, si bien es una herramienta sumamente útil para mantener actualizada una Constitución, no configura una técnica ilimitada”. Puede verse también GILMORE, Frant, *The Ages of American Law*, Yale University Press, New Haven and London, England, 1977; FRIEDMAN, Laurence M.-SCHEIBER, Harry N., *American law and the Constitutional Order Historical Perspectives*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, EE.UU., 1978.

173 Así le denomina Segundo Linares Quintana en su obra “*Tratado de Interpretación...*”, op.cit., páginas 549-558.

174 “El reconocimiento de la brevedad del texto constitucional y la amplitud de sus términos, rasgos que deben llevar a una hermenéutica finalista y no exegética, buscando el fondo sin quedarse en el enunciado exhaustivo de la forma o literalidad”, CEA EGAÑA, “Algo más sobre el intérprete...”, op.cit., página 8.

instrumentos de análisis gramaticales, lógicos e históricos, sino también, y sobre todo, por medio de un enfoque político sistemático» [Leibholz, Gerhard].

«Toda vez que respecto de una ley quepan dos interpretaciones jurídicamente posibles, ha de acogerse la que preserva, no la que destruye [CSJN, “S., J. H. y otros s/ privación ilegítimo de la libertad, etc.” (Poblete) – Causa N° 17.768”, 14-06-2005)

9. La interpretación jurídica –sostiene Kalinowski¹⁷⁵– «es, por el contrario, una interpretación práctica...» [...] «su fin no es la toma del sentido auténtico en vistas a la contemplación intelectual, sino la determinación de la regla de comportamiento, sin la cual la acción, exigida imperiosamente por la vida, no puede ser correctamente consumada»¹⁷⁶. Así toda interpretación jurídica y todos sus argumentos –continúa el autor citado¹⁷⁷– «son lógicos en la medida en que necesitan de parte del intérprete del derecho un razonamiento, cualquiera que sea. Porque todo razonamiento en cuanto es tal depende de la lógica.»

«La aplicación del derecho, cualquiera sea la persona que allí proceda y cualquiera sea el título por el que lo haga, es una acción humana en el sentido en que la praxis se opone a la teoría [...] no hay acción buena o mala sin juicio de tipo prudencial¹⁷⁸», concluye el jurista citado.

Ahora bien, sostiene Mendez¹⁷⁹, «la virtud de la justicia es la que corresponde al juez como encargado de pronunciar lo justo concreto en el caso, en el juicio prudencial previo a iluminarse con la ley según lo vimos al hablar del método. El juez es llamado por el Estagirita “lo justo animado” (“Ética a Nicómaco”; LV., 1132 a N.22), es la encarnación de lo justo, no el repetidor de la norma.» En el mismo sentido, López Mesa¹⁸⁰ entiende: «la más eminente misión del juez no es aplicar la ley, sino hacer justicia».

Por ello, «resulta errónea la disputa de si el intérprete tiene que ser fiel a la voluntas legislatoris o a la voluntas legis, porque la fidelidad que se le pide al intérprete jurídico es a la justicia prudencialmente definida aquí y ahora. [...] Cuando se interpreta la ley no debe considerársela aisladamente, sino como formando parte de un ordenamiento jurídico que procura el bien de esa comunidad en un tiempo y lugar precisos, de ahí que al atribuírsele un sentido a esa ley que funda tal determinación de un suyo, están

175 KALINOWSKI, George, *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, página 112.

176 *Ibidem*, página 118.

177 *Ibidem*, página 121.

178 *Ibidem*, página 134. Sobre la prudencia, véase § 9 de este Capítulo.

179 MÉNDEZ, Julio R., “Reflexiones iusfilosóficas en torno al transplante de órganos”, L.L, T.1981-A, página 406.

180 LÓPEZ MESA, *La doctrina de los actos propios*, op.cit., página 19.

presentes las normas jurídicas naturales, las normas constitucionales, otras leyes, normas consuetudinarias, etc. (...), sostiene Vigo¹⁸¹.

En fin, el autor citado¹⁸² opta por la naturaleza prudencial del razonamiento jurídico interpretativo.

I) Valor del derecho natural¹⁸³

Los romanos definían al derecho [ius] como «ars boni et aequi» [arte de lo bueno y de lo justo]. De allí su íntima relación con la idea de justicia, sobre todo al principio de dar a cada uno lo suyo. El derecho puede clasificarse en natural y positivo.

¿Cuál es el significado del término compuesto derecho natural? Según cuál sea la escuela de pensamiento ius-filosófico, la doctrina ha brindado distintos conceptos.

En la actualidad y siguiendo a una posición iusnaturalista moderada, la doctrina¹⁸⁴ lo conceptúa como «fundamento del derecho positivo. Aquél es, pues, el sistema de legitimidad, éste el de legalidad. Y a la vez los principios supraleales son el último punto de referencia del fenómeno de desenvolvimiento del derecho, art. 16 del Código Civil, y el elemento para descalificar alguna norma positiva que atente groseramente contra el orden natural.»

Un intérprete influido por esta corriente de pensamiento clásico entenderá a las exigencias del derecho natural [primeros principios morales muy generales que sirven de inspiración del legislador¹⁸⁵] como orientadoras de la interpretación de las normas. De esa manera, podrá integrar las lagunas lógicas o dikelógicas y arribar a una solución de equidad¹⁸⁶.

181 VIGO, Rodolfo L., "La interpretación de la ley como saber", Revista Jurídica *ED*, T.113, página 864. Cfr. "Tal discrepancia entre lo gramatical y lo histórico nos conduce a hablar de norma *infidel*; la infidelidad radica en que la descripción que la norma hace, no coincide con la voluntad del autor. Al contrario, la norma es *fiel* si describe con acierto esa misma voluntad", BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Tomo I, op.cit., página 68.

182 *Ibidem*, página 867.

183 Sobre la influencia del iusnaturalismo en la constituyente de 1853, véase. ROMERO, *Temas constitucionales y políticos*, Ediciones UNA, Córdoba, 1971, página 73.

184 RIVERA, Julio César, "Economía y interpretación jurídica", L.L., 9 de octubre de 2002, página 6.

185 BOBBIO, N., *El problema del positivismo jurídico*, E. Garzón Valdés (trad.), Fontamara, México, 1991, página 68.

186 Cfr. "Cuando las fuentes del derecho no son suficientes para la resolución de una cuestión jurídica, debe colmarse esta laguna ya que el requisito de la plenitud es tan necesario como el de la unidad [...] Excluida la aplicación del derecho natural como un derecho subsidiario, la solución se obtiene por vía analógica, y es ella a la que hay que recurrir, [...] para colmar una eventual laguna", Sobre la opinión de von SAVIGNY, LAQUIS, *Savigny*, op.cit., página 31. Sobre el método histórico, véase. B), § 3 de este trabajo.

II) Valor de la equidad

Por la voz «equidad» se debe interpretar a la concreción del derecho natural interpretada objetivamente por el juez. Según Brebbia¹⁸⁷, «se encuentra ínsita en el orden jurídico contribuyendo de manera decisiva al proceso de interpretación y aplicación de la ley al caso concreto con vistas a obtener la justicia del caso». Ella – nos dice Frías¹⁸⁸ – es «conciliadora, tolerante, imaginativa [...] tiene algo de misteriosa quizás porque es la justicia o la verdad del caso particular».

La equidad deriva del latín equitas, aequus, igualdad, justicia¹⁸⁹. De allí, que Guibourg¹⁹⁰ sostenga: «no es distinta de la justicia (cualquiera sea el contenido que se le atribuya a este término), ni opuesta ni mejor que ella; sólo es distinta de la ley, a la que contribuye a atemperar (es decir, a interpretar o modificar para un caso, en consonancia con la justicia).»

Ella es relativa, empírica, subjetiva¹⁹¹ e invocable, vg., en el caso de las sanciones disciplinarias y siempre que ellas sean desproporcionadas o se aparten de la valoración y ponderación¹⁹² puntual de las circunstancias concurrentes del caso concreto.

El juez –sostiene Méndez¹⁹³– «procede ordinariamente siguiendo la norma escrita que es la enunciación de lo justo, pero cuando la aplicación de la ley da un resultado injusto, la virtud de la equidad lo mueve a rectificar su juicio ciñéndolo a la realidad.

187 BREBBIA, Roberto H., “La equidad en el Derecho de Daños”, L.L, 3/4/1997, página 1; BUDANO ROIG, Antonio R., “Equidad y obligación natural”, ED. t.170:1074 y ss; TORINO, Enrique, *Obligaciones Naturales*, ob. conjunta, Universidad de Buenos Aires, 1927; SANTIAGO (h), Alfonso, “La relación entre el derecho natural y el derecho positivo en el sistema jurídico argentino”, op.cit., páginas 1-3. Cfr. “El concepto de equidad es, en terreno jurídico, peligroso y aún inadmisibile”, RODRIGUEZ ROSSI, Ernesto, *Cosa juzgada –Civil, Penal y Administrativa*, Ediar, Buenos Aires, 1974, página 28.

188 FRÍAS, Pedro J., “Cincuenta años de lecturas jurídicas- políticas”, IX *Encuentro de Academias, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Separata de Anales Tomo XXX- Vol. 2 (año Académico 1991), Córdoba, 1992, página 141.

189 Véase. DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Tomo I, Plus Ultra, Buenos Aires, 1963, página 545. Véase. ANDRUET, Armando S. (h), “El nombre equidad en la Corte Suprema”, ED 138-677.

190 GUIBOURG, Ricardo A., “Fuentes del Derecho”, en *El Derecho y la Justicia*, Editorial Trotta, página 192. Cfr. “*En apretada síntesis y para ingresar con prudencia y equilibrio en el tema, es bueno afirmar que equidad y justicia, aunque para el común aparecen como términos análogos, en realidad no lo son [...] lo equitativo en determinados momentos viene a sustituir la respuesta que ofrece como legal y legítima la normativa de la justicia*”, SPOTA, Alberto, *Recurso extraordinario*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001, páginas 23-24.

191 Véase. DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Tomo I, op.cit., 1963, página 545.

192 Véase. sobre el criterio de la ponderación, ORTEGA, Luis- DE LA SIERRA, Susana, *Ponderación y derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, España, 2009 cit. REBOLLO, Luis M., “El procedimiento como garantía”, *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Año 23, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011, página 846.

193 MÉNDEZ, op.cit., página 406.

La acción de la equidad es una corrección interna de la justicia legal: no está en contra de la ley sino de la sumisión a la letra como si fuera el fin último; la equidad corrige el juicio enderezándolo a su verdadero objeto, lo justo a realizarse (Conf. Aristóteles, “Ética a Nicómaco”, L.V.11.370 y sigts.; Santo Tomás, “Suma teológica”, T.II-II q. CXX).»

La aplicación de la ley debe efectuarse «equitativamente» de acuerdo con la valoración de los hechos específicos traídos a conocimiento de los magistrados¹⁹⁴.

III) Valor de la experiencia

«nos regimos por una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es»

[Chief Justice HUGHES]

«La Corte se inclina reverente ante la enseñanzas de la experiencia y la fuerza del más alto razonamiento y reconoce que el proceso de tanteos, tan fructífero en las ciencias físicas, también es apropiado en la función judicial» [BRANDEIS, Louis D., Juez Asociado de la Corte Suprema de los EE.UU., Burnet vs. Coronado Oil and Gas Co., 1932].

La Corte Suprema de Justicia –en el caso de Fallos 316: 3048 y 3049 [cons. 6 de la mayoría]– sostuvo: «el derecho no es sólo lógica, sino también experiencia, entendiendo por tal la comprensión del sentido último que anida en cada caso» [...] «el rigor de los razonamientos lógicos debe ceder ante la necesidad de no desnaturalizar los fines que las inspiran».

Tanto el sistema del common law¹⁹⁵ como el método comparativo¹⁹⁶ rescatan la importancia que tiene la experiencia en el jurista u otro sujeto intérprete al momento de tomar decisiones judiciales de diversa índole.

194 CSJN, Caso Vera Barros, cons. 6.

195 “el derecho sólo puede conocerse por métodos experimentales”, dice el fundador de la escuela sociológica americana, Roscoe Pound cit. POVIÑA, *Cursos.*, op.cit., página 461-462. Sobre el realismo jurídico americano, véase. CUETO RÚA, *Common Law*, op.cit., esp. Capítulos I y II.

196 Véase. POSADA, Adolfo, *Derecho Político comparado*, Suárez, Madrid, España, 1903, páginas 199 y ss. cit CASTÁN TOBEÑAS, “Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 203 (1957), página 541. Sobre este método véase. ut supra apart. E) del § 3.

IV) Valor de la costumbre

13. En otras partes de este trabajo se ha mencionado la importancia de esta fuente formal –para alguna posición doctrinaria formal-material– del derecho considerada históricamente como la más primitiva, aunque quizá no con la intensidad de la que goza en otros sistemas jurídicos como el common law.

Cueto Rúa¹⁹⁷ –en su obra *Fuentes del Derecho*– considera: «existe una errónea tendencia a identificar la costumbre con la norma consuetudinaria. La costumbre es un hecho social susceptible de percepción, en cambio, la norma consuetudinaria no es un hecho social, es una estructura ideal, es un concepto». En lo que se refiere a su entidad, continúa el autor citado¹⁹⁸, no debe adjudicársele al juez potestades suficientes para convertir en jurídica una costumbre, como sostenía la escuela liderada por el jurista danés Alf Ross.

Desde el punto de vista normativo, el art. 17 del Código Civil argentino sostiene: «Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente»¹⁹⁹.

La doctrina distingue tres clases de costumbres, a saber: a) la *secundum constitutionem* o *legem* [según la Constitución o la ley]: se forma de acuerdo con los principios y disposiciones de las leyes escritas y es complementaria a la ley; b) la *extra legem* o *praeter constitutionem* o *legem* [fuera de la Constitución o la ley]: tiene como finalidad llenar o cubrir la laguna legislativa²⁰⁰ y c) *contra constitutionem* o *legem* [contra la Constitución o la ley]: es contraria a la Constitución o a la ley y por lo tanto,

197 CUETO RÚA, Julio C., *Fuentes del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, páginas 112-114. Cfr. “el juez aplicará la norma consuetudinaria, que es aquella creada espontáneamente, mediante la repetición de una determinada conducta, y que da a los miembros de una sociedad el convencimiento de su carácter obligatorio”, ARAZI, *Derecho Procesal*, Tomo I, op.cit., página 19.

198 CUETO RÚA, Julio C., “La costumbre y la costumbre jurídica en el pensamiento de Ross”, en *Alf Ross: Estudios en su homenaje*, Tomo II, Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1984, página 503 y ss cit. VIGO, Rodolfo, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, página 59.

199 Véase. Artículo 565 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, 1er párrafo.

200 Cfr. con la *mutación constitucional* [consiste en el simple hecho de que las constituciones escritas, sin someterse a la reforma formal, adquieren un sentido nuevo, un contenido distinto, una interpretación diferente] [...]. Ella puede ser de tres tipos: a) mutación por adición [incorpora a la Constitución material un contenido nuevo que carece de norma previosa en la constitución formal, vg. la institución partidos políticos antes de la reforma de 1994]; b) mutación por sustracción [se produce cuando normas de la Constitución formal que prosiguen incorporadas a ella (o sea con vigencia normológica) pierden vigencia sociológica, vg. el juicio por jurados] y c) mutación por interpretación [las normas de la Constitución formal adquieren un modo de vigencia sociológica que no coincide exactamente con la norma escrita en su formulación expresa, vg. la distribución de competencias entre el Estado federal y las provincias, en materia de derecho procesal: la Constitución formal reserva a las provincias la facultad de dictar leyes procesales para sus

no se aplica perdiendo vigencia [salvo que se trate de una norma de orden público, sostiene la doctrina²⁰¹].

V) Valor de los principios generales del derecho²⁰²

14. El término principios generales del derecho ha tenido acogida legal o normativa en el artículo 16 de Código Civil²⁰³, no así -en forma explícita- en la Carta Magna [artículo 18 de la CN -cláusula del debido proceso-]. Aunque sí, la voz principios [arts. 5, 27, 28 e inc. 19 del artículo 75 CN] que, desde un punto de vista amplio, debe comprender a los generales del derecho. En España ocurre algo similar [enunciándolo al artículo 9.3 de la Constitución de ese país -sobre la interdicción de la arbitrariedad-]²⁰⁴.

Ellos -señalan los juristas españoles²⁰⁵- son «una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substratum del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica.»

Existen diversas posiciones en el ámbito del pensamiento iusfilosófico en relación al lugar que ocupan dentro del ordenamiento jurídico. Esto es si lo integran o si se encuentra fuera de él y desde allí orientan al intérprete.

En el caso de lagunas del derecho²⁰⁶, nuestro Código Civil dice: «Los jueces no

jurisdicciones respectivas, no obstante lo cual, interpretando las competencias del Estado federal en el campo de las relaciones internacionales, los tratados internacionales sobre derecho procesal que ratifica el Estado federal en uso de su personalidad internacional, incorporan al derecho interno argentino (con aplicación obligatoria en las jurisdicciones provinciales) normas de derecho procesal que el Congreso no podría dictar con ese alcance]. Véase. BIDART CAMPOS, *Tratado...*, Tomo I, op.cit., 1992, página 65-66; SAGÜÉS, *Elementos...*, Tomo I, op.cit., 1996, página 56 y 57; entre otros.

201 Véase DIEZ, Manuel M., *Derecho Administrativo*, Tomo I, op.cit., 1963, página 492-493.

202 Véase ALTAMIRA GIGENA, Julio I, *Los principios generales del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1972; CASSAGNE, Juan Carlos, “Los principios generales en el derecho administrativo”, en *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional, Liber amicorum Néstor P. Sagüés*, Tomo I, op.cit., pág. 3 y ss. y en su *Derecho Administrativo*, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, página 165 y ss.; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 4ta edición, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1993, Capítulo III.

203 “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

204 GARCÍA DE ENTERRÍA- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, op.cit., 2006, página 485.

205 *Ibidem*, página 483. Cfr. “Hablar de principios de derecho es hoy, pues, hablar de principios y valores constitucionales. Valores y principios que, como dije, evolucionan”, REBOLLO, Luis M., “El procedimiento como garantía”, op.cit., página 846.

206 “La íntima conexión entre la creación, la aplicación y la interpretación del derecho -comenzando por la Constitución misma- nos lleva a compartir la conclusión acerca de la inexistencia de ‘lagunas’

pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (art. 15 CC)». Esta disposición del Código habilita la tarea integrativa [prudente interpretación judicial²⁰⁷] de los jueces, los que suelen utilizar todos los medios o instrumentos [fuentes, métodos, técnicas] a su alcance para cubrir el vacío dejado por el legislador, aunque deberán tener cuidado de incurrir en el subjetivismo [producto de la exclusiva voluntad del juez²⁰⁸] o arbitrariedad judicial²⁰⁹.

VI) Valor del preámbulo²¹⁰

«El preámbulo de las constituciones es, pues, no sólo parte de la Ley fundamental, sino también la pauta y la piedra de toque para la resolución de los casos dudosos, conformando su interpretación y práctica con los fines para que fueron adoptadas las subsiguientes disposiciones y el espíritu que prevaleció en su adopción » (Sarmiento, Domingo F.).

Según la doctrina²¹¹, «los Preámbulos constituyen la enunciación de los objetivos fundamentales de la organización de los Estados. Allí es donde se hallan expuestos los principios y valores que dan luego fundamento a las normas de la Constitución.»

Las «grandes metas de la política de Estado» –sostiene la jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia [Fallos, 307:332]– y «las grandes miras que presiden a sus disposiciones» [Cons. 12 del fallo CSJN Argenova S.A. (10/12/2010)] están fijadas en el Preámbulo de la Constitución.

El Preámbulo de ésta Constitución –sostienen los arts. 14 de la Constitución de

en el derecho: porque hay jueces y porque éstos tienen el poder y hacen la interpretación, es que no hay lagunas (Cossio)”, VANOSI, Jorge R., *Teoría Constitucional*, Tomo II, op.cit., página 345.

207 “En ausencia de prescripción legal expresa, la decisión está encomendada a la prudente interpretación judicial y ésta puede inclinarse por la tesis que mejor exprese el estado de la evolución del problema jurídico en debate”, CSJN, Fallos, 248:115.

208 CSJN, Fallos 207:72.

209 Cfr. “ ‘ laguna ’ no significa la ausencia de normas en la que poder fundar una sentencia en un caso concreto, sino la carencia de normas en las que poder fundar una sentencia que resuelva el caso con justicia”, sostiene CUETO RÚA (en *Common Law*, op.cit., página 64). Aunque alerta, “en tales situaciones se da un elemento de discreción judicial que puede generar el real peligro de las preferencias subjetivas del juez en la interpretación de los casos”, CUETO RÚA, *Estrategias y tácticas en el proceso civil y comercial*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001, página 61. Cfr. en el ámbito del derecho administrativo, Díez [en *Derecho Administrativo*, Tomo I, op.cit., 1963, página 532] entiende que los órganos administrativos y el juez en lo contencioso frente a una laguna en el ordenamiento jurídico, puede invocar un principio general de derecho que resuelva el caso cuestionado.

210 Véase. el método histórico (intención del Constituyente) en el apart. B) de este mismo punto.

211 FRÍAS, *Derecho Público Provincial*, op.cit., página 70.

212 Véase. LINARES QUINTANA, *Tratado...*, op.cit., páginas 401-428. SAGÜÉS (*Recurso extraordinario*, Tomo II, op.cit., página 8-19) y BADENI (*Reforma constitucional*, op.cit., página 85) le denomina

Jujuy; 5 de la Constitución de La Rioja y 9 de la Constitución de Salta- podrá ser invocado como fuente interpretativa para esclarecer el alcance, significado y finalidad de sus cláusulas. Sin embargo, no puede ser invocado para ampliar las competencias de los poderes públicos [Art. 12 de la Constitución de Santiago del Estero].

d) Método sistémico²¹²

«La Constitución nacional constituye un todo orgánico y sus disposiciones deben ser aplicadas concertadamente» (regla constante de la Corte Suprema de Justicia nacional según Sagüés, Néstor P.).

I) Algunas precisiones sobre el método sistémico. Teoría general de los sistemas

1) INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA GENERAL DE SISTEMAS

La teoría general de los sistemas [en adelante, T.G.S] fue expuesta, por primera vez, por el biólogo alemán Ludwig von Bertalanffy [1901-1972] alrededor del año 1930²¹³. El autor citado mediante la utilización de este método busca solucionar los problemas atinentes a su especialidad científica. Ellos ya se habían planteado en los orígenes de la ciencia y la filosofía cuando el Estagirita llegó a la conclusión que la única solución se encontraba en el apotegma «el todo es más que la suma de sus partes». En efecto, cada uno de los integrantes del sistema tiene un cierto conocimiento o especialización, pero la interacción entre ellos y el intercambio de experiencias, produce algo nuevo para cada uno de ellos, por lo que el conocimiento final es mayor que la suma de sus partes. Esta teoría tuvo como objetivo fundamental la unificación de la ciencia y el análisis científico [vg. la revolución científica de los siglos XVI y XVII]. Luego, el filósofo alemán George W. F. Hegel [1770-1831] con su lema: «El todo es más que la suma de las partes. El todo determina la naturaleza de las partes. Las partes no pueden comprenderse si se consideran en forma aislada del todo. Las partes están dinámicamente interrelacionadas o son interdependientes», jugó un importante rol en la construcción de esta teoría. Von Bertalanffy, en sus comienzos, propuso la denominada «Teoría de los Sistemas Abiertos» que consiste en el intercambio de información con el medio ambiente que todo sistema vivo hace. Para él, la T.G.S debería constituirse en un mecanismo de integración entre las ciencias naturales y sociales y ser, al mismo tiempo, un instrumento básico para la formación y preparación de científicos. En 1954 se organizó la sociedad para la investigación general de sistemas

sistemático u orgánico.

213 En 1933 el biólogo canadiense Ludwig von Bertalanffy escribe “Theoretical Biology”. En su obra, el autor efectúa un análisis de una metodología común para todas las ciencias basadas en los principios de los organismos biológicos.

214 Vg. el ciclo del carbono.

215 VON BERTALANFFY, Ludwig, *Teoría General de los Sistemas*, FCE, México, 2000, página 13.

[A.A.A.S]²¹⁴ y poco tiempo antes de 1957 cambió su nombre por el de «Society for General Systems Research».

Los objetivos originales de los sostenedores de esta teoría fueron los siguientes: a) impulsar el desarrollo de una terminología general que permita describir las características, funciones y comportamientos sistémicos; b) desarrollar un conjunto de leyes aplicables a todos estos comportamientos y, por último, c) promover una formalización (matemática) de estas leyes²¹⁵. En poco tiempo, la T.G.S concitó un gran interés y pronto se desarrollaron bajo su órbita diversas tendencias, entre las que destacan la cibernética [1948] [Norbert Wiener]²¹⁶, la Teoría de la Información [1949] [C. Shannon y Warren Weaver] y la dinámica de los sistemas [J. Forrester]. Si bien el campo de aplicaciones de la T.G.S no reconoce limitaciones, al usarla en fenómenos humanos, sociales y culturales –e incluso políticos y **jurídicos**– se advierte que sus raíces están en el área de los sistemas naturales [organismos] y en el de los sistemas artificiales [máquinas]. Mientras más equivalencias se reconozcan entre organismos, máquinas, hombres y formas de organización social, mayores serán las posibilidades para aplicar correctamente el enfoque de la T.G.S, pero mientras más se experimente los atributos que caracterizan lo humano, lo social y lo cultural y sus correspondientes sistemas, quedarán en evidencia sus inadecuaciones y deficiencias [sistemas triviales]. En realidad, la explicación que antecede lleva a efectuar una advertencia previa sobre las limitaciones que se encuentra al utilizar este método sistemático en el ámbito de las ciencias jurídicas sin una visión finalista o realista. Al mismo tiempo, no se debe dudar de su importancia, en tanto que no sólo resulta aplicable a fenómenos jurídico-políticos como el federalismo, sino también, como método para lograr una adecuada interpretación de la Constitución.

2) DIFERENCIA ENTRE LA TEORÍA GENERAL DE SISTEMAS Y LA CIBERNÉTICA

La T.G.S y la cibernética –desde el punto de vista del objeto científico– estudian igual problema y están íntimamente ligadas, pero se distinguen en tanto la primera está enfocada más en la «estructura» y los «modelos de los sistemas», mientras que la segunda esta enfocada al «control de las acciones de los sistemas», a la comunicación con otros sistemas o con sus propios elementos. Para entender la estructura y la función de un sistema no se deben estudiar por separado, siempre se tendrá que observar a ambas como una sola disciplina. Las profundas transformaciones en las sociedades humanas, han dado lugar a la aparición de múltiples conflictos y problemas, frente a los cuales las metodologías tradicionales, y los intentos de soluciones locales o fragmentarias, se revelan inoperantes. Modificaciones profundas, como resultado de la acción humana sobre los equilibrios ecológicos, económicos y sociales, han desencadenado problemas

216 Ampliar. VON BERTALANFFY, *Teoría...*, op.cit., página 38.

217 LLACH, Juan, *Otro siglo, otra Argentina*, Ariel, Buenos Aires, 1997, página 365; “Por su parte, las interconexiones globales, organizan sus funciones y sus procesos en torno a redes. De allí también

de gran magnitud, siendo de público conocimiento que afectan sistemas cada vez más complejos, con crecientes interconexiones e influencias recíprocas. A comienzos del tercer milenio, es de vital importancia lograr una mejor comprensión de dichos sistemas, de su naturaleza y funcionamiento, esencialmente cibernético.

Una de las características fundamentales del [buen] Estado del siglo XXI -nos dice Llach²¹⁷- será «la intensa utilización de todos estos sistemas de información. Y, obviamente, ellos deberán basarse cada vez más en las redes interactivas provistas por la informática y las telecomunicaciones.» En ese sentido, los americanos -según lo menciona el trabajo de Gingrich²¹⁸- han emprendido la Third Wave Information

el nombre de ' sociedad red ' con el que suele denominarse esta sociedad”, MARTÍNEZ PAZ, Fernando, *La construcción...*, op.cit., página 71. "En Ginebra, Suiza, la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, auspiciada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Unión Internacional de las Telecomunicaciones (UIT). Si bien los temas tratados fueron diversos, uno de los más importantes fue el del acceso de los países en vías de desarrollo a las actuales tecnologías de la información, desafío cuya magnitud se refleja en una de las cifras que fueron mencionadas durante la Cumbre: el 90 por ciento de la población mundial no tiene acceso a Internet. Por primera vez, los Estados, las empresas de telecomunicaciones e informática y la sociedad civil se reunieron para discutir propuestas que rompan el desequilibrio informativo entre los países más ricos y aquellos en vía de desarrollo”, “La sociedad de la información”, Diario “LA NACIÓN”, editorial, Buenos Aires, 24 de diciembre de 2003. Los datos UIT (2006) muestran un gradual aumento en el acceso. Así entre los países desarrollados el 58,6 % de los habitantes tiene acceso a Internet mientras que en los en vías de desarrollo sólo el 10,2%.

Véase. LYNCH, Horacio M.-DEVOTO, Mauricio, *Argentina Digital*, CENIT [Centro de Investigaciones en Information Technology], Fairplay, Buenos Aires, 1999; el informe del Ministro per l'Innovazione et le Technologie denominado “L' e-government per un federalismo efficiente-una visione condivisa una realizzazione cooperativa”, Area Innovazione regioni ed enti locali, del 23/07/2003; ZITTRAIN, Jonathan L., *The future of the Internet and how to stop it*, Yale University Press, New Haven & London, EE.UU., 2008; entre otros.

- 218 “Our desire to devolve power out of Washington and disperse it to local governments is reinforced by everything we are learning about the Information Age. Virtually every effort more competitive companies has involved returning the person closest to the problem. From the military to commercial work, experts have found over and over again that the flatter the organization chart and the more decentralized the decision making, the more authority that can be given to the person who is most informed about the probable outcome. All of these trends validate our effort to shift power out of Washington [...] The Information Age will actually make it easier for these positive changes to be transferred to other systems. A model that is working in one place can rapidly be adopted by others. That is why we believe turning welfare back to the fifty states will increase the likelihood of real breakthroughs in our ability to help people. Once one state or city makes a breakthrough the ideas will be shared and rapidly imitated in others. Computer conferences, faxes, teleconferences, and special meetings will move ideas much more quickly than the old way of shuffling papers from one wing of the bureaucracy to another. People at the local level are motivated about solving their own problems in a way no distant bureaucrat can be. It is this combination of decentralized authority and rapidly improving national information systems that makes us so confident that dispersion of federal authority will prove to be vastly superior to the bureaucratic model in which we are currently languishing” (Nuestra decisión consiste en quitarle poder a Washington, y distribuirlo entre los gobiernos locales y debe reforzarse con todo lo que se ha aprendido sobre la época de la Información. Cualquier esfuerzo para hacer compañías más competitivas supone un retorno a una

Age²¹⁹ con la finalidad –entre otras– de procurar una mayor descentralización del poder²²⁰.

3) Sistema

a) Noción

19. De una variedad de definiciones y conceptos sobre el término «sistema» se adhiere a la enunciada por Von Bertalanffy. Este autor²²¹ lo define «como complejo de componentes interactuantes, conceptos característicos de totalidades organizadas, tales como interacción, suma, mecanización, centralización, competencia, finalidad, etc. y aplicarlos entonces a fenómenos concretos.»

relación más cercana entre las personas y sus problemas. Desde lo militar al trabajo comercial, los expertos recomiendan una y otra vez, una organización más llana y más descentralizada, la mayor autoridad que se puede dar a una persona que esta más informada para darle una probable solución. Todas estas tendencias validan los esfuerzos para trasladar el poder fuera de Washington. [...] En realidad, la época de la Información y los cambios positivos que ella ha generado hacen más fácil la transferencia hacia otros sistemas. El modelo permite que el trabajo realizado en un lugar puede rápidamente se adoptado por otros. [...] pensamos que llevando bienestar a los cincuenta estados podremos incrementar probablemente el avance de nuestra habilidad para ayudar a la gente. Una vez que en un estado o ciudad avanza una idea, ésta puede ser compartida y rápidamente aplicada en las otras. Video Conferencia, faxes, teleconferencias, y reuniones especiales mueve ideas mucho más rápido que el viejo camino de arrastrar papeles de un ala de la burocracia hacia otra. La gente del ámbito local se encontrará motivada a resolver sus propios problemas en un camino no muy distante de lo que realizaba la burocracia. Esta combinación entre la descentralización de la autoridad y la rápida puesta en marcha de los sistemas nacionales de información hace incrementar la confianza sobre la necesaria dispersión de la autoridad federal que ha demostrado ser superior al modelo burocrático que actualmente languidece), GINGRICH, Newt, *To Renew America*, op.cit., página 106 y ss [la traducción es mía]. En igual sentido, GENE SAGER – en su artículo “Constitutional limitations on Congress Authority to regulate the jurisdiction of federal Courts” publicada en el 95 Harvard Law Review, N° 1, 1981 – expresa: “This resurgence of federalism is motivated in part by the belief that lower levels of government are more responsive to the needs of their citizens and are more efficient in meeting those needs” (página 101) (Este resurgimiento del federalismo se motivó en parte en la opinión sobre que los niveles más bajos son más sensibles a las necesidades de los ciudadanos y son más eficientes en solucionarlas) [la traducción es mía].

219 Véase. TOFFLER, Alvin, *The Third Wave*, Pan Books, London, England, 1980; HOPE, Jeremy and Tony, *Competing in the Third Wave, The ten key management issues of the Information Age*, Harvard Business School press, Boston, Massachusetts, EE.UU., 1997.

220 En el mismo sentido, puede citarse los sistemas utilizados en Gran Bretaña (“*smart cities*”) y en Italia (Bologna) con los denominados “*citycard*” que establecen una comunicación interactiva entre los ciudadanos y los gobernantes (*Telegovernment*). Ampliar. GATES, Bill, *Los negocios en la era digital*, editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1999, páginas 403-417. También, Paul KENNEDY (en *Hacia el siglo XXI*, 2da edición, Plaza & Janés, Barcelona, España, página 169) señala el auge del sistema global de comunicaciones en gran parte fuera del control de los gobiernos individuales y Camilo BAQUERO [en su artículo “La ciudad del futuro será inteligente”, Diario “La Nación”, Sección Enfoques, Buenos Aires, 29 de enero de 2012, página 5] define a las *smart cities* como una urbe que aplica soluciones innovadoras para conseguir una mayor calidad de vida de sus habitantes.

221 VON BERTALANFFY, *Teoría...*, op.cit., página 94.

Antes de entrar a analizar las clases de sistemas se efectúa una explicación sintética basada en sus propios conceptos básicos. En primer lugar, se sostiene lo siguiente: «siempre que se habla de sistemas se tiene en vista una totalidad cuyas propiedades no son atribuibles a la simple adición de las propiedades de sus partes o componentes» [vg. en el ámbito jurídico, cuando se postula la hermenéutica de la totalidad de las cláusulas constitucionales debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto²²²]. En segundo lugar, el «sistema» contiene un conjunto de elementos que guardan estrechas relaciones entre sí, que mantienen al sistema directo o indirectamente unido de modo más o menos estable y cuyo comportamiento global persigue, normalmente, algún tipo de objetivo [teleología]. Si no existiera esta interdependencia se produciría una agregación de elementos al azar.

Cuando Frias aplica la T.G.S al «federalismo» lo define como «un sistema social que protagonizan esencialmente el gobierno federal y las veintidós provincias argentinas. Si son atributos de las provincias sus poderes conservados, lo son de la Nación los delegados y les son comunes los concurrentes. Hay entre ellos relaciones muy estrechas de interdependencia. No hay subordinación de las provincias al gobierno federal, pero éste tiene la misión augusta de asegurar la convergencia de todos al bien común que se expresa en la Constitución. El producto del sistema es una gradualidad de autonomía y participación, por donde llegamos al inicio de nuestro tema.»

En 1927, Hauriou²²³ ya sostenía: «si se distingue en el Estado federal un poder central y varios poderes locales, el primero no cesará de procurar el despojo de las atribuciones y de las competencias originarias de los poderes locales, a fin de expropiárselos exclusivamente».

Esto demuestra la necesidad de estudiar el tema científicamente a los fines de poder brindar soluciones a un problema que parece ser una tendencia natural.

Otro ejemplo de visión sistémica en el ámbito jurídico fue la doctrina de la interpretación constitucional de Karl Loewenstein explicada en su obra 'Teoría General de la Constitución'.

La finalidad de la Constitución escrita –sostiene el autor citado²²⁴– es «limitar la concentración del poder absoluto en manos de un único detentador, al distribuir las diferentes funciones estatales entre varios detentadores del poder.»

222 Véase. SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, Tomo II, op.cit., página 1; “La Ley Fundamental es una estructura sistemática; sus distintas partes forman un todo coherente y en la inteligencia de una de sus cláusulas ha de cuidarse que no se altere el equilibrio del conjunto”, CSJN, Fallos, 307:331; 259:591; 200:18 y 82; 255:755; 297:142; 299:93; 301:460; 302:1461; 302: 1600; entre otros.

223 HAURIU, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Editorial Reus, Madrid, España, 1927, página 177.

224 LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, España, 1986, página 232.

Las técnicas de control –continúa el publicista²²⁵– «son, estructuralmente, de dos tipos: cuando las instituciones de control operan dentro de la organización de un solo detentador del poder, son designados como controles intraórganos (una función del proceso político puede ser realizada mediante una institución constituida por una pluralidad de miembros–un Parlamento (Poder Legislativo²²⁶), un gabinete (Poder Ejecutivo) y un tribunal de apelación (Poder Judicial)²²⁷. En cambio, cuando funciona entre diversos detentadores del poder que cooperan en la gestión estatal, se les designa como controles interórganos. El proceso del poder consiste en el interjuego de los cuatro detentadores del poder que participan por igual de él: electorado²²⁸, Parlamento, gobierno y tribunales. Ambos tipos de controles constituyen conjuntamente la categoría de los controles horizontales. Estos se mueven lateralmente al mismo nivel del aparato del dominio²²⁹».

Lógicamente, concluye el autor citado, esta categoría del control horizontal exige ser completada y confrontada con la articulación vertical del proceso del poder.

Los «controles verticales» se agrupan en tres campos diferentes de acciones recíprocas, a saber: 1) el federalismo: el enfrentamiento entre dos soberanías diferentes estatales separadas territorialmente y que se equilibran mutuamente. La existencia de fronteras federales limita el poder del Estado central sobre el Estado miembro, y a la inversa²³⁰; 2) los derechos individuales y las garantías fundamentales²³¹ y 3) el pluralismo²³².

b) Concepto de sistema jurídico

«El sistema jurídico es conceptual, no es una realidad que pueda percibirse de modo mediato y directo por los sentidos corporales. El derecho no es ni puede ser un

225 Ibidem, páginas 232-233.

226 El sistema bicameral (Ibidem, páginas 242-244; 246-260).

227 LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, op.cit., páginas 294-325.

228 “Es el factor legitimador de todos los otros detentadores del poder”, Ibidem, página 233.

229 Ibidem, página 353.

230 Ibidem, páginas 353-389. En igual sentido, DORSEN, Norman; ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andrés y BAER, Susanne, *Comparative Constitutionalism*, Thomson West, St Paul, Minnesota, 2003, páginas 350 y ss.

231 Ibidem, páginas 390-421.

232 Ibidem, páginas 422-468. “Pluralismo” –la idea, antes que la palabra– tuvo su recorrido gradual desde las guerras de religión de siglos atrás. Y se fue vinculando estrechamente con “tolerancia”. Un pluralismo intolerante es un falso pluralismo. El pluralismo afirma valores. La tolerancia respeta valores. [...] No es lo mismo que “multiculturalismo”, tema éste para otra oportunidad. En la vida política, el pluralismo legitima el principio de la mayoría limitada, al que actúa con respeto de los derechos a de las minorías y no a pesar de ellas”, FLORIA, Carlos, “El poder no retrocede... circula”, Diario “LA NACIÓN”, Sección Notas, Buenos Aires, 28/12/2005, página 15. Véase. “1) El pluralismo”, HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, op.cit., páginas 322-324 y GIDDENS, Anthony, *Europa en la era global*, Paidós, Barcelona, España, 2007, páginas 162 a 165.

universo aislado, pues su comprensión y aplicación exige conocimientos de economía, sociología y también de física, o de geología, en su caso» [...] «se ha ocupado de dejar constancia de cómo los tribunales de justicia tienen que operar bajo las orientaciones y condicionamientos que imponen las matrices disciplinares vigentes en la rama jurídica correspondiente y de cómo entre esas matrices disciplinares la llamada Teoría General de los Sistemas funciona también como un método de interpretación jurídica. Se comprenderá así porque la adopción del método sistémico permite al juez llegar a ver cosas que en otro caso, habría «ignorado o pasado por alto» [...] «el sistema jurídico como orgánico, en el sentido que es una totalidad organizada; activo y capaz, en el sentido que puede actuar por impulsos internos y reactivo puesto que funciona también por estímulos externos» [...] «recurre a los diversos planos del saber (elemental; delimitador y el esencial) y menciona la existencia de matrices disciplinares o paradigmas» (López Rodo, Laureano).

«Todos los individuos creativos construyen sobre los trabajos de sus predecesores. Nadie crea desde la nada. Todas las civilizaciones evolucionan de sociedades anteriores. En relación con los grandes siglos de la cultura micénica, los griegos áticos tenían un refrán: “Había un Pylos antes de Pylos, y un Pylos aún anterior”» (Johnson, Paul).

23. Thomas S. Kuhn –según Vigo²³³– desarrolla «su teoría de los “paradigmas” en la ciencia y dicho método de análisis se ha ido extendiendo en su uso alcanzando con éxito el campo de los juristas. Así, la comunidad de practicantes de una especialidad científica –por ej. Derecho público– conforman lo que se denomina una comunidad científica y participar de ella es participar en una matriz disciplinar (paradigma²³⁴). Lo que da cohesión a una comunidad científica es la coparticipación de una matriz disciplinar, la creencia en la validez científica de una determinada teoría matriz o directriz.»

Así existe en la realidad un saber convergente hasta que aparece el saber divergente [el rechazo de una matriz disciplinar implica la simultánea aceptación de otra, pues sin ello no ocurre no puede haber propiamente ciencia]. De esa forma lo que antes era divergente pasa a ser convergente. Una nueva matriz impone un cambio de enfoque que descubre horizontes más amplios²³⁵. En igual sentido, el Tribunal Supremo español considera a la justicia administrativa como órgano encargado de la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos. Este es el nuevo paradigma o teoría directriz. La justicia administrativa es un proceso plenario a la Administración como sujeto por parte de

233 KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1971 cit. VIGO, *Interpretación constitucional*, op.cit., página 203.

234 Advierte VIGO que el término “paradigma” se ha tornado confuso y hasta equivoco [...] y recuerda que Margaret Masterman acusa a Kuhn de aplicar hasta veintidós modos distintos al término “paradigma”, VIGO, *Interpretación constitucional*, op.cit., páginas 203-204.

235 Sobre el saber, véase. MARTÍNEZ DORAL, José María, *La estructura del conocimiento jurídico*, EUNSA, Pamplona, Universidad de Navarra, España, 1963 páginas 13- 17.

otro sujeto en vista de obtener una tutela judicial efectiva y completa a sus derechos e intereses legítimos.

López Rodó no es el único que en España ha utilizado el método sistemático o sistémico para explicar el sistema jurídico. Dentro de la misma especialidad, González Navarro²³⁶ elaboró su «Teoría de los Grupos Normativos»; García de Enterría junto a Fernández²³⁷ dedicaron un Capítulo de su obra al «ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos: sistemas de relaciones» y Balaguer Callejón²³⁸ al «pluralismo ordinamental.»

En el ámbito del derecho civil, Puig Brutau²³⁹, postula la necesidad de recurrir a una interpretación sistemática, no de conceptos aislados.

Técnicamente –sostiene Rossetti²⁴⁰– «el poder del Estado es poder político jurídicamente organizado, o sea, en un sistema jurídico [...] En otras palabras, la legalidad no basta, es imprescindible la legitimidad». Como una primera aproximación a dicho concepto, sostiene Martínez Paz²⁴¹, «puede señalarse que, en general, hace referencia al conjunto de valores, procedimientos, exigencias y principios que operan como criterios de justificación de normas, acciones, instituciones y modelos, en una sociedad determinada.» Por su parte, Vigo²⁴² entiende: «una visión sistemática del derecho vigente es un presupuesto necesario para lograr una mayor seguridad jurídica».

236 GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *Derecho Administrativo Español*, Tomo I, EUNSA [Universidad de Navarra], Pamplona, 1987, página 243.

237 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Séptima Edición, Tomo I, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1995, páginas 273 y ss.

238 «la estructuración del Estado como un Estado compuesto, así como el proceso de integración europea, han dado lugar a la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos cuyas normas concluyen sobre el mismo territorio. El ordenamiento jurídico comunitario, el estatal y el autonómico producen normas que recaen a veces sobre los mismos campos materiales, siendo quién tiene a su cargo la aplicación del Derecho el encargado de decidir cuál es la norma aplicable. Naturalmente, una estructura tan compleja no podría mantenerse si no fuera porque existen reglas de ordenación de los conflictos que puedan producirse entre las normas de esos ordenamientos», *Ibidem*, página 116. Véase sobre la pluralidad de ordenamientos, GARCÍA DE ENTERRÍA- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo*, Tomo I, op.cit., 2006, páginas 283 y ss.

239 PUIG BRUTAU, J., *Introducción al derecho civil*, Ed- Bosch, Barcelona, 1980, páginas 319 y ss. cit. SESIN, *Administración...*, op.cit., página 218.

240 ROSSETTI, Alfredo, *Introducción al estudio de la realidad estatal*, Volumen II, ediciones de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1983, página 131.

241 MARTÍNEZ PAZ, Fernando, *La construcción del mundo jurídico multidimensional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 2003, página 29-30.

242 “El fruto de esta tarea científica es un derecho que se comprende como algo único, coherente, jerárquico, económico y suficientemente pleno, y en la medida en que dicho resultado se difunda entre los operadores jurídicos de esa sociedad, se avanza en orden a la seguridad jurídica en tanto se aporta claridad y firmeza en lo que le corresponde a cada uno”, VIGO, Rodolfo, “Exigencias objetivas...”, *El Ethos y el Estado de Derecho de Occidente*, edición El Copista, Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 1996, páginas 64-65.

En igual sentido, Vanossi –en un trabajo reciente²⁴³– considera que son necesarias «tres condiciones para lograr cierta seguridad jurídica, a saber: a) un marco legal preciso y estable (certero y estable); b) instancias administrativas ágiles y transparentes y c) jueces independientes y eficientes.»

Una matriz disciplinar de aplicación general es el sistema que da lugar a la famosa Teoría General de los Sistemas [T.G.S]. En nuestro país, según la doctrina²⁴⁴ y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia²⁴⁵, se utiliza para interpretar la Constitución en una exégesis coordinada, no conflictiva, equilibrada y útil, esto es, esencialmente armónica.

1) Estructura de la relación jurídica administrativa

En toda relación de derecho administrativo –nos señala Bielsa²⁴⁶– «es sujeto esencial el Estado como Administración pública (nación, provincia, municipio y comuna); el otro sujeto puede ser el administrado o una entidad administrativa en sentido lato.»

La relación jurídica administrativa se erige como el objeto del sistema jurídico. Merced a esa dimensión compleja del derecho –señala Linares²⁴⁷– «la ciencia jurídica no se limita a ser una mera glosa de normas, sino que es un conocimiento sistemático, en el que algo tiene que decir, no sólo sobre las palabras de la ley y sus errores lingüísticos, sino también sobre la oscuridad y falta de esas palabras, sobre la justicia de los resultados de la interpretación y sistematización y sobre la conducta conocida.»

Por eso, Massini²⁴⁸ sostiene: «es posible hablar de ciencia jurídica que tenga por objeto material al derecho positivo, en la medida en que ese derecho sea estudiado

243 VANOSI, Jorge, “Constitución, Seguridad jurídica y Comercio”, en *Derecho, Política y Economía-Equilibrios y desequilibrios*, XV Reunión conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba, ANDCSC, Córdoba, 2003, página 211.

244 “En la tarea interpretativa hay temas ya resueltos por la jurisprudencia y asuntos todavía no dilucidados. Entre las zonas “pacificadas”, puede comenzarse con la doctrina de la interpretación “sistemática”, SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1997, página 52.

245 Véase. CSJN, Fallos, 240:311, 289:200; 258:267, entre otros. También ha sostenido el Alto Tribunal: “la interpretación auténtica de la Constitución no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación” [CSJN, Fallos 178:9].

246 BIELSA, Rafael, *Principios de Derecho Administrativo*, “Legislación administrativa argentina”, Imprenta de la Universidad Nacional del Litoral, Buenos Aires, 1942, página 1.

247 LINARES, Juan F., *Derecho Administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1986, página 6.

248 MASSINI CORREAS, Carlos, *La prudencia jurídica*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, página 119.

desde la perspectiva de los principios jurídicos universales o, en otros términos, desde el ángulo de la naturalidad de las instituciones jurídicas o de las normas».

El «sistema» en el ámbito científico es indispensable como exigencia de la razón razonante, que necesita de «ideas regulativas» para el conocimiento, sin que esas ideas sean en sí mismas conocimiento, sino un auxilio para él.

2) Estado -organización estatal- como sub-sistema

García-Pelayo²⁴⁹ -en *Las Transformaciones...*- sostuvo: «en términos de la teoría de sistemas cada organización constituye un subsistema (dentro de la sociedad global) que recibe sus insumos (es decir, tanto los recursos como las perturbaciones para su funcionamiento provenientes del exterior) de otras organizaciones, a la vez que sus productos constituyen insumos para las demás, de modo que la sociedad de nuestro tiempo se configura como un metasistema constituido por sistemas organizativos en complejas relaciones de interdependencia, con la consecuencia de que la estabilidad social global depende de la funcionalidad o disfuncionalidad de las interacciones entre los sistemas organizativos que lo componen, del acoplamiento entre sus respectivos insumos o productos, y de la posibilidad o imposibilidad de cada uno de ellos de neutralizar las perturbaciones que les pueden venir de los demás».

La aplicación en el ámbito jurídico de la teoría de los sistemas generales resultó una salida interpretativa relevante para solucionar el conflicto suscitado entre el estado nacional y las Comunidades autónomas en España.

Así el Tribunal Supremo del país mencionado aplicó esta teoría a los conflictos suscitados entre ellos.

«Conviene, desde esta nueva perspectiva, introducir una distinción nueva: la Constitución, es el supraordenamiento y en él se articulan el ordenamiento estatal stricto sensu y el autonómico, entendidos, acabamos de decirlo, como subsistemas por debajo de las normas supremas comunes», postula el Tribunal Constitucional Español²⁵⁰.

249 GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, España, 1977. Según SARTORI [Giovanni, *¿Qué es la democracia?*, Traducción de Miguel Ángel González Rodríguez y María Cristina Pestellini Laparelli Salomón, Taurus, Buenos Aires, 2003, página 304], el mercado es un *subsistema* de la economía en su conjunto.

250 “en la doctrina alemana ha podido hablarse de que en la Constitución se encuentra la ‘competencia de las competencias’ (*Kompetenz-Kompetenz*), pues su primera función es la de distribuir todas las competencias públicas y, por de pronto, en la perspectiva en que ahora estamos, en su función de supraordenamiento, distribuir los espacios competencias de cada uno de los ordenamientos subordinados (estatal, autonómico, local: art. 137), el espacio competencial que cada uno va a tener como propio y en el que va a desplegar sus respectivas competencias normativas”, GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, Tomo I, op.cit., 2006, página 290.

También ha calificado al sistema constitucional español surgido de la Constitución de 1978 en un «Estado compuesto»²⁵¹ o «global»²⁵².

Este método viene empleándose en la reciente jurisprudencia. Un sistema es totalidad no simple suma, aunque también es suma. El sistema es un todo, el comportamiento de los subsistemas ha de estar condicionado por la optimización de ese todo. De manera que cada subsistema ha de sacrificar parte de su nivel óptimo en beneficio de la comunidad.

Las «Comunidades Autónomas» en España –según García De Enterría²⁵³– son «entes políticos de primera significancia, como partes mismas del Estado, al cual componen propiamente y en cuya voluntad superior participan.» En la Constitución española –sostiene el autor citado²⁵⁴– «aún sin ser federal, aparecen fórmulas inequívocas de cooperación institucionalizada entre el Estado y las Comunidades Autónomas, la relación interordinamental. Estas fórmulas que aparecen en los artículos 148.1 y 149.1 [...] son especialmente tres: la regulación concurrente del Estado, y de las Comunidades Autónomas sobre una materia, la ejecución autonómica de la legislación estatal y la coordinación estatal de competencias presentes en los dos niveles»²⁵⁵.

251 Sentencia del 28 de enero; 14 de junio de 1982; 20 de abril de 1983 y 18 de septiembre de 1992. Aludiendo, según GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ [*Curso...*, Tomo I, op.cit., 2006, página 284], “naturalmente, al sistema de autonomías político-territoriales de las nacionalidades y regiones que consagra como un principio básico (en la expresiva fórmula ‘reconoce y garantiza’) el artículo 2 de la Constitución”. Cfr. “Una de las diferencias entre nuestra fórmula de Estado compuesto y la de Estado federal típico es que la Constitución no ultima por sí sola la distribución de competencias. En nuestro sistema la Constitución se limita a ofrecer un marco formal que permite opciones autonómicas concretas de ‘acceder a su autogobierno’ (art. 143.1) a las ‘nacionalidades y regiones’ (art. 2), opciones que se concretarán en un ‘Estatuto de Autonomía’ propio de cada una de ellas, y que especificará tanto la organización propia de la respectiva Comunidad Autónoma, como el nivel de competencias [...], GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, Tomo I, op.cit., 2006, página 290-291.

252 “Que comprende todas las esferas que la Constitución construye y unifica, el Estado como totalidad política organizada, y el Estado en sentido más estricto, como una parte de esa totalidad, aquella que formula y sostiene las normas comunes a todo el territorio nacional, como entidad compuesta en el reparto de competencias a las Comunidades Autónomas, y aun al resto de las autonomías menores”, GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso...*, Tomo I, op.cit., 2006, página 288-289.

253 GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, op.cit., página 274.

254 *Ibidem*, página 287. En igual sentido, Frías –entre nosotros– sostiene: “la región no es una perspectiva totalizante sino apenas un subsistema en el tratamiento global de los problemas de Estado y sociedad”, FRÍAS, Pedro J., “*La región centro, geopolítica estratégica*”, ANDCSC, Instituto de Federalismo, Córdoba, 2004, página 3.

255 “Más genéricamente, el Tribunal Constitucional ha declarado que la colaboración entre las dos esferas “resulta imprescindible para el buen funcionamiento del Estado de las Autonomías” (Sentencias de 5 de Agosto de 1983 y 29 de noviembre de 1988)”, *Ibidem*, página 287.

También el autor español recurre a la T.G.S cuando pretende efectuar un cuadro de preferencias entre los distintos planos normativos. Primero, señala que existe la Constitución, luego le siguen las «condiciones básicas» que el Estado dicte en cumplimiento de lo prescripto en el ordenamiento constitucional [Art. 149.1 de la Constitución Española²⁵⁶]. Como señala García de Enterría²⁵⁷ también la Constitución expresa «formulación de bases», de «legislación básica», de «normas básicas» y de «régimen general» [todo en el Artículo 149 de la Constitución española citada]. Entre tanto, la doctrina²⁵⁸ diferencia claramente a dichas «leyes marco» de las «leyes de bases» [prescriptas por los Artículos 82 y 83 de la Constitución Española].

La idea es aplicar los principios básicos de la teoría de los sistemas –esbozados en los puntos anteriores ut supra– al «federalismo» y así poder distinguir las competencias específicas en relación a la planificación y regulación de las actividades estatales en un contexto descentralizado. El interés de este estudio radica en la posibilidad de utilizar una amplia tipología de instrumentos o técnicas federales –que incluyen las transferencias interjurisdiccionales–²⁵⁹.

Finalmente y en igual sentido, Fraga Iribarne²⁶⁰ ha considerado: «el federalismo y regionalismo parecen asuntos de capital relevancia en nuestros días como lo acredita la problemática de la llamada “devolución (viene del inglés devolution que significa descentralización) regional”».

e) Método comparativo²⁶¹

«El método debe ser comparativo, es decir, que no ha de limitarse al estudio de algunas Constituciones, sino que debe extenderse a un gran número» (Hauriou, Maurice).

256 “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 1. la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

257 GARCÍA DE ENTERRÍA-FERNANDEZ, *Curso...*, op.cit., página 287-288.

258 Ibidem, página 288.

259 Véase. BARRERA BUTELER, Guillermo, *Provincias y Nación*, ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, páginas 261 y ss; PIOMBO, Horacio, *Teoría general y derecho de los tratados interjurisdiccionales internos*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1994; entre otros.

260 “Ésta es una manifestación más del fenómeno de la pluralidad de ordenamientos jurídicos, si se admite que no es el Estado y su ordenamiento el único entramado político y jurídico que articula una comunidad”, FRAGA IRIBARNE, Manuel, “Crisis del Estado y pluralidad de ordenamientos”, *Estudios en honor de Pedro José Frías*, Tomo I, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, 1994, Córdoba, página 297. La traducción agregada al texto es nuestra.

261 “Se ha hecho notar que la comparación jurídica es uno de los métodos a los cuales recurren los tribunales constitucionales en la interpretación de las disposiciones relativas a los derechos fundamentales: junto a los métodos literal, sistemático, histórico y teleológico, que tienen su origen en la clásica formulación de Savigny, Häberle ha colocado al comparativo como quinto método de interpretación, como un estadio imprescindible en la exégesis de las cláusulas constitucionales

26. Hauriou –en su obra *Principios de Derecho Público y Constitucional*– fue quién postuló la necesidad de recurrir a él. Luego, sostuvo: «es un método de observación, porque el fenómeno de la organización constitucional de los Estados es, en gran parte, natural y espontáneo [...] este método conduce por sí mismo a un cierto empleo del método deductivo, a medida que aquel nos suministra observaciones cuya constancia parece suficiente para poder elevarlos a categoría de principios».

Solá Cañizares²⁶² efectúa un resumen histórico del Derecho comparado en tres etapas: a) la de los precursores [va desde el siglo XV y XVI hasta siglo XVIII–cerrándose con Montesquieu y Feuerbach]; b) la de los iniciadores [comprende desde el siglo XIX] y c) la de los comparatistas [comienza con Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en París en el 1900].

No tardó mucho su recepción en nuestro país. El método comparativo de interpretación –sostenía Martínez Paz²⁶³– permite «salvar la deficiencias y los vacíos que deja el método estrictamente lógico, que con preferencia se emplea para el estudio de la ley. El predominio de la lógica suele, sin embargo, conducir a que se oscurezca el verdadero sentido y alcance de las leyes, agotándose en un excesivo tecnicismo, y no absorbe todo lo que es preciso saber de la ley.»

Hay, por el contrario, –continúa el autor citado– «otro modo que no enseña a estudiar la ley comparándola con las instituciones afines de los pueblos más adelantados y que permite, por medio de la comparación, desentrañar los fines que la ley persigue. La percepción del fin de la ley permite no sólo comprenderla mejor, sino también exceder los límites puramente nacionales de la interpretación. Sin embargo, en relación a los fines inmediatos de la comparación, lo más importante es que ella crea, por el ejercicio a que la somete, una mentalidad particular en el intérprete, que lo pone en condiciones de ampliar el ámbito y el sentido de sus investigaciones. Sustrae al estudiante y al jurista, se puede decir, de la zona puramente municipal o provincial de la investigación, ampliando su horizonte hasta el dominio de lo propiamente universal de las instituciones.»

sobre los derechos”, DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, Secretariado Europeo per le pubblicazioni scientifiche, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Número 197, traducción Claudia Herrera, Talleres de la imprenta Azteca S.A de C.V, México, 2004, página 12. Véase. “La comparación jurídica como quinto método de interpretación y como comparación cultural”, *El Estado Constitucional*, op.cit., páginas 278-282.

262 SOLÁ CAÑIZARES, *Iniciación al Derecho Comparado*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Derecho Comparado, Barcelona, España, 1954, páginas 48 y ss. cit. CASTÁN TOBEÑAS, “Reflexiones”, op.cit., página 241.

263 MARTÍNEZ PAZ, Enrique, “Discurso pronunciado en la inauguración de los cursos de Derecho Penal”, Instituto de Derecho Comparado, publicado en el Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Año VI, N ° 1 y 2 , 1ª parte, Córdoba, páginas 270-272. “El Estagirita usa ampliamente el método comparativo”, PRÉLOT, Marcel, *La ciencia política*, 4ta edición, Editorial UBA, Buenos Aires, 1969, página 69.

Desde los inicios de esta corriente, se discute si el comparatismo es una rama de la ciencia del derecho [Azcarate], un sistema [Esser, Caemmerer] o un método, instrumento o arte [Calamandrei, Cappelletti] común en su aplicación a cualquier rama del derecho [Lambert, De Francisci, Messineo; David, Solá Cañizares]. Sin embargo, Castan Tobeñas²⁶⁴ sostiene: «el Derecho comparado, como disciplina y como método, es de origen muy moderno.»

La «comparación» –según Solá Cañizares²⁶⁵– objeto de esta disciplina ha de ser razonada y exacta. En igual sentido, Castan Tobeñas²⁶⁶ señala: «ha de ser ordenada, metódica y sistemática.» Al reunir estas condiciones, la comparación será científica [...]. Sin embargo, De Vergottini²⁶⁷ advierte: «reconocer la importancia de la comparación entre los proyectos de leyes nacionales y los textos normativos de otros ordenamientos no debe, obviamente, inducir al error de aceptar el trasplante de tales textos al ordenamiento desde el que se realiza la comparación.»

En nuestro país, Martínez Paz²⁶⁸ adhiriendo a los primeros brinda una definición: «es la disciplina jurídica que se propone, por medio de la investigación analítica, crítica y comparativa de las legislaciones vigentes, descubrir los principios fundamentales relativos y el fin de las instituciones jurídicas y coordinarlos en un sistema de derecho positivo actual». En cambio, Vanossi²⁶⁹ acusando su adhesión a las modernas tendencias se limita a considerarlo un método que es susceptible de diversas aplicaciones.

264 CASTÁN TOBEÑAS, José, *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo*, op.cit., 1957, página 240. En igual sentido, PFERSMAN, Otto en “Le droit comparé comme theorie du droit”, Oxford University Comparative Law Forum, en www.ouclf.iuscomp.org/articles/pfersmann.shtm/. Este ha venido a suceder a la antigua *Legislación comparada* y se identifica con la *ciencia comparada del Derecho* (como se le denomina en Alemania); con la *Teoría general comparada del Derecho* (de Inglaterra) y el *Derecho contrastado* (de Jerome Frank).

265 SOLÁ CAÑIZARES, *Traité de Droit comparé*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, Tomo I, página 102 cit. CASTÁN TOBEÑAS, “Reflexiones”, op.cit., página 281.

266 Ibidem, “Reflexiones”, op.cit., página 282.

267 DE VERGOTTINI, Giuseppe, *Derecho Constitucional Comparado*, Editorial Universidad- Buenos Aires, 2005, página 19.

268 MARTÍNEZ PAZ, Enrique, *Introducción al estudio del Derecho Civil Comparado*, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1934, página 143.

269 “1) El derecho comparado (como método), permite el mejor conocimiento del derecho propio o sea del derecho positivo particular de un determinado Estado o conjunto de Estados [...]; 2) Es un instrumento apto para preparar reformas legislativas [...]; 3) Es un elemento auxiliar en la tarea de interpretación [...]; 4)aparece “como un método lógico correctivo de la dogmática o de la exégesis del derecho positivo particular...” [...] debe ser desechado o reconsiderado cuando por su aplicación unilateral y exagerada conduce a la confusión entre el ordenamiento o modelo adoptado y el ordenamiento o modelo en estudio”, VANOSI, Jorge R., “Los orígenes de la Asociación Argentina de Derecho Comparado”, L.L, 27/mayo/1997, páginas 1-3. En igual sentido, DALLA VIA –en su trabajo “Derecho Público comparado”, www.derechocomparado.org.ar- postula: “el derecho público comparado, es autónomo respecto a otras ciencias. Pero esto no conciente prescindir del uso, conjunto o de manera disociada de la historia jurídica, la historia de las doctrinas políticas, la ciencia política, la filosofía, la sociología del derecho y de otras ciencias”.

Esta especialidad –según el autor citado²⁷⁰– entendida «como el necesario punto de referencia para el mejor conocimiento de una o varias instituciones. Aquí se esta ante la proyección dinámica del conocimiento referido en el punto anterior (que era meramente estático). En los países federales, por ejemplo, esta proyección se manifiesta también en el plano interno, mediante las relaciones ente el Derecho Público Provincial y el derecho federal o nacional, como forma para el conocimiento comparativo y en movimiento de las instituciones constitucionales.» En igual sentido, el derecho comparable –nos dice De Vergottini²⁷¹– «no es (sólo) el que resulta de los textos normativos, sino, más ampliamente, el que está efectivamente vigente en los ordenamientos que se examinan. La investigación deberá, pues, considerar también el derecho no escrito y tendrá que verificar la vigencia del escrito.»

En un estudio actual y profundo, Häberle²⁷² apunta: «a veces las costumbres de un Estado constitucional son adoptadas de manera formal por otro» y traspola la voz «estandar» propia del derecho privado [es una regularidad cultural que caracteriza a un núcleo de normas dentro de un sistema jurídico y permite identificar y valorar lo que socialmente se estima adecuado] al ámbito constitucional [para facilitar el ejercicio comparativo y explicar los procesos de recepción del derecho constitucional].

Por último, González Calderón²⁷³ –en su obra *Introducción al Derecho Público Provincial*– sostenía: «su comparación con otros similares extranjeros (norteamericanos, australianos, cantones suizos, provincias canadienses y sud-africanos, etc.), es imprescindible al estudiar la organización y el funcionamiento de los gobiernos provinciales, porque de esa manera se podrán deducir consecuencias fundadas para hacer después una critica motivada».

270 VANOSI, Jorge R., “Los orígenes de la Asociación Argentina de Derecho Comparado”, La Ley actualidad, Buenos Aires, 27 de mayo de 1997, páginas 2-3.”Estamos en presencia de un derecho público autóctono que, sin perjuicio de incorporar los valiosos aportes que brinda el método comparado, está en condiciones de apoyarse básicamente en los elementos nacidos y desarrollados a través de la vida constitucional argentina”, *Ibidem*, “Breves reflexiones sobre forma y estilo en la interpretación judicial de la Constitución histórica”, *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, Tomo 63, N° 1, VI/2003, página 39.

271 DE VERGOTTINI, *Derecho Constitucional Comparado*, op.cit., 2004, página 51.

272 HÄBERLE, *El Estado Constitucional*, op.cit., páginas 22-23.

273 GONZÁLEZ CALDERON, Juan A., *Introducción al Derecho Público Provincial*, Librería nacional J. Lajovase & Cia, Buenos Aires, 1913, página 8.

f) Método “law and economics”

I) Origen de la AED y su proyección internacional

«Un segundo significado de justicia, el más común yo diría, es simplemente eficiencia»

[POSNER, Richard²⁷⁴]

27. En los EE.UU., aparece el profundo trabajo de Posner –de la Universidad de Chicago– a quién se lo considera el artífice principal de esta teoría. En su obra *Economic Analysis of Law*²⁷⁵ [1973], el autor citado se introduce en el análisis de todo el sistema jurídico mirándolo desde una perspectiva económica. Concomitantemente y con un enfoque similar, aparecen las diversas publicaciones de Calabresi²⁷⁶ de la Universidad de Yale.

Actualmente, según la doctrina²⁷⁷, esta asignatura tiene distintas vertientes, a saber: a) escuela institucional [propone el estudio de las instituciones como base de los estudios de economía (principal exponente es John Commons)]; b) escuela neoinstitucional [se asienta sobre la idea de que los individuos están sujetos a limitaciones (derecho de propiedad, los costos de transacción, entre otros) en la búsqueda racional de sus intereses]; c) escuela de Chicago [análisis marginal a las decisiones jurídicas] y d) escuela de la decisión pública o del public choice [imagina que cada actor toma sus decisiones

274 Citado en el informe *Justicia y Desarrollo Económico* del Consejo Empresario Argentino [actual AEA], realizado por el Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia y el Colegio de Abogados de Buenos Aires, Buenos Aires, 1999, página 9. Este trabajo, el Programa Modelo de Reforma para las Administraciones de Justicia Provinciales [BID.-1998], entre otros, sirvieron de base para la elaboración del Plan Nacional de Reforma Judicial 1998 [CEJS, 1999].

275 POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, Edit. Little Brown and Company, Boston- Toronto, 1973; *ibidem*, *Overcoming law*, Harvard University Press, Cambridge, EE.UU., 1995. Véase. ENGLARD, Izhak, “The Economics of Justice”, en la *Harvard Law Review*, Vol. 95, N ° 5, March 1982, páginas 1162-1178; KAGAN, Elena, “Commentaries- Richard Posner, the judge”, 120 *Harvard Law Review*, N ° 5, March 2007, páginas 1121-1122 y la voz *economic analysis of law* en el *Oxford Dictionary of Law*, op.cit., página 184. Cfr. “en cuanto a la distinción de Posner (1975) entre viejo y nuevo Análisis Económico del Derecho. Aunque para este autor la diferencia básicamente se centra en la naturaleza diversa de las diferentes materias objeto de estudio, en mi opinión existe una notable distancia entre uno y otro, fundamentada tanto en la diferencia de método empleado como en la actitud característica de los autores ante las propias disciplinas”, TORRES LÓPEZ, Juan, *Análisis Económico del Derecho- Panorama Doctrinal*, Tecnos, Barcelona, España, página 16. En igual sentido pero con un argumento distinto, SOLA [Juan V., *Constitución y Economía*, Abeledo-Perrot- Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, página 129] considera a Ronald Coase [en su obra “La naturaleza del costo social”] como el fundador de la materia. Ampliar sobre “Coase theorem” en *Oxford Dictionary of Law*, op.cit., página 97.

276 CALABRESI, Guido, “Some Thoughts on Risk Distribution and The Law of Torts”, *Yale Law Journal*, v. 68, 1961, páginas 499 y ss.

277 SOLA, Juan V., *Constitución y Economía*, op.cit., páginas 91 y ss.

teniendo en cuenta la maximización de sus propios intereses- vg. la participación de los grupos de interés en el proceso legislativo interesa el public choice (su principal expositor es James Buchanan)].

Desde España, Mercado Pacheco²⁷⁸, Pastor Prieto²⁷⁹ y Mitchell Polinsky²⁸⁰ se convirtieron en los interlocutores de dicha corriente de pensamiento jurídico. Para otro jurista español Ariño Ortiz²⁸¹, el análisis económico «encuentra un campo muy amplio de aplicación en el derecho: sobre todo en el Derecho Patrimonial, el Derecho Fiscal y el Derecho Administrativo, excepto los derechos fundamentales.»

Este último autor²⁸² –siguiendo a Rojo²⁸³ y Galán Corona²⁸⁴– define al derecho económico como el «derecho de la ordenación económica, intervencionista o liberadora». Con esta posición se aleja de los autores que sólo lo definen como el «Derecho de la intervención».

Desde el punto de vista de la escuela española citada, el derecho económico – con una visión amplia– integra «en sí todas las normas, tanto de derecho público como de derecho privado, en cuanto referidas a la vida económica.» Y desde una perspectiva restringida se la identifica con el derecho de la economía [derecho administrativo económico] complementado con la temática de la Constitución económica. En ambos casos, excluye su aplicación a la interpretación de los derechos fundamentales²⁸⁵.

Por su parte, Schäffer- Ott²⁸⁶ –en Alemania y desde una posición moderada– al momento de brindar su opinión sobre el sistema judicial, señala: «El hombre no es reducible a la sola eficiencia [...] lo cierto es que un sistema jurídico eficiente hace que

278 MERCADO PACHECO, Pedro, *El análisis económico del derecho. Una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, 1994.

279 PASTOR PRIETO, Santos, *Sistema Jurídico y Economía - Una introducción al análisis económico del derecho*, Edit. Tecnos, Madrid, España, 1989; Ídem, *¡Ah de la Justicia! Política Judicial y Economía*, edit. Civitas, Madrid, España, 1993.

280 MITCHELL POLINSKY, A., *Introducción al análisis económico del derecho*, traducción de J. Alvarez Flores, Edit. Ariel, Barcelona, España, 1985.

281 ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios del derecho público económico*, Fundación de Estudios de Regulación y Comares Editorial, Granada, 1999, página 33.

282 Ibidem, página 13.

283 ROJO, Ángel, “El Derecho económico como categoría sistemática”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Tomo LXXX, 2da. Época, núm. 3, marzo de 1980.

284 GALAN CORONA, E., Prólogo a Mercado y Derecho, de N. Reich, Ed. Ariel, Barcelona, 1985.

285 Cfr. criterio amplio (numerosos autores recurren a este método cuando tratan diversos temas vinculados a los derechos fundamentales), en TORRES LÓPEZ, *Análisis...*, op.cit., página 20-21.

286 SCHÄFFER- OTT, *Manual de Análisis Económico del Derecho*, traducción de Macarena Von Carstenn-Lichterfelde, Madrid, España, 1991, página 25 cit. RIVERA, Julio César, “Economía y interpretación jurídica”, op.cit., página 6.

mayor cantidad de gente pueda beneficiarse; y que la ineficiencia está normalmente ligada a la injusticia». En consecuencia, el efectivo y eficiente funcionamiento del sistema judicial y del principio de seguridad jurídica es un tema importante dentro del amplio campo de la materia «Derecho y Economía».

Con una visión positiva aunque con tono crítico, Caffé²⁸⁷ –desde Italia– sostiene: «la difícil conjunción intelectual de juristas y economistas puede surgir de la comprobación de dos derrotas. De cómo la ingeniosidad jurídica no ha logrado todavía dominar la complejidad desestabilizante de las estructuras financieras del capitalismo maduro [...] Colijo que el derecho es un medio de servicio, es un modo de fijar comportamientos, un método de estructurar las leyes de convivencia, y debería ordenarse no como un fin en si mismo sino para servir a la formulación de esas reglas. No obstante ello ese método permite dar unidad y congruencia al sistema de regulación. Hoy las normas pierden esa unidad, el derecho pierde significado frente a la formulación de las normas con apariencia de derecho para servir fines económicos no integrados a un sistema de solidaridad social».

De lo dicho, surge la conveniencia de estudiar ambos conceptos juntos pues no puede existir un orden económico sin uno correspondiente jurídico²⁸⁸. Para concluir y en igual sentido, Thedy²⁸⁹ y la doctrina por él citada señala: «el Derecho es anterior a la Economía, ya que no es concebible un orden social cualquiera sin una infraestructura de reglas en la que se base ese orden. Esa infraestructura es el Derecho».

g) Método de la teoría de la argumentación

28. La teoría de la argumentación jurídica de Alexy²⁹⁰ –entendida como la exposición a un auditorio de una serie de razones que justifican una opción²⁹¹– puede ser aplicada para motivar actos administrativos [principalmente los discrecionales²⁹²]

287 CAFFÉ, Federico, “Derecho y Economía: un encuentro difícil”, en Revista de Derecho Comparado, año 17, página 759 y ss. cit. RICHARD, Efrain H., Prólogo a la obra de Néstor A. J. Hillar, *Ingeniería financiera, comercio exterior e inversión extranjera –aspectos jurídicos–*, Edit. Lerner, 1996, Córdoba, página III.

288 “es que el Derecho, pese a las elucubraciones logicistas de los filósofos que viven en las estrellas, es una cosa viva. Su contenido se nutre de la realidad en que vive el hombre. Sus necesidades, sus deseos, sus ideales, los factores políticos, económicos y culturales todos contribuyen constantemente a nutrir su contenido”, THEDY, Horacio R., *Principios económicos que orientan la instituciones de nuestro Código Civil*, Talleres Gráficos Emilio Fenner S.R.L, Rosario, 1944, páginas 8 y 10.

289 Ibidem, páginas 10-11.

290 La argumentación jurídica está dentro de la teoría general de la argumentación, ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 1 reimpr., Madrid, España, 1997.

291 BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación...*, op.cit., página 98.

292 “El ejercicio de una facultad discrecional no constituye eximente del deber de fundar el pronunciamiento, el cual, en su efecto, sólo satisface en forma aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente, aplicable a los hechos concretos de la causa”, CSJN,

y/o sentencias judiciales²⁹³, aunque destacando las particularidades y diferencias que existen entre los institutos mencionados²⁹⁴. El autor citado procura volver a unir voluntad y razón mediante la llamada «rehabilitación de la razón práctica»²⁹⁵.

1995/12/19, “H.B.T. y otra c. Roveda, Arturo N.”, La Ley, 1996-C, 289 cit. GOZAÍNI, Osvaldo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2003, página 421. Desde la doctrina, LUQUI [en su obra *Revisión judicial...*, Tomo I, op.cit., página 262] sostiene: “La motivación se debe ajustar a la naturaleza del acto. Cuanto mayor sea la discrecionalidad, mayor es el deber de motivarlo [...] Tiene que expresar el razonamiento seguido por el órgano administrativo para llegar a esa solución”. Sobre la motivación del acto, véase. COMADIRA, Julio R., *Acto administrativo municipal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1992, páginas 33-34.

293 Véase sobre la estructura de la sentencia judicial y el papel que los jueces desempeñan en la creación del derecho, BULYGIN, Eugenio, “Sentencia judicial y creación del derecho”, LL, T- 124 [1967], página 1307. Según PODETTI [Ramiro, *Tratado de los Actos Procesales (principios y normas generales)*, 2da parte, Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1955, páginas 427-428], la sentencia judicial “como acto procesal, es un hecho jurídico y también un acto jurídico [...] es un hecho jurídico específico y un acto jurídico específico, por su origen y la ley que estatuye sobre su elaboración y efectos”. Por su parte, TREJO [Ramón, “La Justicia como bien humano”, en *Nuevos modelos de Justicia para la Argentina de Hoy*, Concurso ARGENJUS 2006, Buenos Aires, LA LEY, 2007, página 263] la califica como “medio de información por excelencia”. Por ello y siguiendo la visión jurisprudencial argentina: “es condición de validez de los pronunciamientos judiciales que éstos sean fundados” [CSJN, Fallos 324:672] y luego, “la motivación de la sentencia es un requisito de naturaleza esencial” [CSJN, Fallos 317:546]. Véase la voz “sentence”, en *Oxford Law Dictionary*, op.cit., página 488. Cfr. En Perú, el inc. 5 del art. 139 de su Constitución política [1993] señala: “la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustenten”.

294 “Hemos hablado de la necesidad de la argumentación justificatoria aludiendo básicamente al juez-interprete, pero, sin embargo, lo señalado se extiende a todos los juristas a la hora de tener que defender un cierto resultado interpretativo. Más aún, una teoría de la argumentación jurídica completa no debe reducirse al ámbito de la aplicación o concreción individual particular del derecho, sino extenderse a todas las instancias de creación jurídica con alcance general”, VIGO, Rodolfo L., “Problemas y teorías actuales de la interpretación jurídica”, *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, 1993, páginas 228 y 229. En igual sentido, LUQUI [en *El alcance...*, Tomo I, op.cit., página 232] sostiene: “Del mismo modo que las sentencias judiciales pueden ser atacadas por arbitrarias, también los actos administrativos se pueden impugnar por ese vicio” y VANOSSI [en *Recurso extraordinario federal*, Eudeba, Buenos Aires, 1984, página 84] cuando señala: “Insistimos en la afirmación conceptual de una coherencia integral del ordenamiento jurídico. Así, tal como las leyes deben ser constitucionales y razonables (constitucionalidad sustantiva); tal como los decretos y las resoluciones deben ser constitucionales, legales (art. 86, inc. 2) y razonables; también debe ser que las sentencias y demás actos judiciales se ajusten al marco de la constitucionalidad, legalidad y razonabilidad”. Por último, GARCÍA DE ENTERRÍA [en *Democracia...*, op.cit., página 129] señala: “La Administración no es ‘señor del Derecho’, no está vinculado a una parte sí y a otra no del Derecho, porque su vinculación sea menor o más débil que respecto de los demás sujetos, o porque por ella el Derecho sea sólo un buen consejo, que sea libre de cumplir o no [...]”. Cfr. “considero una confusión histórica asimilar los principios del silogismo judicial aplicables en otras esferas jurídicas, a los que sustentan el control de los actos administrativos [...] El silogismo judicial no es trasladable a la función administrativa. La administración no está obligada a llegar a una solución justa utilizando sólo las reglas de la interpretación jurídica [...] la administración tiene la forma de dirimir la opinabilidad de supuestos alternativos aplicando un juicio subjetivo en pro de un ideal de oportunidad o conveniencia. ¿Por qué quitarle este cometido, que en exclusividad le pertenece, acudiendo a estrategias implementadas para otro ámbito funcional? ¿Por qué querer cambiar solapadamente una valoración subjetiva por otra de igual naturaleza cuando el propio ordenamiento

Mediante su uso se conoce el derecho. Luego, el ejercicio adecuado de la virtud de la prudencia permite decidir y solucionar el conflicto intersubjetivo sobre la base de las diversas fuentes del derecho.

Villar Borda²⁹⁶ se conecta con las corrientes anteriores y señala: «la rehabilitación de la retórica y las teorías nuevas de la argumentación corresponden también a un renacer de la razón práctica, que había sido desplazada por la razón teórica, al pretender aplicar los mismos métodos de las ciencias exactas a la esfera de la conducta, de las normas, de los valores».

La voluntad que guía la acción y la decisión –dice García Amado²⁹⁷– puede ser una racional, a condición de que las razones o argumentos que la justifiquen sean aptos para alcanzar el consenso, pero ya no uno puro, fáctico y contingente [Perelman²⁹⁸], que puede ser resultado de un hábil manejo retórico, sino uno ideal racional, es decir, aquel que para tales razones se alcanzaría en una comunidad de individuos en la que se respeten ciertas reglas del argumentar, ciertas reglas del discurso intersubjetivo que garanticen que el acuerdo responda al interés general y no a la manipulación o el egoísmo de alguno o algunos.

La verdad o la certeza²⁹⁹ [en el ámbito contencioso-administrativo] como producto colectivo, consensual, se alcanza mediante procedimientos discursivos reglamentados,

pretende que el ingrediente volitivo sea más de mérito que de justicia? [...] Al juez institucionalmente se le exige arribar y considerar como tal sólo a una solución justa. El administrador, en cambio, debe llegar a una solución conveniente y ajustada a derecho: si sólo existe una, deberá escogerla; si existen varias, tendrá que elegir una [...] en lugar de profundizar en su diversidad intrínseca, y a partir de allí buscar nuevas soluciones”, SESIN, Domingo J., *Administración...*, op.cit., páginas 207, 221, 243, 261, 357, 358 y 362.

295 VIGO, Rodolfo L., “Problemas y teorías actuales de la interpretación jurídica”, op.cit., páginas 228 y 229.

296 VILLAR BORDA, L., “Nueva retórica y teorías de la argumentación”, Introducción a Alexy, R., *Teoría del discurso y derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, trad. de L. Villar Borda, página 23.

297 GARCÍA AMADO LEÓN, Juan, *Tópica, retórica y teorías de la argumentación jurídica*, abstract.

298 El giro que apuntan doctrinas como las de Viehweg y Perelman (desarrolla la teoría de la argumentación desde el punto de vista de la argumentación práctica) significa insertar esa voluntad subjetiva en su contexto intersubjetivo. La voluntad del juez, esencial en la praxis del derecho y su elemento definitorio último, es una voluntad que busca su legitimación en el consenso fáctico, ya sea echando mano de argumentos que gozan de un consenso preestablecido (tópicos), caso de Viehweg, ya persiguiendo un consenso o adhesión fáctica para sus razones y, consiguientemente, para su decisión, caso de Perelman. Se pretende que la voluntad que la decisión expresa sea, de algún modo, legítima, aunque no se equipare legitimidad a racionalidad ideal o perfecta, sino a capacidad fáctica para suscitar consenso, también fáctico.

299 “En definitiva, en el proceso administrativo el juez ´ debe verificar ´ la certeza de las pretensiones formuladas en virtud de los elementos probatorios aportados por las partes, y ´ puede averiguar ´ la realidad, sólo en determinados supuestos por los medios instructorios pertinentes (diligencias para mejor proveer)” [...] “El principio de la prueba razonada es el que mejor se ajusta al derecho procesal administrativo, porque permite ordenar el cometido jurisdiccional en función de la razón [...] “el

y esas reglas formales del discurso se explican de los requerimientos o condiciones trascendentales o pragmático-trascendentales inmanentes a la propia actividad comunicativa, al lenguaje y su pragmática. La razón práctica gira en torno a la acción y la decisión correspondiente que la guía. También aquí la voluntad busca su legitimación en el consenso, pero puede la razón descubrir los contenidos o, al menos, las circunstancias que hacen posible uno racional, con lo que se posee un referente contrafáctico con el que medir la legitimidad, es decir, la racionalidad, de la decisión. La orientación del discurso³⁰⁰ hacia el ideal lo hace racional.

La decisión –que surge de la utilización de la teoría de la argumentación [cadena de razonamientos] a diferencia de otros métodos de interpretación– se basa en una racionalidad compartida que permanece mientras goce de consenso general³⁰¹ como expresión de valores objetivos o principios de justicia material.

juez no puede sustituirla basado en su íntima convicción”, SESIN, *Administración...*, op.cit., páginas 234-235. En igual sentido, la Ley Judicial Contenciosoadministrativa española (1956) “estableció en forma expresa, según TAWIL [Guido S., *Administración y Justicia*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1993, página 205], el principio de amplitud en materia de recepción de prueba que permite no sólo el ofrecimiento y producción de prueba en sede judicial a pedido de parte, sino que el propio tribunal pueda disponerla de oficio”.

300 Sobre la conexión necesaria entre el Estado constitucional democrático de la ley fundamental y la teoría del discurso, véase ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, editorial Ad-hoc, Buenos Aires, 2010, página 69 y ss.

301 “Una teoría de la argumentación constitucional debe asumir de este modo, que ya no se trata sólo de conectar los textos de la Constitución con determinadas teorías jurídicas de interpretación de textos legales, porque la Constitución no puede ser comprendida como un texto legal más, sino más bien como un pacto social que intenta la cohesión de una sociedad plural que, pese a todo, confía en las soluciones jurídicas de sus problemas”, GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P., “Justicia constitucional y argumentación jurídica”, en *Horizontes contemporáneos...*, Tomo I, op.cit., pág. 881.

EN DEFENSA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Fernando Calle Hayen

Ex magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor en las asignaturas de Teoría del Estado, Derecho Constitucional y Desarrollo Sostenible en la Universidad de San Martín de Porres, entre otras.

La historia del control constitucional y, esencialmente, del desarrollo de la constitucionalidad y la defensa de los derechos fundamentales de las personas, sin duda se remonta a tiempos muy antiguos como es el Areópago¹ en Grecia, que juzgaba ciertos tipos de crímenes, pero que sobre todo resguardaba la educación y las costumbres, controlaba a los magistrados, interpretaba las leyes y juzgaba a los homicidas.

Algo más moderno es el Sénat Conservateur, instalado por Napoleón, cuyo propósito era conocer el recurso presentado por la presunta inconstitucionalidad de una ley aprobada. Este cuerpo fue una de las instituciones más interesantes y poderosas de ese complejo aparato constitucional. Por una parte, fue este quien seleccionaba, en coparticipación con el Gobierno, los candidatos propuestos en las listas de confianza; era el órgano defensor de la Constitución y a quien corresponde el poder de reformarla. Y no hay que olvidar que aunque sus miembros son primero “presentados” y después directamente nombrados por el emperador, por razón de la naturaleza vitalicia de su cargo, en cierta manera se independizan de su nombramiento. Como observa Hauriou, fue el instrumento clave del emperador ya que a través de él seleccionaba los hombres que integrarían las instituciones, por lo tanto las dominaba y reformaba, pero con todo y por esta misma razón, Napoleón estuvo bajo su dependencia. De hecho, fue el Senado quien el 3 de abril de 1814 depuso al emperador y, este, bajo la presión de sus mariscales, abdicó a favor de su hijo. Sin embargo, la importante misión del senado de contrarrestar el poder del Primer Cónsul nunca fue llevada a cabo.

Los senadores no declararon inconstitucionales las acciones del Primer Cónsul que chocaban abiertamente con la Constitución, sirviendo únicamente de vehículo

1 Es un monte situado al oeste de la Acrópolis de Atenas, sede del Consejo que allí se reunió desde el 480 a. C. hasta el 425 d.C.

de consolidación del autoritarismo napoleónico. Podríamos incluso pretender hablar del rey Salomón, personaje bíblico reconocido por su sabiduría y por las decisiones justas que tomaba para hacer justicia sino, como es el conocido caso de las dos mujeres que se acercaron ante él aduciendo ser madres de un bebé, ante lo cual el rey Salomón sugirió partirlo en dos, todos ya conocemos la conclusión de dicho relato bíblico en el que ante la duda de a qué madre pertenecía el bebé, una de las mujeres manifestó que se encontraba de acuerdo, mientras que la otra imploró porque el rey no realizara dicho acto, con lo que era obvio que la madre era la mujer que se opuso a tal medida; pero el Rey Salomón no solo fue conocido por ese caso, sino que fue para muchos el salvador de quienes buscaban resguardo frente a algunos atropellos.

Hans Kelsen –por hablar de alguien más contemporáneo– en la década del veinte del siglo anterior habló sobre la fuente del control concentrado de la constitución, que luego de un debate con Smith quien pretendía entregar este control al ejecutivo y otras semejanzas con la Supreme Court americana en medio del control difuso², triunfó la tesis del control concentrado³ de Kelsen, dando los cimientos para que en Austria se cree el Tribunal Constitucional, el cual se expandió por muchos países europeos que tuvieron que soportar y enfrentar prontamente en la década del 30 del siglo próximo pasado, la presencia y avance del nacionalsocialismo del Führer Adolfo Hitler y El Duce Benito Mussolini luego de la invasión a Polonia y Austria por parte de las fuerzas militares alemanas, lo cual dio inicio a la segunda guerra mundial, motivo por el cual se suspendió el funcionamiento de las Cortes Constitucionales tanto en Austria como en los países cuya presencia incomodaba a la extensión del Fascismo⁴, el nacionalsocialismo(nazismo) y/o eje en su contexto.

-
- 2 Radica en la posibilidad que tiene todo juez de causa en los asuntos sometidos a su consideración, de señalar que una norma jurídica de cualquier categoría, bien legal o sub legal, es incompatible con el texto constitucional, procediendo dicho juzgador, bien de oficio o a instancia de parte, a desaplicar y dejar sin efecto legal la señalada norma en el caso concreto, tutelando así la disposición constitucional que resultaba vulnerada. De igual forma, debe destacarse que esta desaplicación ocurre respecto a la causa en particular o caso concreto que esté conociendo el sentenciador, mas no así con efectos generales, por cuanto ello entrañaría otro tipo de pronunciamiento que escaparía del ámbito competencial de dicho juzgador.
 - 3 El control concentrado o control por vía de acción ejercido a través de la máxima jurisdicción constitucional (conformada por Sala Constitucional, en algunos casos por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y por los demás Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), supone la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o disposición de rango sub legal, vista su colisión con el texto fundamental, con efectos generales, es decir, erga omnes, distinta de la situación que se configura al desaplicar una normativa en una controversia determinada a través del control difuso, caso en el cual, como se señaló *supra*, la norma sólo deja de tener aplicación para el caso en concreto por colidir con la Constitución.
 - 4 El fascismo busca instaurar un corporativismo estatal totalitario y una economía dirigista,^{1,2} mientras su base intelectual plantea una sumisión de la razón a la voluntad y la acción, un nacionalismo fuertemente identitario con componentes victimistas que conduce a la violencia contra los que se definen como enemigos por un eficaz aparato de propaganda, un componente social interclartista, y una negación a ubicarse en el espectro político (izquierdas o derechas),

Entonces, es importante destacar que podemos llegar a entender que los controles concentrados a cargo de las Cortes Constitucionales o el Tribunal Constitucional, no son compatibles e incomodan, como ya lo he dicho en varias oportunidades, a quien o quienes llevan intrínsecamente una clara vocación totalitaria, es por eso que los tribunales constitucionales tienen una presencia ética en el campo de la política por cuanto, de alguna forma, sus resoluciones y proyecciones constitucionales son una barrera a toda expansión de hechos que vayan generando caminos a regímenes de facto y, más aún, si estos tienen vocación totalitaria. Los tribunales constitucionales no pueden supervivir bajo un régimen totalitario y en todo caso tendrían que asumir una férrea resistencia que puede permitir que se frustre la tentación totalitaria, ya que en su defecto, probablemente tendrían que ser disueltos.

Todas estas apreciaciones se fundamentan en la realidad del día a día, en los hechos y acontecimientos históricos de la postguerra, por cuanto que es importante destacar que luego del desembarco en Normandía y el avance de las fuerzas aliadas sobre el Eje⁵, inclusive con el apoyo de las fuerzas de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y la recuperación progresiva de los países invadidos, luego de la liberación del dominio del tercer Reich de Hitler, se presentó un cambio político y jurisdiccional en torno a los países liberados, pero no así en torno a los países que quedaron bajo el dominio de la Unión Soviética, y se pudo ir apreciando como sucesivamente se reinstalaban las cortes constitucionales en esos países europeos que habían sufrido el flagelo del totalitarismo nazi y del fascismo, consolidándose en el tiempo el funcionamiento de estas cortes como garantía de lo que quizás en tiempos revolucionarios como fue la revolución francesa, fue una intensión empírica como voluntad del Sénat Conservateur y, también, en coherencia con los practicado y soñado a través del tiempo en busca de la paz y fraternidad entre todos los pueblos del mundo.

Posteriormente, como ampliando el derecho y necesidad de amparar los derechos humanos y civiles, se creó la corte de Estrasburgo o Corte Europea de Derechos Humanos, como un control supranacional en torno a los países miembros de la comunidad europea, que pudo habernos dado, en uso de la memoria, la primera constitución continental del siglo XXI.

Esta proyección se convierte en exigencia para los países de América Latina cuya efervescencia y ebullición política del siglo XX ensangrentaron muchas veces sus países con enfrentamientos cívicos militares o en conflictos fronterizos que aumentaron la tensión entre ellos, aun cuando tuvieron un perfil unitario antes de la conquista; sin embargo, se adoptó el nombre de tribunales constitucionales en muchos países de América Latina.

5 Pactos firmados antes de la Segunda Guerra Mundial por Italia y Alemania, anexándose a ellos, ya iniciada la guerra, Japón.

En el siglo XX y en la época, se estableció en Guatemala por el año 1965 el primer tribunal de América Latina, complementándose la ascendencia de tribunales extranjeros como la Supreme Court, como en el caso de Argentina, Costa Rica; Brasil tiene el Supremo Tribunal Federal que ve en última instancia temas constitucionales y electorales que reflejan de alguna forma el famoso caso *Marbury vs Madison* en 1803, que generó que la propia corte generase enmiendas y fuera ella misma la que administrara justicia mediante el control difuso, dándoles este control a los jueces americano, sistema que se ha consolidado en los Estados Unidos de América.

En el caso peruano, nace el control concentrado y se plasma en la asamblea constituyente de 1978 reflejada en la constitución de 1979, promulgada el 12 de julio 1979, por quien fuera su presidente el ilustre peruano, Víctor Raúl Haya de la Torre⁶, creador de una doctrina continental como es el aprismo, conocido como “Alianza Popular Revolucionaria Americana”. Esta institución del control constitucional concentrado nace como Tribunal de Garantías Constitucionales formado por 9 magistrados por 7 años con reelección y facultades en el caso de las acciones de Inconstitucionalidad, cuando el tribunal encontraba inconstitucional una ley esta era enviada al congreso para que sea derogada por el poder legislativo

En mérito de la constitución de 1993, cuando el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de una ley, ésta es expulsada del ordenamiento jurídico desde el día siguiente de la publicación de la sentencia o de la fecha que la misma señala.

Como podrá apreciarse la defensa del tribunal constitucional está en su propio origen, desarrollo, realización y cómo se fue convirtiendo en una parte de la legalidad y la legitimidad en defensa de las retornadas democracias en Europa de la postguerra y de las debilitadas instituciones en América Latina, no olvidemos que uno de los problemas de debilidad de la democracia americana, es la debilidad de sus instituciones.

La democracia en el continente latinoamericano ha sufrido mucho y es incipiente, el militarismo como sistema al igual que el totalitarismo y gobiernos militares han tenido una fuerte presencia desde la existencia de nuestra república, inclusive en el siglo pasado han desarrollado, conforme se desprendían de los gobiernos militares, un amor por la autocracia y, lamentablemente, con consentimiento de las clases políticas en América latina que tienen su lado heroico en cuanto a la resistencia a las dictaduras, como por ejemplo el partido del pueblo (APRA) en el Perú, en Chile el partido socialista y en Argentina el partido radical, así como las dictaduras de Trujillo en República Dominicana, Somoza en Nicaragua, Marco Pérez Jiménez en Venezuela, entre otros, en los últimos tiempos Pinochet en Chile; con la oposición de los partidos democráticos que en muchos casos sufrieron persecución y destierro en su espacio

6 Falleció 2 de agosto de 1979.

y tiempo; autocracias como Bordaberry en Uruguay y Fujimori en Perú. Todas estas dictaduras son del siglo XX, todo esto, al parecer superado.

Los tribunales constitucionales, por lo antes mencionado, enraízan su defensa en su propia razón de ser y su fortaleza es su legitimidad con sus pueblos junto con su mandato y poder, y más el segundo, radica en la solvencia moral y conducta de sus integrantes, cuando eso se presenta se hace muy difícil que una tentación totalitaria pueda instalarse en algún país latinoamericano y, de ser así, tiene que actuar con severidad ante estos gobiernos, por lo que significa la caída del régimen. Hay que ser insistentes en que su defensa presente y continua es la calidad moral y conducta de los integrantes de esta institución; esta también se defiende por sus fallos, sentencias, sabias interpretaciones de la constitución, capacidad de llenar los vacíos en las cartas políticas, por su sensibilidad y por la justicia social que desarrollan en sus interpretaciones y sentencias sobre todo en el campo laboral y previsional.

En el caso del Perú, tuvo momentos de importante presencia política, por ejemplo, en defensa de la democracia y la constitucionalidad como el pronunciamiento de los magistrados Rey Terry, Revoredo Marsano y Aguirre Roca los cuales declararon la inconstitucionalidad de la Ley 26657, ley de interpretación auténtica del artículo 112° de la Constitución Política del Perú, al haber sido interpuesto un proceso de inconstitucionalidad por parte del Colegio de Abogados de Lima con fecha 29 de agosto 1996, por lo que sufrieron todo tipo de presiones.

Con fecha 28 de mayo de 1997, el pleno del Congreso de la República debido a la acusación constitucional presentada por la subcomisión acusadora del Congreso, decidió mediante las resoluciones legislativas N° 002-97-CR, 003-97-CR y 004-97-CR, que se destituya a los magistrados del Tribunal Constitucional Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, respectivamente. En defensa de la Constitución los magistrados han sufrido hostilización.

Posteriormente, luego de una larga resistencia, tras la caída del régimen de Alberto Fujimori, el 22 de noviembre del 2000, los tres magistrados son restituidos en el cargo de magistrados del Tribunal Constitucional, habiendo llevado su lucha a través de los tribunales nacionales, llegando hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos que mediante sentencia de fecha 31 de enero de 2001, reconoció que el estado violó sus derechos humanos y por lo tanto debía pagar los montos correspondientes a los salarios dejados de percibir por los magistrados en el periodo que fueron destituidos, al igual que una reparación para cada uno y que se realice una investigación para determinar los responsables de las violaciones de los derechos humanos a que se ha hecho referencia en esta sentencia, así como divulgar públicamente los resultados de dicha investigación y sancionar a los responsables⁷.

7 Información tomada de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry, Revoredo Marzano vs Perú), de fecha 31 de enero de 2001.

El Tribunal Constitucional ha sentado precedentes vinculantes de enorme importancia como los que se dieron en la sentencia 3052-2009-AA/TC⁸, en cuanto a un grupo de trabajadores que solicitaban su reincorporación a su centro de trabajo a pesar de haber cobrado sus beneficios sociales; tenemos la sentencia 00033-2010-AI/TC, la cual sienta precedente en base a la ley del aseguramiento universal o la sentencia 00022-2009-AI/TC⁹ que habla sobre el derecho a la consulta previa a las comunidades nativas para realizarse labores de explotación, entre otras.

Por ello cuando me refiero a la inconstitucionalidad y la democracia en torno a la presencia de los tribunales constitucionales o cortes, apreciamos que nuestras débiles democracias se fortalecen y se hace difícil que pueda interrumpirse, como en otros tiempos y pueblos, sin la existencia y funcionamiento de nuestros tribunales constitucionales o cortes.

8 36. [...] Así, las reglas en materia de procedencia del amparo restitutorio del trabajo, son las siguientes: a. El cobro de los beneficios sociales (compensación por tiempo de servicios, vacaciones trunca, gratificaciones trunca, utilidades u otro concepto remunerativo) por parte del trabajador, no supone el consentimiento del despido arbitrario y, por ende, no debe considerarse como causal de improcedencia del amparo. (...)

9 (...) 00022-2009-AI/TC:

Fundamento 25

25. En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nitidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, solo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona.

PERFILES DEL MAGISTRADO CONSTITUCIONAL PERUANO EN EL CONTEXTO NACIONAL Y COMPARATIVO

Walter F. Carnota

Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Doctor en Derecho por la misma Universidad. Catedrático de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Distinguido de la Universidad Mayor de San Marcos (Lima). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional

SUMARIO: 1. El contexto. 2. La agenda temática. 3. Interpretación y control constitucionales 4. La “autonomía procesal”. 5. La sentencia constitucional. 6. Los votos disidentes. 7. La inconstitucionalidad por consecuencia. 8. Valoración de conjunto.

1. El contexto

Uno de los capítulos más sustantivos del derecho procesal constitucional es el atinente a la magistratura constitucional¹. Y dentro de este sector temático, el perfil del juez constitucional ocupa, sin dudas, un lugar destacado.

Claro está que este terreno se encuentra precisamente delimitado en aquellos sistemas centralizados o concentrados de justicia constitucional, en donde la magistratura especializada adquiere ribetes nítidos, que lo diferencian del elenco del poder judicial y ordinario, como acontece en España. El panorama se complica por cierto en aquellos esquemas descentralizados o difusos de inspección constitucional, en

1 SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 5, quien considera que el derecho procesal constitucional se interesa “por la *jurisdicción constitucional*, integrada con dos elementos principales: la *magistratura constitucional* y los *procesos constitucionales*”.

la medida en que son todos los jueces, de todos los fueros y de todas las instancias (aun de las subnacionales, en formas políticas federales como Estados Unidos o Argentina) los que realizan este contralor. Puede decirse, pues, que el control constitucional viene anexo a la función jurisdiccional en sí.

Y otro tanto cabrá analizar en sistemas como el peruano, que modélicamente ha sido descrito como dual o paralelo en la concepción de Domingo García Belaúnde, en tanto y en cuanto conviven el Tribunal Constitucional, encargado del control constitucional, con dispersión en esa función en materia de garantías (amparo, hábeas corpus) en las primeras instancias ordinarias². Se presenta así un sistema en el cual “por un lado los jueces del Poder Judicial funcionan como órganos de control de constitucionalidad en los casos concretos donde intervienen, ‘inaplicando’ la ley opuesta a la Constitución, con efectos inter partes, y por otro, opera un Tribunal Constitucional situado fuera del Poder Judicial, intérprete final de la Constitución, con competencia para entender en ciertos procesos constitucionales (v.gr., acción declarativa de inconstitucionalidad, y con efectos habitualmente erga omnes, derogatorios de la ley reputada inconstitucional. Tal es el caso del Perú (Constitución de 1993, arts. 138, 201, 202 y 204. También el Tribunal Constitucional resuelve recursos de apelación de las resoluciones denegatorias provenientes del Poder Judicial en materia de amparo, hábeas corpus, hábeas data y acción de cumplimiento”³.

El Perú, pues, ofrece particularidades significativas en esta área desde la perspectiva que brinda el derecho constitucional comparado, que merecen ser tratadas en el trigésimo aniversario de su justicia constitucional. La labor del Colegiado ha sobresalido, ya que como bien puntualiza el profesor y magistrado del Tribunal Gerardo Eto Cruz, “el Tribunal Constitucional ha contribuido al desarrollo y construcción no sólo de algunos institutos procesales, sino a la elaboración teórica y conceptual de la ciencia del derecho procesal constitucional en su conjunto, definiéndolo fundamentalmente como un Derecho dúctil, y de naturaleza básicamente instrumental, cuyo fin es

-
- 2 Luego de expresar que no había mixtura, GARCÍA BELAUNDE expresa: “A diferencia de los modelos mixtos, en el peruano no había tal fusión, sino que ambas instituciones, el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial tenía cada cual su propio ámbito competencial, y coincidían tan sólo en un punto: en el conocimiento de las acciones o procesos de garantía (defensa de los derechos humanos) que fuesen denegatorios, pero guardando cada uno su identidad. Fue así como formulé hace algunos años la tesis (que otros sin citarme han seguido) de que el peruano era un modelo dual o paralelo, lo cual todavía me parece válido”. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “La jurisdicción constitucional en Perú”, en GARCÍA BELAUNDE, D., y FERNANDEZ SEGADO, F. (Coordinadores), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997, Dykinson, p. 837. Dicho concepto es matizado por GARCÍA TOMA, Victor, *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Lima, Palestra, 2005, p. 552. La relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial es, sin dudas, de “compleja articulación”. PALOMINO MANCHEGO, José F., *Problemas escogidos de la Constitución peruana de 1993*, México, UNAM, 2003, p. 180.
 - 3 Sagüés, Néstor Pedro, *El Sistema de Derechos, Magistratura y Procesos Constitucionales en América Latina*, México, Porrúa, 2004, p. 39.

concretizar a través de los procesos constitucionales (de carácter plural) los valores, principios y derechos que la Constitución encarna”⁴.

La tarea desplegada no ha sido menor, si se reparan los momentos históricos por los que ha atravesado su trayectoria y evolución (con denominaciones sucesivas “a la española”, a saber: la creación del “Tribunal de Garantías Constitucionales” con la Constitución de 1979 y su establecimiento en 1982; su cierre luego del autogolpe de Fujimori en 1992; su configuración en el texto fundamental de 1993 como Tribunal Constitucional; su instalación en 1996 y su práctica desactivación en 1997 con la remoción de tres de sus magistrados⁵, lo cual recibiera la censura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); su reactivación luego de la recomposición democrática de 2002 y en especial desde la sanción del Código Procesal Constitucional (CPC) a partir de 1 de diciembre de 2004.

Ocurre que “la Constitución de 1993 es contradictoria, pues al lado de sus bondades, que las tiene también los reflejos de un gobierno autoritario que impuso algunos criterios en razón de la mayoría que lo respaldaba en el Congreso con facultades constituyentes. La jurisdicción constitucional en el Perú, por ello, ha experimentado graves períodos de crisis. Sólo a la instalación del gobierno provisional que presidió Valentín Paniagua y los regímenes democráticos que lo han seguido hasta la actualidad, el Tribunal Constitucional readquirió la autonomía e independencia para el ejercicio de la función de control concentrado de la constitucionalidad y la posibilidad de sentar, como lo viene haciendo, una doctrina y jurisprudencia constitucional que gravita decisivamente en la vida política y en el quehacer jurídico de los operadores del derecho”⁶.

2. La agenda temática

Abordar la magistratura constitucional implica o significa examinar una serie de cuestiones. Tanto en España cuanto en Perú, el “status” del magistrado constitucional viene diseñado desde la propia Norma Fundamental en adelante, que le dedica un

4 ETO CRUZ, Gerardo, *El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional (A partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano)*, Arequipa, Adrus, 2011, p. 57.

5 Se ha dicho al respecto que el “fujimorismo autoritario no vaciló en desmontar el Tribunal (en 1997) dejándolo huérfano, limitado y prácticamente sin poder controlador”. GARCÍA BELAUNDE, Domingo, *El Derecho Procesal Constitucional en Perspectiva*, Lima, ÍdemSA, p. 273.

6 VIDAL RAMÍREZ, Fernando, “La jurisdicción constitucional en el Perú”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (Coordinadores), *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en los cincuenta años como investigador del derecho-Contribuciones Peruanas)*, Lima, ÍdemSA, 2009, p. 610. Análogamente, se expresó que hubo una tendencia del constituyente del 93 a “minusvalorar el rol de la jurisdicción constitucional”. LANDA, César, *Teoría del Derecho Procesal Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2004, p. 73.

capítulo dispositivo específico, con normas legales y reglamentarias encargadas de desplegar esas mandas constitucionales.

Encontramos así una pluralidad de temas. En el inicio, resaltamos los requisitos de su postulación y nombramiento dentro del proceso de selección o reclutamiento, hasta la puesta en posesión del cargo. Una vez efectivizada ésta, se desencadena el “estatuto” del juez constitucional: su período de actuación, sus funciones, su remuneración, las incompatibilidades, la pensión, etc. En el caso de un sistema difuso, todas estas aristas van a confundirse con los recaudos que se exige a cualquier juez ordinario.

Pero insistimos que, hibridaciones no obstante⁷, es en el sistema concentrado donde hay mayor singularidad y especificidad de estos asuntos. En efecto, las Cortes o Tribunales Constitucionales –como el peruano– se revelan como una jurisdicción constitucional específica (aunque en el caso del Perú, como vimos, coexiste con el sistema difuso). La especialidad en asuntos constitucionales hace que en estas jurisdicciones se alcance un alto grado de versación y sofisticación en la materia, que hace que se “abran” múltiples interrogantes a su alrededor.

Así, las clases de sentencias constitucionales, la existencia de *stare decisis* o precedente vinculante, y las relaciones del Tribunal con los otros órganos del Poder (Presidente y Congreso) son tópicos ineludibles.

3. Interpretación y control constitucionales

En el Perú, como ya fue anticipado, el talante del juez constitucional se encuentra preconfigurado en la Norma Fundamental. Al decir de Landa Arroyo, “esta configuración directa por la propia Constitución es una consecuencia lógico-institucional de la importancia gravitante que la Constitución otorga a ciertos órganos, porque en ellos se condensan los poderes últimos de decisión del Estado, siendo, así, el vertice dell’organizzazione statale, y porque son la expresión orgánica no sólo de la división de tareas en distintas unidades del sistema estatal, sino también y ante todo de la idea del Estado proyectada por la Constitución. Es decir, de un Estado con poderes y autoridades limitadas y controladas por la Constitución y por su supremo intérprete: el Tribunal Constitucional”⁸.

Cabe consignar que el art. 200 constitucional encarga al Tribunal Constitucional la misión lata de “control de la constitución”. Así consignada, esta expresión sintetiza

7 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004.

8 LANDA ARROYO, César, *Constitución y Fuentes del Derecho*, Lima, Palestra, 2006, p. 317.

otras que son semejantes pero no idénticas, y que mucho tuvieron que ver en la fragua de la jurisdicción constitucional, como ser la “defensa de la constitución” o la interpretación con carácter final de la misma, más otras por el estilo.

Resulta, para el caso, relevante subrayar la interrelación entre interpretación y control, que bien podría condensarse en la frase “interpretación aplicativa” y que abarca la comprensión de la regla bajo estudio. Consideramos que sólo “animus docendi” se puede segregar con nitidez los momentos de la interpretación y del control⁹, ya que mal puede hacerse efectiva la inspección de un material no aprehendido intelectualmente.

Por ello, pensamos que el encargo del art. 200 constitucional es necesario pero no suficientemente abarcativo de la totalidad de la fisiología constitucional. Es, a la inversa, exacta la apreciación de la función de la magistratura constitucional que hace la ley reglamentaria del Tribunal, que habla con propiedad de interpretación y de control.

En efecto, la norma reglamentaria contenida en el art. 1 de la Ley 28.301 –siguiendo a la regulación española¹⁰– indica que “el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de constitucionalidad”. No se descarta la existencia de otros intérpretes, o como diría Häberle, la “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución”. Empero, el Colegiado ha precisado: “En tal sentido, si bien reconocemos la pluralidad de intérpretes jurídicos con relación a la Constitución, también reafirmamos el lugar privilegiado que ocupa el Tribunal Constitucional para efectuar una interpretación de la Constitución con carácter jurisdiccional y, sobre todo, vinculante para los poderes del Estado, órganos constitucionales, entidades públicas, privadas y para los ciudadanos”¹¹.

Ocurre que en la disyunción de la interpretación constitucional de un juez común y del Tribunal Constitucional, debe preferirse esta última. Se ha dicho al respecto que: “Si bien entre los órganos constitucionales no existe una relación de jerarquía, al interior del Poder Jurisdiccional sí existe una jerarquía constitucional, pues aún cuando todo juez se encuentra obligado a preferir la Constitución frente a las leyes (artículo 138 de la Constitución) y, consecuentemente, facultado a interpretarlas, el Poder Constituyente ha establecido que el contralor, por antonomasia, de la constitucionalidad es el Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución)”¹².

9 Bien expresaba BIDART CAMPOS que “el control judicial de constitucionalidad guarda estrecho nexo con la interpretación constitucional, o interpretación de la constitución”. BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 207.

10 Así, LOTC, art.1.1: “El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos...”.

11 EXPDTE. 0004-2004-CC/TC, fundamento 19; idem, EXPDTE. 047-2004-AI/TC, fundamento 35.

12 EXPDTE. 0030-2005-PI/TC, fundamento 46.

Entonces, “deriva de la propia Constitución que al Tribunal Constitucional corresponda la interpretación suprema de la Constitución, pues es la única forma de asegurar, de un lado, la garantía jurisdiccional (artículo 200) que es inherente a su condición de norma jurídica suprema (artículos 38, 45 y 51) y, de otro, el equilibrio necesario a efectos de impedir que los otros órganos constitucionales –en especial, el Congreso de la República–, se encuentren exentos de control jurisdiccional, lo que tendría lugar si pudiesen desvincularse de las resoluciones dictadas en el proceso que tiene por objeto, justamente, controlar la constitucionalidad de su protección normativa”¹³.

Tan indisolublemente unidos se encuentran los procesos de interpretación y de control, que el Tribunal ha echado mano de las dichas “sentencias interpretativas”: “En este caso el órgano de control constitucional, según sean las circunstancias que rodean el proceso constitucional, declara la inconstitucionalidad de una interpretación errónea efectuada por algún operador judicial, lo cual acarrea una interpretación indebida. Dicha modalidad aparece cuando se ha asignado al texto objeto de examen una significación y contenido distinto al que la disposición tiene cabalmente. Así, el órgano de control constitucional puede concluir en que por una errónea interpretación se han creado ‘normas nuevas’, distintas de las contenidas en la ley o normas con rango de ley objeto de examen. Por consiguiente, establece que en el futuro los operadores jurídicos estarán prohibidos de interpretar y aplicar aquella forma de interpretar declarada contraria a la Constitución”¹⁴.

Hay, asimismo, “sentencias interpretativas-manipulativas (normativas)”. En efecto, allí “el órgano constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley. La elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva. La operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada ‘eliminando’ del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución. Para tal efecto, se declara la nulidad de las ‘expresiones impertinentes’; lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley. La operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada ‘agregándosele’ un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto en sí mismo. La existencia de este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la ‘expulsión’ de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente, a saber: el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución”¹⁵.

13 *Ibidem*, fundamento 49.

14 EXPDTE. 0004-2004-CC, fundamento 3.2.

15 EXPDTE. 0004-2004-CC/TC, fundamento 3.3.

Para la correcta dilucidación de esta cuestión, deviene procedente determinar la inserción del Tribunal Constitucional dentro de la arquitectura constitucional peruana. El Colegiado ha sido enfático al señalar que: “Al comprender que la Constitución es la norma jurídica suprema y que, como tal, puede ser interpretada, se comprende también que la jurisdicción constitucional no es solamente la negación o afirmación de la legislación, sino también su necesario complemento. Dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional es una colaboradora del Parlamento, no su enemiga”¹⁶.

Cabe agregar, por lo demás, que el Colegiado no sólo interpreta, sino que hasta integra, es decir, puede en determinadas condiciones “crear” la norma para evitar las consecuencias disvaliosas de su carencia, ya no sólo actuando como “legislador negativo” en la célebre formulación kelseniana, sino positivo: “El Tribunal Constitucional tiene la obligación, de conformidad con el artículo 45 de la Constitución, de actuar con las responsabilidades que ésta exige. Por ello, advertido el vacío normativo que la declaración de inconstitucionalidad de una norma puede generar, y la consecuente afectación de los derechos fundamentales que de ella puede derivar, tiene el deber -en la medida de que los métodos interpretativos o integrativos lo permitan- de cubrir dicho vacío normativo a través de la integración del ordenamiento pues, según reza el artículo 139, inciso 8, de la Constitución, los jueces no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”¹⁷.

Estas funciones no se dan en aislamiento o insularidad, sino en un contexto más amplio. Ha dicho al respecto el Tribunal que: “estima oportuno recordar que entre sus funciones está la de racionalizar el ejercicio del poder público y privado, velar por la supremacía de la Constitución Política del Perú sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico, sean estas las emanadas del Estado o de entidades privadas, velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de las personas naturales o jurídicas, y ejercer la tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución”¹⁸.

4. La “autonomía procesal”

Todo lo hasta aquí analizado se vincula con la temática que se ha ventilado en Alemania, en España y con particular intensidad en el Perú, con relación a la denominada “autonomía procesal” del Colegiado, que empieza con la peculiar relación entre Constitución y proceso.

De comienzo, hay que coincidir con Landa Arroyo en las dificultades de aprehensión del concepto. Dice el profesor y ex magistrado constitucional: “En suma,

16 EXPDTE. 0030-2005-PI/TC, fundamento 50.

17 Ibidem, fundamento 54.

18 EXPDTE. 3574-2007-PA/TC, fundamento octavo.

si bien delimitar con precisión el contenido de lo que se ha venido a llamar ‘autonomía procesal’ no es una tarea sencilla, podemos considerar como rasgos característicos de la misma el que está reservada al Tribunal Constitucional, en tanto intérprete supremo de la Constitución. En virtud de la cual, ante las antinomias y lagunas del derecho, el Tribunal tendrá la posibilidad de desarrollar o reconstruir las normas constitucionales, sustantivas o procesales, objeto de aplicación, cuando los métodos tradicionales de interpretación e integración del derecho se muestren insuficientes para llevar a cabo las tareas que le son propias, en el ejercicio de sus funciones como Supremo Intérprete de la Constitución y, en última instancia, como vocero del poder constituyente”¹⁹. Esta tesitura es similar a la experiencia alemana, en la que el Tribunal Constitucional “crea reglas y principios procesales generales más o menos estables, de acuerdo con consideraciones generales de oportunidad”²⁰.

En esquemas más rígidos de división de poderes, como el argentino, dicha competencia asume, respecto de la Corte Suprema, el mote de la “zona de reserva” de la judicatura en general, o propiamente de los “poderes implícitos” respecto del Alto Tribunal. Empero, la noción de la “autonomía procesal” es por cierto más potente y desafiante de los moldes clásicos y penetra precisamente en la lógica interna de la jurisdicción constitucional. Landa manifiesta sobre el punto que: “En el Estado Constitucional y democrático de Derecho, ante la existencia de vacíos o deficiencias en las normas procesales constitucionales, la autonomía procesal se configura como una necesidad inexorable del Tribunal Constitucional que, a través de la interpretación constitucional y la argumentación jurídica, integra y concretiza las disposiciones constitucionales a fin de alcanzar los fines esenciales de los procesos constitucionales: garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales (art. II del TP del CPC)”²¹.

Muchas veces la doctrina, siguiendo a Zagrebelsky, ha hecho alusión a la “ductilidad” que de ese modo adquieren los preceptos reguladores. Y ello ha producido críticas y enconados debates. Entre las posturas más refractarias a la libre capacidad hermenéutica del Tribunal Constitucional, puede mencionarse el Proyecto de Ley núm. 14.231/2005-CR, en donde el Congresista Ántero Flores-Aráoz proponía una ley “para garantizar el principio de separación de poderes y la seguridad jurídica en los procesos de inconstitucionalidad”. En sus considerandos liminares, ese proyecto señala que “se han advertido excesos en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en numerosos procesos de inconstitucionalidad, que han producido sentencias manipulativas, aditivas, sustitutivas, integrativas, exhortativa, etc. en las cuales el citado órgano jurisdiccional ha rebasado sus atribuciones constitucionales que se limitan a dejar sin efecto las normas que

19 LANDA, César, “Autonomía procesal del Tribunal Constitucional”, en *Justicia Constitucional* número 4, Lima, julio-diciembre de 2006, p. 74.

20 RODRIGUEZ-PATRÓN, Patricia, *La autonomía procesal del Tribunal Constitucional*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 141.

21 LANDA, César, *ibidem*, p. 94.

hayan sido declaradas inconstitucionales según lo prevé el art. 204 de la Constitución”. Por lo demás, se estima que “mediante las referidas sentencias el Tribunal Constitucional se ha convertido en legislador positivo, modificando y manipulando las normas legales, invadiendo de este modo el ámbito de competencias que la Constitución ha reservado a otros órganos constitucionales, vulnerando el principio de separación de poderes”. Ataca en su Exposición de Motivos a las “sentencias interpretativas”, en cuanto aduce que las recaídas en los procesos de inconstitucionalidad “vienen generando inseguridad jurídica... el Tribunal, mediante las sentencias interpretativas, comienza a ejercer una función legislativa en su faz positiva”.

Finalmente, en su parte dispositiva, el mentado Proyecto establece en su art.1 agregar como art. 81-A del CPC una “prohibición de legislar positivamente mediante sentencias” y en el art. 3 modificar el ya referido art.1 de la Ley 28.301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ciñiendo su rol al de control (excluyendo, por ende, al de interpretación) constitucional. Se ha discrepado “de quienes pretenden, como recientemente sucediera con un proyecto de ley en el Congreso peruano, limitar o ‘atar’ al Tribunal Constitucional al rol de mero emisor de sentencias estimatorias o desestimatorias de inconstitucionalidad, negando su competencia para dictar sentencias interpretativas o ‘manipulativas’, por entender que ello trasgredía su rol de ‘legislador negativo’ y usurpa atribuciones que sólo corresponden al Congreso, como titular de la potestad legislativa. Estas propuestas parecen no comprender que incluso la tesis del ‘legislador negativo’, supone un rol complementario y no contrapuesto del Tribunal Constitucional respecto a la labor legislativa parlamentaria, pues su misión es preservar la supremacía de la Constitución respecto a las leyes, eliminando o armonizando éstas para que resulten conformes a la Constitución. El recurso a las sentencias interpretativas o manipulativas, no supone que el Tribunal Constitucional asuma una posición contraria al legislador o una invasión de sus funciones, sino que busca, más bien, ‘salvar’ la constitucionalidad de la ley y evitar declararla inconstitucional, lo que acarrearía su derogación”²².

El argumento de la inseguridad jurídica vertida en el exordio del Proyecto puede darse vuelta. En efecto, se ha afirmado con razón que: “a través de las sentencias interpretativas se puede evitar que, con la expulsión de una ley del ordenamiento jurídico, se genere una situación de inseguridad y caos, situación que puede ser salvada recurriendo a los diversos sentidos que puede tener la ley en concordancia con la Constitución”²³.

22 EGUIGUREN PRAELI, Francisco José, “Las sentencias interpretativas o ‘manipulativas’ y su utilización por el Tribunal Constitucional Peruano”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y ZALDÍVAR LELO de LARREA, Arturo (Coordinadores), *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho- Contribuciones Peruanas)*, ob.cit., 2009, p. 286.

23 RODRIGUEZ FUENTES, Clementina del Carmen, “Las sentencias ‘interpretativas’ del Tribunal Constitucional Peruano. Aspectos problemáticos y límites a la creación jurisprudencial de normas”, en ETO CRUZ, Gerardo, *Horizontes Contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional (Liber Amicorum Néstor Pedro Sagüés)*, tomo II, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú y ADRUS, Lima, 2011, p. 12.

A lo largo de todo este proyecto crítico de la actuación del Tribunal mediante sentencias interpretativas, campea una difícilísima distinción –que ya hemos examinado más arriba– entre control e interpretación, como que fueran operaciones completamente escindibles y aislables. Por lo demás, parecen resonar ecos de discusiones entabladas en otras latitudes (v.gr., en los Estados Unidos) entre el llamado “judicial activism” y el denominado “self-restraint”. También haya paralelismo con la correlativa discusión entre “no originalismo” y “originalismo”²⁴, por no hablar de la “constitución viviente”²⁵. De todos modos, aquí no hay auto-restricción prudencial, sino un molde “mecanicista” de interpretación impuesto heterónomamente. El proyecto desea desandar la praxis institucional del Tribunal, volviendo a una interpretación literalista (y no dinámica) de la Carta de 1993.

El concepto de “autonomía procesal” se revela como un instrumento útil para la jurisdicción constitucional dentro de límites materiales y formales, más allá de quienes postulan su carácter “metafórico”²⁶ o directamente su innecesariedad²⁷.

5. La sentencia constitucional

Corresponde consignar que el instante cúlmine de la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional está dada por el dictado de la sentencia constitucional. La misma, según refiere el art. 204 de la Constitución política, tiene el alcance de dejar sin efecto la norma infractora a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*, y es siempre “pro futuro”, según lo establece la misma norma. Se ha colegido que este efecto es semejante a la derogación, a tenor del art. 103, y le asigna a la actividad del Tribunal fuerza de ley (negativa o negatoria).

Pero este dispositivo debe ser compaginado con la prohibición de aplicación retroactiva, y su excepción (la llamada “retroactividad benigna”) en materia penal, contenidas en el art. 103 constitucional y del art. 83 del Código Procesal Constitucional. Sobre el punto, el Tribunal ha expresado en función del varias veces mencionado art. 103, que “dicho precepto autoriza a que, en virtud de una sentencia de este Colegiado expedida en los procesos de inconstitucionalidad, se declare la nulidad de resoluciones judiciales amparadas en leyes penales declaradas inconstitucionales, en la medida que de dicha retroactividad se desprenda algún beneficio para el reo”²⁸.

24 Ello no impide que haya posturas eclécticas, como la de BALKIN, Jack, *Constitutional Redemption (Political Faith in an Unjust World)*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, p. 228.

25 Sobre esta concepción, véase ACKERMAN, Bruce, *La Constitución Viviente*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

26 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “El amparo contra el amparo”, “Palestra del Tribunal Constitucional” número 3, Lima, 2007, p. 285.

27 ABAD YUPANQUI, SAMUEL B., “La creación jurisprudencial de normas procesales: La ‘autonomía procesal’ del Tribunal Constitucional”, en AA.VV, *Constitución y Proceso*, Lima, ARA y Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 37.

28 EXPDTE. 0019-2005-PI/TC, fundamento cincuenta y uno.

Claro que dicha operación hermenéutica no es tan sencilla ni automática. Al respecto, el Constitucional ha exigido una ponderación (no en vano se ha dicho en sede teórica que: “We live in an age of balancing”) en cuanto “el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable no puede ser interpretado desde la perspectiva exclusiva de los intereses del penado. Si tal fuera el caso, toda ley más favorable, incluso aquellas inconstitucionales, inexorablemente deberían desplegar sus efectos retroactivos concediendo la libertad al delincuente. La interpretación de aquello que resulte más favorable al penado debe ser interpretado a partir de una comprensión institucional integral, es decir, a partir de una aproximación conjunta de todos los valores constitucionalmente protegidos que resulten relevantes en el asunto que es materia de evaluación”²⁹.

La delimitación de los efectos temporales de las decisiones del Tribunal Constitucional también se ha presentado en el otro terreno en donde campea el principio de legalidad, que es el tributario. En este tópico, el Colegiado ha aseverado que debe “decidir, en materia tributaria, si los efectos de sus sentencias deben ser a futuro (*ex nunc*) o con carácter retroactivo (*ex tunc*), en cuya deliberación, evaluaciones en torno al coste económico, jurídico y político de su decisión adquieren especial relevancia. La trascendencia del presente caso, dada la creciente expectativa de los contribuyentes y gobiernos respecto a la cuantificación de los arbitrios municipales, hace necesario que este Tribunal delimite los posibles efectos de su decisión y que se obtenga de ella lo más valioso para la sociedad... En este escenario, un primer aspecto a considerar es que la declaración de inconstitucionalidad de las Ordenanzas impugnadas con efectos retroactivos (*ex tunc*), involucraría la devolución o compensación de la totalidad de lo recaudado de acuerdo a lo establecido en el Código Tributario, por tratarse de pagos indebidos. Esta posibilidad –dada la antigüedad de algunas normas impugnadas y la vigencia de sus efectos, situación que se agrava, considerando que es una problemática que se reproduce a nivel nacional–, crearía un caos financiero y administrativo municipal en perjuicio de los propios contribuyentes, a quienes finalmente se busca garantizar. Las cuantiosas devoluciones que habilitaría un fallo con efectos retroactivos, harían inviable la propia continuidad y mantenimiento de los servicios que hoy día deben suministrar los municipios, y con ello la propia gestión municipal. Este es, a nuestro juicio, el argumento que impide a este Tribunal hacer uso de su facultad excepcional de declarar la inconstitucionalidad con efecto retroactivo. Y es que, en la valoración de las consideraciones expuestas, el principio de unidad de la constitución y el de concordancia práctica, nos obliga a buscar un justo equilibrio entre la capacidad de los municipios para seguir gestionando servicios y el respeto a los principios constitucionales para la creación de tributos”³⁰.

29 Ibidem, fundamento cincuenta y dos.

30 EXPDTE. 0041-2004-AI/TC.

Dentro de la futuridad de la mácula constitucional, el derecho comparado exhibe un repertorio amplio de matices que van calibrando y morigerando los alcances y el impacto de la decisión. Así, sentencias interpretativas tales como las aditivas, mutativas, manipulativas, exhortativas, modulatorias, se inscriben en este horizonte jurisprudencial vasto.

Una categoría interesante es el de la llamada “sentencia aditiva”, de linaje en la “Corte Costituzionale” italiana³¹. Son aquéllas en las cuales “el órgano de control de la constitucionalidad determina la existencia de una inconstitucionalidad por omisión. En ese contexto procede a ‘añadir’ algo al texto incompleto, para transformarlo en plenamente constitucional. En puridad, se expiden para completar leyes cuya redacción rónica presenta un contenido ‘menor’ respecto del exigible constitucionalmente. En consecuencia, se trata de una sentencia que declara la inconstitucionalidad no del texto de la norma o disposición general cuestionada, sino más bien de lo que los textos o normas no consignaron o debieron consignar. En ese sentido, la sentencia indica que una parte de la ley impugnada es inconstitucional, en tanto no ha previsto o ha excluido algo. De allí que el órgano de control considere necesario ‘ampliar’ o ‘extender’ su contenido normativo, permitiendo su aplicación a supuestos inicialmente no contemplados, o ensanchando sus consecuencias jurídicas”³².

Este procedimiento se suele nominar en el derecho anglosajón como “reading in”: el juez descubre y discierne “nuevas lecturas”, agregando contenidos que no aparecían manifiestos. En tal sentido, estimamos que no se trata de otra cosa que la interpretación extensiva. Al respecto, enseña German J. Bidart Campos: “Si la norma dice menos de lo que quiso describir la voluntad de su autor, la interpretación ha de ensanchar la norma, también para acomodarla a la voluntad del autor, esto se llama interpretación extensiva”³³.

A la inversa, las sentencias reductoras “son aquellas que señalan que una parte (frases, palabras, líneas, etc) del texto cuestionado es contrario a la Constitución, y ha generado un vicio de inconstitucionalidad por su redacción excesiva y desmesurada. En ese contexto, la sentencia ordena una restricción o acortamiento de la ‘extensión’ del contenido normativo de la ley impugnada. Dicha reducción se produce en el ámbito de su aplicación a los casos particulares y concretos que se presentan en la vía administrativa o judicial... En consecuencia, la sentencia reductora restringe el ámbito de aplicación de la ley impugnada a algunos de los supuestos o consecuencias jurídicas establecidas en la literalidad del texto”³⁴. Al decir

31 ROMBOLI, Roberto, “Italia”, en AJA, Eliseo (Coordinador), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 114.

32 EXPDTE. 0004-2004-CC/TC, fundamento 3.3.2.

33 BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I-A, Buenos Aires, 2000, Ediar, p. 375.

34 EXPDTE. 0004-2004-CC/TC, fundamento 3.3.1.

nuevamente de Bidart, “si la norma dice más de lo que quiso describir la voluntad de su autor, la interpretación ha de achicar o encoger la norma, para ajustarla a la voluntad del autor; esto se llama interpretación restrictiva”³⁵.

Otra categoría interesante –entre las múltiples que ha diagramado el Colegiado– está dada por las sentencias “sustitutivas”, en las que “el órgano de control de constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley. Ahora bien, debe aclararse que la parte sustituyente no es otra que una norma ya vigente en el ordenamiento jurídico. La actividad interpretativa se canaliza con el traslado de los supuestos o las consecuencias jurídicas de una norma aprobada por el legislador, hasta la parte de la ley cuestionada –y en concreto afectada de inconstitucional–, con el objeto de proceder a su inmediata integración. Dicha acción se efectúa excepcionalmente para impedir la consumación de efectos políticos, económicos, sociales o culturales gravemente dañosos y derivados de la declaración de inconstitucionalidad parcial”³⁶.

Hace tiempo que el derecho procesal constitucional se viene topando con las llamadas “sentencias exhortativas”. El Colegiado las ha visualizado del siguiente modo: “Son aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una ley o norma con rango de ley, pese a lo cual no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que recomienda al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas, principios o valores constitucionales. Como puede observarse, si en sede constitucional se considera ipso facto que una determinada disposición legal es contraria a la Constitución, en vez de declararse su invalidez constitucional, se confiere al legislador un plazo determinado o determinable para que la reforme, con el objeto de eliminar la parte violatoria del texto fundamental. En este tipo de sentencias se invoca el concepto de *vacatio sententiae*, mediante el cual se dispone la suspensión de la eficacia de una parte del fallo. Es decir, se modulan los efectos de la decisión en el tiempo. Dicha expresión es un equivalente jurisprudencial de la *vacatio legis* o suspensión temporal de la entrada en vigencia de una ley aprobada”³⁷.

En otras latitudes, también las altas Cortes han echado mano a esta categoría para provocar la actuación de los órganos estrictamente políticos (Presidente y Congreso). Así, la Corte Suprema argentina, en “Badaro I”³⁸ exhortó a los órganos legislativo

35 BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado...*, op.y loc.cits.

36 EXPDTE. 0004-2004-CC/TC, fundamento 3.3.3.

37 EXPDTE. 0004-2004-CC/TC, fundamento 3.3.4.

38 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA, Fallos: 329: 3089 (2006).

y ejecutivo a motorizar la movilidad prestacional en materia pensionaria, lo cual generó un segundo pronunciamiento (“Badaro II”³⁹) ante el silencio renuente de esas autoridades en mora durante más de un año. Asimismo, al crear el nuevo instrumento de las “acciones de clase” en el caso “Halabi”⁴⁰, indicó al Congreso la necesidad de su regulación legal, en lo que configuró una “sentencia exhortativa/operativa”, pues admitió dicho remedio para el caso ocurrente.

También cabe mencionar a la “sentencia estipulativa”. En estos supuestos, como aconteció en la sentencia 010-2002-AI/TC, el Colegiado “establece en la parte considerativa... las variables conceptuales o terminológicas que utilizará para analizar y resolver una controversia constitucional”⁴¹.

6. Los votos disidentes

Uno de los capítulos más fecundos del derecho procesal constitucional contemporáneo tematiza la existencia de votos disidentes o discrepantes en los fallos de los Altos Tribunales (Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales). Por un lado, la tradición anglo-norteamericana del “Common Law”, y más concretamente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, incentiva, promueve y celebra el valor de opiniones disímiles en estructuras tribunalicias colegiadas. En el caso de los Estados Unidos, se recuerda, con tintes religiosos, que “America was founded in dissent” y que “dissents are the hallmark of the American judiciary”. Se cree firmemente en el llamado “mercado de ideas”, en donde compiten las diversas opiniones en aras de obtener un producto final más elaborado y depurado.

La existencia, en el seno del Alto Tribunal norteamericano, de disidencias que se parecen a diálogos entre los jueces que lo componen, se inscribe dentro de este marco más deliberativo de la Colegiatura. Hay una fuerte creencia en la honestidad intelectual de cada uno de los participantes en el mencionado debate, donde cada uno debe sustentar con sólidos argumentos su posición respectiva.

El contra-modelo a esta tradición la hallamos en la Europa continental. Por ejemplo, la Corte Constitucional italiana con sede en el Palacio de la Consulta no admite votos disidentes o particulares, sino que privilegia que el Tribunal hable con una sola voz, sin las distracciones que pueden acarrear para el público en general y la comunidad interpretativa en especial opiniones divergentes que no alteran el resultado final de la

39 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA, Fallos: 330: 4866 (2007).

40 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA, Fallos: 332: 111 (2009).

41 GARCÍA TOMA, Victor, “Las sentencias constitucionales: El precedente vinculante”, en TUPAYA-CHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coordinador), *El precedente constitucional vinculante en el Perú (Análisis, comentarios y doctrina comparada)*, Arequipa, Adrus, 2009, p. 52.

decisión. Al respecto, se ha señalado: “La Corte decide en Camera di Consiglio, con la intervención de todos los jueces que han sido parte en las audiencias públicas, a través de una mayoría absoluta de los votantes. En caso de paridad, prevalece el voto del presidente, el cual, en dicha circunstancia, vale doble. La no mención del éxito del voto, es una manifestación ejemplar del principio de colegialidad, en el sentido de que todas las decisiones son, formalmente, tomadas por unanimidad, sin difundirse ni el número ni los argumentos contrarios. En otras palabras, en Italia, a pesar de que se discute hace mucho tiempo, falta la posibilidad de explotar la llamada dissenting opinion, tradicionalmente prevista en el sistema de justicia norteamericano y, ahora, en muchos otros países (Argentina, Alemania, España, Canadá, Rusia). Se trata de la posibilidad de adjuntar a la decisión, publicándola, las opiniones de los jueces que disienten con la mayoría o que, a pesar de coincidir en la decisión, la fundan sobre la base de argumentos diversos (en este último caso se habla de concurring opinion). La resistencia a introducir dicha posibilidad encuentra su fundamento en el riesgo de quitarle legitimidad a las funciones de la Corte, en el sentido de debilitar respecto del mundo político, institucional y de la opinión pública las decisiones que no sean unánimemente colegiadas”.⁴² En el mismo sentido, relata Favoreu que en las sentencias de la Consulta, “no hay indicación alguna sobre el recuento de votos, y los jueces de la minoría carecen de la posibilidad de dar a conocer sus opiniones disidentes”⁴³.

En un libro específicamente dedicado a esta interesante cuestión, el Presidente honorario de la Corte Constitucional italiana (y uno de los íconos del llamado “neoconstitucionalismo”) Gustavo Zagrebelsky defiende este criterio a capa y espada: “La lógica que mueve las resoluciones del Tribunal, por el contrario, es horizontal, compositiva e integradora de toda posible razón constitucional: una lógica que, en fin, une sin necesidad de hacer cuentas, sin rendirse a los votos”⁴⁴.

Las dos visiones no podían ser más opuestas: en la primera, se destaca la pluralidad de ideas y de creencias sobre diversos temas; en la segunda, se sobrevalora el espíritu de cuerpo y el carácter monolítico que deben mostrar según esa concepción las resoluciones institucionales más trascendentes.

El contraste “Common Law/Civil Law” resulta elocuente en este punto, ya que, como memora Francisco Fernández Segado, en los sistemas de derecho civil “el Derecho se halla codificado y, por lo mismo, vertebrado en un sistema orgánico de reglas precisa y rigurosamente formuladas; por todo ello, la motivación o fundamentación de una sentencia opera en el ámbito de este conjunto de normas cuya existencia no está controvertida... Por el contrario, en los sistemas de common law, en los que el Derecho

42 CELOTTO, Alfonso, *El Derecho juzga a la Política (La Corte Constitucional de Italia)*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 47.

43 FAVOREU, Louis, *Los Tribunales Constitucionales*, Barcelona, Ariel S.A., 1994, p. 88.

44 ZAGREBELSKY, Gustavo, *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, Trotta, 2008, p. 68.

no se halla codificado, el juez, ante un caso concreto, debe con frecuencia entregarse a la delicada y compleja función de búsqueda de las reglas jurídicas vigentes... Así las cosas, los dissents cumplen una función que se relaciona con la que es propia de la motivación en tales sistemas jurídicos”⁴⁵.

Otra importantísima figura del derecho constitucional contemporáneo, el jurista alemán Peter Häberle, ha sido el portavoz de la postura de escribir disidencias, como portadoras de lo que denomina “jurisprudencia alternativa”: “Los votos particulares de los jueces constitucionales que sostienen interpretaciones alternativas pueden convertirse en una forma especial de anunciar y promover, e incluso de acelerar, la ‘mutación constitucional’. La historia de la jurisdicción constitucional en los Estados Unidos de América ofrece ejemplos sorprendentes al respecto, por ejemplo, en relación con la observancia de la legislación del New Deal de Roosevelt. Entre nosotros ya también es posible identificar signos de tales efectos en la ‘jurisprudencia alternativa’ de los votos particulares, en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal”⁴⁶.

En el caso específicamente peruano, el art.5 de la ley orgánica del Tribunal expresa en su párrafo tercero: “En ningún caso el Tribunal Constitucional deja de resolver. Los magistrados son irrecusables pero pueden abstenerse de conocer algún asunto cuando tengan interés directo o indirecto o por causal de decoro. Los magistrados tampoco pueden dejar de votar, debiendo hacerlo a favor o en contra en cada oportunidad. Los fundamentos de voto y los votos singulares se emiten juntamente con la sentencia, de conformidad con la ley especial”.

Queda claro, entonces, que las disidencias se encuentran habilitadas en la actuación legal del Tribunal Constitucional. Ha habido sonados casos que se han ventilado ante sus estrados, con votos singulares. A guisa de ejemplo, y en la espinosa materia de la reforma constitucional⁴⁷, colacionamos la sentencia en el Expdte. Núm.014-2002-AI/TC (Colegio de Abogados del Cusco) y la recaída en el Expdte. Núm. 014-2003-AI/TC (Alberto Bodría Odría y más de 5,000 ciudadanos), en donde lucen sendos votos singulares de D. Manuel Aguirre Roca.

45 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson S.A.,2009, tomo I, p. 229. En ese tramo de su monumental obra, el Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense desarrolla “in extenso” la problemática de las disidencias en los diversos sistemas jurídicos.

46 HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, México, UNAM, 2003, p. 63. Para una investigación de las disidencias en el derecho alemán, ver, además de la obra citada en la nota precedente, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La recepción del *Sondervotum* en Alemania”, en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional” número 12, México, julio/diciembre de 2009, p.77.

7. La inconstitucionalidad por conexidad o consecuencia

Como hemos visto, el ejercicio del control de constitucionalidad no es sencillo ni mucho menos. En el desarrollo de esta labor, pueden surgir para el intérprete-operator del sistema un sinnúmero de interrogantes y de inconvenientes, que deben ser resueltos para llegar a buen puerto en la operación hermenéutica en su conjunto.

Sabido es que el control se ha manejado sobre una base canónica⁴⁸, es decir, sobre lineamientos que han nacido y florecido al abrigo de la jurisdicción constitucional. Ha sido la obra de la justicia constitucional, emplazada en un órgano específico como en los sistemas centralizados o concentrados de control (Corte o Tribunal Constitucional), o en toda la judicatura con vértice en una Corte Suprema, como en los descentralizados o difusos, quienes ha ido elaborando determinadas reglas para el funcionamiento del sistema.

La inconstitucionalidad por conexidad es un asunto que interesa, y mucho, al derecho procesal constitucional, ya que se dirige a examinar –ni más ni menos– el objeto o universo sobre el cual recae la inspección constitucional. Uno de los pocos ejemplos exitosos de codificación de esta vasta disciplina, el CPC peruano de 2004, específicamente regula esta institución en su artículo 78, que prescribe: “La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexidad o consecuencia”.

El precepto de esta norma adjetiva constitucional, es derivación de los principios de consecuencia y razonabilidad⁴⁹. Examinada a simple vista, parece tener un contenido lógico y hasta ciertamente obvio. Sin embargo, encierra una profunda enseñanza porque está delimitando el “perímetro”, el radio o “parámetro” de acción sobre el cual va a actuar el juez constitucional.

La construcción ha prendido también en otras latitudes. En México, la ley reglamentaria del artículo 105 constitucional ha permitido a la Suprema Corte de Justicia avanzar en una similar orientación. En efecto, el artículo 41, fracción IV de esa legislación hace alusión a los contenidos de las sentencias, entre los que figura la fijación de los alcances y efectos precisos de las “normas generales o actos respecto

47 Ver al respecto el número especial “Tribunal Constitucional y Reforma de la Constitución”, que contiene la Revista “Justicia Constitucional” número 1, Lima, septiembre de 2005, en donde lucen ambos pronunciamientos, con el respectivo voto singular.

48 Sobre la cuestión de “Los cánones en el derecho constitucional: qué son y cómo se conforman”, véase el trabajo que -con ese título- han escrito BALKIN, Jack M., y Levinson, SANFORD, en CARBONELL, Miguel, y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Editores), “El Canon Neoconstitucional”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 39.

49 CÁCERES ARCE, Jorge, ‘Inconstitucionalidad de normas conexas’, en TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coordinador), ‘Código Procesal Constitucional Comentado’, Arequipa, Adrus, 2009, p. 720.

de los cuales opere”. Así, Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor⁵⁰ consideran que esta habilitación reglamentaria “ha llegado a extender los efectos a otras normas cuya validez dependa de la propia norma invalidada, sean de igual o menor jerarquía que la impugnada, debido a que el vínculo de dependencia que existe entre ellas determina, por el mismo vicio que la invalida, su contraposición con el orden constitucional que debe prevalecer”. Veremos que similares construcciones las hayamos en España, Italia, Colombia y Costa Rica, por indicar tan solo algunos casos.

Conviene aclarar que aquí no estamos sólo frente al problema de la expansión o efectos de la sentencia constitucional en un sentido subjetivo (concretamente, si el alcance se limita a las partes del pleito, o si se proyecta a otros casos con carácter ‘erga omnes’, como ocurrió con la inconstitucionalidad de una Ordenanza municipal de Miraflores, que el Tribunal Constitucional extendió como precedente al resto de los municipios del país⁵¹). La indagación que provoca estas líneas está referida a una irradiación de tipo también objetivo: el alcance material de la propia declaración de inconstitucionalidad.

Siempre en estas cuestiones campea una problemática inicial o de base, y que diera lugar a un memorable trabajo de Cappelletti⁵² escrito hace más de treinta años atrás: la necesidad y legitimidad de la justicia constitucional.

En el desarrollo de la inconstitucionalidad por conexidad, al igual de que cuando hablamos de interpretación, queda claro que nos planteamos el grado o margen de acción que tiene el magistrado constitucional para invalidar un precepto que “de rebote” o por accesión o relación es inconstitucional. La invalidez constitucional no suele ser un episodio espasmódico del legislador o del poder administrador (ya se trate de la inconstitucionalidad de leyes o de reglamentos). Por el contrario, estos vicios suelen presentarse “encadenados” o vinculados entre diversas normas, en una suerte de secuencia de invalidez.

Contra esta aseveración, parecería militar aquella regla que postula que “no se presume ni la imprevisión ni la inconsecuencia en el legislador”. Para esa visión más ortodoxa, la inconstitucionalidad sería un lapsus del poder político, que habría extraviado momentáneamente la sanidad mental constitucional.

Esa perspectiva, sin embargo, olvida que cuando el poder político incurre en inconstitucionalidad, sobre todo el Legislativo, no lo va a hacer singularmente. Hay

50 FIX-ZAMUDIO, Héctor, y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, « Las sentencias de los Tribunales constitucionales », Arequipa y Lima, Andrus y Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2009, p. 47.

51 EXPDTE. 0053-2005-PI/TC.

52 CAPPELLETTI, Mauro, “Nécessité et légitimité de la jurisdiction constitutionnelle”, en « Revue Internationale de Droit Comparé » núm.2, abril-junio de 1981, p. 625.

una filosofía subyacente, una cosmovisión si se quiere, que bien puede ser repugnante a la Constitución, y que se ejemplifica anidándose en diversas normas del cuerpo legal (único y orgánico) que ha sancionado.

Si por vía de principio se afirma que la ley es una unidad, no parece coherente sostener que la inconstitucionalidad se presente en soledad franciscana. Antes bien, puede repetirse o reiterarse en diversos supuestos, habiéndose incurrido en una suerte de inconstitucionalidad serial⁵³.

Ya en el año 1995, la Corte Constitucional de Colombia, caracterizada como una de las jurisdicciones constitucionales más defensoras de los derechos fundamentales, había perfilado al instituto de la “inconstitucionalidad por consecuencia”, equivalente a la conexas: “Se trata de una inconstitucionalidad por consecuencia, es decir, del decaimiento de los decretos posteriores a raíz de la desaparición sobreviniente de la norma que permitía al Jefe de Estado asumir y ejercer las atribuciones extraordinarias previstas en la Constitución. Cuando tal situación se presenta, la Corte Constitucional no puede entrar en el análisis de forma y de fondo de cada uno de los decretos legislativos expedidos, pues todos carecen de causa jurídica y son inconstitucionales por ello, independientemente de que las normas que consagran, consideradas en sí mismas, pudieran o no avenirse con la Constitución”⁵⁴. Este criterio fue reiterado el 2 de abril de 2009, al juzgarse inexecutable (inconstitucional) el decreto tarifario 4789/08, dado que era desarrollo del decreto 4794/08 de emergencia social⁵⁵.

Resulta razonable entrar al estudio y extender la inconstitucionalidad de una reglamentación de una ley declarada inválida. Así lo entendió el Tribunal Constitucional⁵⁶, al sostener que cabía efectuar el control abstracto de constitucionalidad de una norma de jerarquía infra-legal (p.ej., un reglamento) y así pronunciarse sobre su validez constitucional, cuando ella también es inconstitucional “por conexión o consecuencia” con la norma de jerarquía legal que el Tribunal ha declarado inconstitucional, en los términos del artículo 78 del CPC citado.

En realidad, cuando se quiere “aislar” o “encapsular” una inconstitucionalidad, se quiere llevar al juez a una actitud de “self-restraint” que lo aleje de todo activismo o

53 La Suprema Corte mexicana ha declarado “la invalidez no sólo de las porciones normativas directamente afectadas de inconstitucionalidad, sino a extender la declaratoria de invalidez a todo el sistema normativo impugnado al considerar que las disposiciones impugnadas conforman un sistema normativo integral en el que cada parte encuentra una unión lógica indisoluble con el conjunto, de tal suerte que al expulsarse una sola de las porciones relevantes del sistema termine por desconfigurarlo o rediseñarlo, lo que llevó a la necesidad de establecer la *reviviscencia de las normas vigentes con anterioridad* de las declaradas inválidas”. V. FIX-ZAMUDIO, Héctor, y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, ob. y pág.cits., énfasis original, con referencia a las decisiones P.J. 85/2007 y 86/2007.

54 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-488/1995.

55 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-257/2009.

56 EXPDTE. 00045-2004-PI/TC. Doctrina reiterada en cuanto al Decreto Legislativo 1049 y su reglamentación, sobre notariado, en sentencia del 6 de septiembre de 2010.

protagonismo desmedido en detrimento de los órganos electivos. Empero, cuando la inconstitucionalidad es “masiva”, resulta una práctica estéril y falaz ir al minimalismo. El eje de la discusión cambia: de lo objetivo se pasa de vuelta a lo subjetivo (a los poderes del juez, a si la inconstitucionalidad debe ser solicitada por las partes o puede ser declarada de oficio por el magistrado).

Allí asoma entonces el fantasma del “mayoreo constitucional”. Se quiere aventar otra práctica que también sería institucionalmente nociva o dañosa, que es que el juez se sienta apoderado para declarar, munido de gatillo fácil, cuanta inconstitucionalidad presunta se vislumbre en la litis. El juez sería un “legislador negativo” pleno, sin límites ni cortapisas.

En este contexto, cualquier extremo siempre es malo. Tan pernicioso es un juez desenfrenado a la hora del control, como aquel cohibido o inhibido frente a los demonios percibidos que lo llevan a su efectiva anulación como tal.

La postal que se quiere evitar a toda costa es aquella que retrata al magistrado como un ser todopoderoso, capaz de enmendarle la plana permanentemente al Congreso o al Presidente⁵⁷. En ese escenario, bastaría detectar una norma presuntamente inconstitucional, para que muchas otras fueran derribadas⁵⁸ supuestamente por el mismo vicio, en una suerte de pendiente que destruiría el principio de “in dubio pro legislatore”⁵⁹. En algunas postulaciones de la inconstitucionalidad por omisión, el juez incluso llega a ser “legislador precario”.

En el ámbito del derecho comparado, existen diversos modelos que gradúan el alcance de la inconstitucionalidad conexa. La norma ritual peruana se revela como la más extensa que, por ejemplo, la normativa española. Explica al respecto García Martínez⁶⁰ en relación al mentado artículo 78 del CPC peruano: “Aunque este precepto es aparentemente similar al artículo 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, ambos preceptos tienen una proyección significativamente distinta. Mientras que el Tribunal Constitucional español sólo puede extender la

57 La Corte Suprema de Justicia argentina tiene muy dicho que la misión más delicada de la justicia es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, y que un avance del poder judicial menoscabando las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (así, en Fallos: 155: 248, entre otros).

58 La Corte Suprema de Justicia de la Argentina refiere que la declaración de inconstitucionalidad no ha de efectuarse en términos generales o teóricos, porque se trata del ejercicio de la función más delicada de los jueces (Fallos: 252:328).

59 Sobre esta presunción, ver FERRERES COMELLA, Víctor, *Justicia Constitucional y Democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 131.

60 GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción, *El Control de Constitucionalidad de las Leyes (Recurso y Cuestión de Constitucionalidad)*, Lima, Jurista Editores, 2005, p. 333.

nulidad a otros artículos de la misma norma legal declarada inconstitucionalidad, naturalmente por conexión, el Código Procesal Constitucional amplía esa facultad a normas distintas de la enunciada en el proceso de inconstitucionalidad, también con el límite de la conexión o consecuencia, que el Tribunal tiene que motivar⁶¹. También en Alemania (art. 78 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal alemán) se permite “extender su pronunciamiento a otros preceptos de la misma ley no impugnados, si guardan alguna relación con el objeto del proceso”.⁶²

La solución peruana guarda así “aire de familia” con la ley de la “Corte Costituzionale” italiana 87 del 11 de marzo de 1953, cuyo artículo 27 señala que las sentencias estimatorias declararán qué normas devienen inconstitucionales “dentro de los límites de la impugnación”⁶³, pero su porción final prevé la declaración de ilegitimidad de “las otras disposiciones legislativas, cuya ilegitimidad se deriva como consecuencia de la decisión adoptada”.⁶⁴ Este último supuesto es el de “la llamada ilegitimidad constitucional consecucional, con la cual se puede extender de oficio la inconstitucionalidad a las disposiciones idénticas, confirmativas, aplicativas o, también, análogas, en relación con aquella impugnada y anulada”⁶⁵.

Análogamente lata luce la fórmula del artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense del 11 de octubre de 1989, que dispone: “La sentencia que declare la inconstitucionalidad de una norma de ley o disposición general, declarará también la de los demás preceptos de ella, o de cualquier otra ley o disposición cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia, así como la de los actos de aplicación cuestionados”. El enunciado normativo queda morigerado en parte al hablarse de que la conexión debe resultar “evidentemente necesaria”, lo cual vuelve a entroncar con lo atinente a la patencia o contundencia del vicio de inconstitucionalidad.

Todos los miedos de desborde, entonces, pierden de vista la racionalidad técnica que debe exhibir el ordenamiento jurídico si procura ser un sistema. Abogados y jueces recurren a la argumentación jurídica, ya que la comunidad forense debe convencer al juez, quien a su vez deberá convencer a la sociedad a través de los razonamientos que vuelque en su decisión.

61 Cabe destacar que los dos incisos del artículo 39 referido no fueron modificados por la ley 6/2007 que modificó varias disposiciones de la regulación del Tribunal Constitucional. BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Coordinador), *La nueva ley orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, p. 169.

62 AJA, Eliseo, y GONZALEZ BELFIUSS, Markus, “Conclusiones Generales”, en AJA, Eliseo (Editor), *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, ob.cit., p. 266.

63 Se preserva así el principio de congruencia, como lo hace el artículo 81 del CPC.

64 MEZZETTI, Luca, y BELLETTI, Michele, *Codice Costituzionale*, Turin, G. Giappichelli Editore, 2010, p. 827.

65 CELOTTO, Alfonso, *El Derecho juzga a la Política (La Corte Constitucional de Italia)*, op.cit., p. 78.

Las fuentes del Derecho en su conjunto, desde la propia Constitución, pasando por los tratados internacionales, las leyes del Congreso y los decretos presidenciales hasta la sentencia como norma individual, dan (o intentan dar) testimonio de esa racionalidad. Si se procura la construcción de un sistema, no será ocioso acudir a argumentaciones de tipo sistemático para delimitar con precisión el alcance de la mácula constitucional que se está por declarar.

En tal sentido, Rodolfo Vigo identifica dentro de la argumentación jurídica cuatro manifestaciones del criterio sistemático, a saber: a) coherencia; b) jerarquía; c) plenitud y d) economía⁶⁶, que a nuestro criterio pueden ser útiles a la jurisdicción constitucional en momentos de tener que evaluar inconstitucionalidades por conexión.

Como puede apreciarse, todos estos pilares conducen a discernir la completitud o totalidad del sistema jurídico, lo cual va al centro de la inconstitucionalidad por conexidad. Aquí vuelve a encontrarse la interpretación y el control constitucionales, como lo veíamos en el pensamiento de Bidart Campos mentado *ab initio*.

Todo lo anteriormente señalado revela la importancia de considerar al derecho como sistema, en cuanto conjunto coherente y ordenado de principios y de reglas. Precisamente, son los requerimientos de coherencia, jerarquía, plenitud y economía que hemos examinado que conducen a postular la existencia (y la necesidad de detección en sede jurisdiccional) de inconstitucionalidades por conexión.

Claro está que el gran telón de fondo sobre el cual se desenvuelve esta trama está dado por los diversos sistemas de contralor constitucional. El modelo norteamericano y el argentino, por ejemplo, tienen un efecto restringido o “inter-partes”, que hace que el precepto tildado de inconstitucional siga vigente en los demás casos que se pudiesen presentar, es decir, que “siga en los libros” como dicen en los Estados Unidos⁶⁷. La experiencia, por el contrario, consignada de Perú, España, Colombia o Italia muestran el funcionamiento cabal del efecto derogatorio o “erga omnes”, en donde el tribunal constitucional especializado modula de manera singular los alcances de su decisión, ya que ella va a implicar la desaparición de esos preceptos del horizonte normativo. México demostraría un considerable grado de hibridez, que se explica por las notables facultades de cariz constitucional asignadas a la Suprema Corte de Justicia de la federación a partir de la reforma de 1994.

66 VIGO, Rodolfo, “Argumentación Constitucional”, en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional número 12, julio/diciembre de 2009, México D.F., p. 226.

67 En “Adkins v. Children’s Hospital” (261 U.S. 525 -1923-), la Suprema Corte de los Estados Unidos declaró inconstitucional una ley de salario mínimo, lo cual fue revertido en el famoso “West Coast v. Parrish” (300 U.S. 379 -1937-). Entonces, el Procurador General le explicó al Presidente ROOSEVELT que la ley en cuestión nunca había sido derogada. DORSEN, Norman, y otros, *Comparative Constitutionalism (Cases and Materials)*, St. Paul, Thomson-West, 2003, p.139.

8. Valoración de conjunto

Todo lo expresado nos conduce a remarcar la saliencia del Tribunal Constitucional en el concierto de los órganos de poder del sistema político peruano. El Tribunal Constitucional posee relevantes misiones desde el propio texto constitucional; en las leyes (tanto en su Ley Orgánica como en el CPC), en los reglamentos y en su praxis. El Tribunal ha tenido una fuerte impronta creadora de nuevas herramientas de protección de la legalidad constitucional, que lo han transformado en un verdadero baluarte en la construcción del Estado Constitucional de Derecho. Se ha hecho eco de elaboraciones de vanguardia en el derecho constitucional comparado, como las háberleanas de la “sociedad abierta de los intérpretes constitucionales” o aquella que considera al Derecho Procesal Constitucional como “derecho constitucional concretizado”. Otra contribución alemana ha sido la de la “autonomía procesal”. También ha recibido otros aportes, como el colombiano del “estado de cosas inconstitucional”. Finalmente, ha elaborado una fina teoría del precedente⁶⁸.

No debemos olvidar, desde un ángulo sociológico-jurídico, el “escenario” en donde el Tribunal Constitucional peruano ha funcionado; es decir, América Latina. Nuestro continente, rico a la hora de declamar instituciones constitucionales (piénsese nomás, en la cantidad de constituciones), ha sido pobre en el momento de activarlas y lograr su efectiva realización. Hacer que la Constitución no sea una mera expresión de deseos y adquiera la cotización de norma jurídica fundamental, operativa y vigente, no es pequeña empresa. Así, se ha dicho que “dentro del contexto iberoamericano, debemos tener presente que los tribunales constitucionales nacieron para mantener la institucionalidad jurídica, así como la estabilidad política y económica, respetando el contenido constitucional de los derechos, lo cual debe lograrse por medio de resoluciones que favorezcan una interpretación previsoras, es decir, que considera las consecuencias de sus decisiones o la verificación de sus resultados”⁶⁹.

Con aciertos y errores como toda obra humana, el Tribunal Constitucional ha procurado actuar la Constitución, en momentos re-fundacionales y de consolidación de la democracia, ya que tuvo comienzos bastante aciagos luego de la sanción de la Constitución de 1993. Eso hace ser óptimos en clave de futuro. Bien dice Jorge Carpizo que: “Así como el siglo XIX fue el siglo de los parlamentos o asambleas, el s. XX lo fue de los órganos ejecutivos, [y] parecería que el s. XXI será el de los tribunales constitucionales”⁷⁰. En ese sentido, la institución de justicia constitucional a la que se rinde tributo y homenaje sobresale en el contexto comparativo.

68 TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coordinador), *El precedente constitucional vinculante en el Perú (Análisis, comentarios y doctrina comparada)*, ob.cit.

69 HAKANSSON NIETO, Carlos, *Curso de Derecho Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2009, p. 380.

70 CARPIZO, Jorge, *El Tribunal Constitucional y sus límites*, Lima, Grijley, 2009, p. 111.

RETOS QUE PLANTEA LA GLOBALIZACION A LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES *

Juan Colombo Campbell
Profesor de Derecho Procesal y Derecho Procesal
Constitucional de la Universidad de Chile

“El mundo se ha vuelto pequeño nos encontramos en el centro de una revolución geopolítica que cambia a los hombre y las cosas, una revolución que llaman globalización”.

Giovianni Maria Flick

SUMARIO: 1. Evolución del constitucionalismo. El poder de los Estados y de los derechos de sus habitantes. La igualdad. 2. La globalización enfrenta al Derecho nacional. 3. Soberanía y Estado de Derecho. 4. Derecho interno, globalización y justicia. 5. Nuevas normas. 6. La globalización en el Constitucionalismo moderno. 7. Los Tribunales Constitucionales y la globalización. 8. Algunas reflexiones y conclusiones.

Evolución del constitucionalismo. El poder de los estados y de los derechos de sus habitantes. La igualdad

El gran reto de los tribunales constitucionales es el de compatibilizar la globalización, un fenómeno fáctico invasivo, con los conceptos clásicos de soberanía, jurisdicción de los estados y con el de los tratados, que se proyectan como los instrumentos idóneos para ser el necesario puente para ensamblar los conceptos antes señalados.

* El presente artículo fue destinado originalmente para el Libro Homenaje al profesor Néstor Pedro Sagüés. *Horizontes contemporáneos del Derecho Procesal Constitucional. Liber amicorum Néstor Pedro Sagüés*, Centro de Estudios Constitucionales / Adrus, Lima, 2012; sin embargo, por razones de tiempo e imprenta no pudo ser incluido, por lo que ahora se incorpora en la presente obra colectiva, pero con el reconocimiento del autor al profesor Néstor Pedro Sagüés a su importante trayectoria en el Derecho Procesal Constitucional (Nota del editor).

Para comprender la labor de los tribunales constitucionales, ahora en una nueva dimensión enfrentados al fenómeno de la globalización, es bueno hacer un poco de historia, reconstituyendo el camino recorrido desde la constitucionalización a la globalización el que emprenderé comenzando por precisar que a partir de la revolución francesa, se producen fenómenos importantes en las bases de los sistemas jurídicos, que tendrán relevancia en la futura organización de la denominada justicia constitucional, que debe asumir la solución de los nuevos conflictos generados por la globalización, en cuanto sus efectos se vinculan con las funciones de los estados y las garantías de las personas, elementos fundantes del establecimiento de los tribunales constitucionales, destinados precisamente a garantizar el cumplimiento efectivo de la preceptiva de la Carta Fundamental. En efecto:

- 1) Se consagra desde las primeras Constituciones y hasta ahora el principio de la soberanía nacional, cuyo ejercicio paulatinamente se entrega a poderes públicos separados e independientes y se precisan las garantías constitucionales.
- 2) Se establece un sistema judicial organizado jerárquicamente, destinado a dar eficacia real al cumplimiento de la ley, que se plantea como la máxima expresión de la voluntad soberana, concepción recogida en nuestro derecho por el artículo 1º del Código Civil, vigente a la fecha que expresa: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite”.
- 3) En el ámbito de la aplicación de la Constitución norteamericana, por vía jurisdiccional, se elabora dogmática y sistematizadamente el principio de “supremacía constitucional” y a partir del fallo *Marbury vs. Madison*, la Corte Suprema asume en plenitud la función de proteger la Constitución enfrentada a normas de inferior rango que la vulneren.

Dentro de toda la literatura jurídica derivada de esa histórica sentencia, cabe destacar una interesante ponencia de Gerardo Eto Cruz, publicada en México en el Tratado de Derecho Procesal Constitucional, coordinado por el profesor Eduardo Ferrer Mac-Gregor. En él, esencialmente refiriéndose al tema que nos ocupa, señala que este fallo constata el principio básico de que una Constitución viva es el fundamento esencial para una nación fuerte y que el Tribunal es el que debe elaborar la doctrina constitucional. Siguiendo a Carlos Nino, indica que el pensamiento del Chief Justice Marshall se puede resumir en lo siguiente:

- a) El deber del Poder Judicial es aplicar la ley.
- b) Cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando otra.
- c) La Constitución es la ley suprema y define qué otras normas son leyes.
- d) La supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso, esta segunda deja de ser una ley válida.

- e) La negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que la Constitución no sería operativa para limitar el Congreso.
- f) El Congreso está limitado por la Constitución.
- g) Si una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria.

Concluye finalmente, que una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial. De esta forma, si se reconoce la primacía de la Constitución, se sigue necesariamente y con la implantación del control judicial de constitucionalidad de las leyes, en virtud de cual los jueces no deben aplicar en ningún proceso jurisdiccional las normas contrarias a la Constitución.

A partir de entonces, por primera vez, la ley queda sometida a control de constitucionalidad.

- 4) Europa y el resto del mundo americano siguen la tendencia opuesta, marcada, como ya se dijo por Francia, en orden a que el principio de separación de poderes impide al juez eludir su absoluta sumisión a la ley y, por otra parte, la misma normativa, como expresión de la voluntad soberana, tiene un rol supremo y absoluto dentro del sistema de disposiciones, lo que excluía la noción de su control de constitucionalidad por parte de los jueces.

Actualmente una Constitución para que se transforme en norma vinculante, debe contener los mecanismos idóneos y eficaces que la protejan para poder ser aplicada directamente como decisoria litis en la solución de los conflictos sometidos a su imperio.

Como sentenció el juez Marshall, la Constitución es “la ley suprema y soberana de la Nación” y un acto incompatible con su normativa es nulo, decisión sobre la cual los expertos concluyen que Europa ha vuelto a descubrir la Constitución como una ley suprema, que coloca algunos valores fundamentales de la sociedad fuera del alcance de mayorías parlamentarias ocasionales. De allí que haya sido “rejuridificada”, en el sentido de que se la considera ahora como una ley fundamental directamente ejecutable por los jueces y aplicable a los individuos. Es aquí donde emerge la concepción de la vinculación directa entre la Constitución y sus mecanismos jurisdiccionales de protección.

Hoy la Constitución es una norma efectiva que prevalece por sobre las de rango inferior, al ordenar el funcionamiento del Estado y amparando efectivamente las garantías personales, en tanto es de aplicación inmediata y decisoria litis, en la decisión de conflictos que se generen dentro del ordenamiento institucional, ahora aplicable directamente por los jueces.

Otro antecedente que solo deseo recordar en este recorrido es que, como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, Hans Kelsen plantea la creación de un Tribunal autónomo con jurisdicción para aplicar directamente la Constitución, concepto que logra plasmar en la Carta austriaca de 1920.

El proceso histórico que deviene en la Segunda Guerra Mundial y la crisis del sistema democrático, llevó a que las tendencias políticas dominantes fueran, por una parte, la influencia del nacionalsocialismo alemán y por la otra, la versión soviética del marxismo, en las cuales el constitucionalismo y la protección de los derechos mínimos del ser humano carecen de cabida. En este período, la autotutela se aplica como la forma natural de solución de conflictos.

Terminada la guerra, y con las naciones enfrentadas a la necesidad de su reconstrucción jurídica y física, para solucionar lo primero resurge con vigor el movimiento constitucional, que en la mayor parte de los países de Europa se ve reflejado en las nuevas Constituciones, como es el caso de Italia y posteriormente Alemania, Austria, Bélgica, Francia, y, a fines del siglo, España y Portugal. Estas constituciones de postguerra, a diferencia de las anteriores, crean, siguiendo el modelo kelseniano, un sistema jurisdiccional, de protección de sus normas, principios y valores, entregando su custodia a tribunales constitucionales, cuyas competencias y régimen de integración emanan directamente del constituyente originario.

Estos tribunales, como ya antes se dijera, están destinados a proteger jurisdiccionalmente la estructura del régimen democrático, y deben velar porque los órganos públicos limiten el ejercicio de su poder en las áreas de su competencia, y por otra parte, dar eficacia y aplicación a los derechos fundamentales que hoy se enfrentan al nuevo fenómeno de la globalización.

Reiteramos que la institucionalización de la jurisdicción constitucional busca recuperar y restablecer el imperio de los valores y principios arrasados por el totalitarismo y la tragedia de la guerra, en términos que hoy un régimen democrático no es concebible sin una constitución normativa que lo ampare, y las mismas no son tales sin Tribunales que las resguarden, pues carecerían de eficacia al no existir órganos que resuelvan sus conflictos por medio de un debido proceso.

- 5) En el siglo XXI el mundo se globaliza y los efectos de la globalización entran a formar parte de la convivencia nacional e internacional y en ese contexto pasan a estar regulados por la Constitución y ahora como tales custodiados por los Tribunales Constitucionales, en tanto se vinculen con el ejercicio de las funciones públicas y el amparo de los derechos humanos.

Como conclusión de lo expuesto, podemos afirmar que la globalización es una realidad, existe y los países tienen que tomar conciencia de ello para que dicho fenómeno se armonice con su equilibrio interno.

La globalización enfrenta al derecho nacional

Ello conduce a tener presente que el desarrollo del tema que me fuera asignado me impone la tarea de referirme a los aspectos jurídico-constitucionales de la globalización, a su impacto en la soberanía nacional y a como los tratados se han configurado como los instrumentos necesarios para la incorporación al sistema interno de este nuevo fenómeno mundial, tarea compleja y difícil que tratare de abordar, desde la perspectiva que presenta la globalización enfrentada a los sistemas constitucionales internos y a la intervención jurisdiccional de los tribunales constitucionales en la solución de las controversias que necesariamente se derivan y derivarán cada vez más de su integración.

La peculiaridad de este fenómeno reside en que se ha verificado en forma espontánea y explosiva especialmente en el mundo de la economía y de las comunicaciones y por que no decirlo en la música, el deporte y muchas otras actividades. En el ámbito jurídico, al contrario, su realización requiere de la específica voluntad de los Estados para superar algunas normas que solo podrán concretarse a través de la implantación de otras, provocándose así la necesidad urgente de una nueva regulación de sus efectos, ya que las nacionales han sido puestas en estado de crisis por la mundialización derivada de la globalización.

Estos fenómenos sociales, económicos y políticos que afectan la institucionalidad de los Estados y las garantías de las personas, sin una regulación jurídica adecuada, constituyen un peligro para la humanidad. Reitero, que la globalización es un fenómeno que hoy constituye una realidad, que los países deben afrontar en el marco regulatorio de sus propias institucionalidades, con el objeto de beneficiarse con sus efectos positivos y eliminar o reducir sus facetas negativas, todo lo cual debe reflejarse en sus propios cuerpos constitucionales. Los tribunales constitucionales no solo no se encuentran ajenos a este fenómeno sino que por el ejercicio de su competencia deben participar especialmente en él como los órganos a quienes les corresponde la interpretación y aplicación de la constitución y la solución de estas nuevas controversias.

En este entorno, me referiré a sus efectos en la normativa constitucional, a su impacto reflejo en la soberanía nacional, en los tratados y en el ejercicio de la jurisdicción constitucional.

La historia nos muestra como un hecho evidente, que el encuentro de hombres y países ha generado acuerdos, indiferencia o conflictos: los primeros hay que aplaudirlos, los segundos observarlos y los últimos resolverlos por medios racionales antes que nos destruyan.

Dicho fenómeno que generalmente se considera en el ámbito económico, no obstante presenta una influencia decisiva en la dignidad del hombre y su protección

y en el logro de una mejor satisfacción de sus necesidades. Es por eso que todo ello deberá contar necesariamente con una regulación constitucional y legal que le proporcione certeza, estabilidad y eficacia.

En este contexto, y por creer que el destinatario final de los procesos de integración es el ser humano, creo útil referirme a sus necesidades, sus intereses, los bienes aptos para satisfacerlos y a los conflictos derivados de tales situaciones, todo ello en el marco jurídico más amplio de la globalización.

La persona desde su nacimiento y hasta su muerte siente necesidades que debe satisfacer directamente o a través de terceros.

Entre ellas destaca la de sobrevivir, que implica la protección efectiva de su integridad física, psíquica y de su seguridad.

Hoy las constituciones, la necesaria legislación que las complementa y los sistemas internacionales las custodian, otorgándoles a los sujetos garantías que comienzan con el derecho a la vida y culminan con su desarrollo equitativo en todos los ámbitos.

La ciencia define dicha necesidad como la sensación de una falta unida al deseo de satisfacerla. Sienten necesidades las personas naturales y jurídicas, son ilimitadas y alternativas y es por ello que constituye un dogma el que nunca podrán ser íntegramente satisfechas.

Ello implica que el sujeto –país o persona –, debe priorizar y optar en la satisfacción de sus necesidades.

Este concepto, en el ámbito país, hasta donde yo entiendo, significa que hoy ninguno es autosuficiente para satisfacerlas, lo que se ha traducido en que deben proveerse de bienes y servicios en otros países, lo que ha provocado como su natural efecto una internacionalización en las relaciones jurídicas a nivel del país y de las personas.

La globalización emerge y se proyecta como la culminación de este proceso que enmarca definitivamente las actuales relaciones del planeta y que se muestra como un mecanismo útil para ampliar la satisfacción de las necesidades y garantizar como su natural efecto los derechos humanos.

No obstante, en el contexto internacional la globalización también ha generado frentes ideológicos que han chocado y provocado como su efecto la inseguridad colectiva causando guerras y terrorismo.

De esta forma su control y castigo emerge como una nueva necesidad que los países más afectados están tratando de satisfacer y cabe preguntarse si la globalización colabora o empeora esta posición.

En el hecho, el terrorismo representa un conjunto de intereses ideológicos y religiosos agravados por las consecuencias de sus soluciones autotuteladoras. Ello clama por una solución procesal, difícil pero esperamos que no imposible de lograr.

Para judicializar los efectos de la globalización el tema central consiste entonces, en identificar y regular estos nuevos fenómenos fácticos por el derecho y en tal sentido, debe precisarse que debe comenzar por innovar el tradicional concepto de soberanía nacional.

Las jornadas de reflexión sobre estas materias a nivel internacional, colaboran en la formulación de un diagnóstico que permita lograr la anhelada “tranquilidad” personal, social y nacional que implica satisfacer una nueva necesidad: la de seguridad global.

En esta óptica, la globalización se presenta como un concepto que encierra una situación caracterizada por la diferencia de efectos y la multiplicidad de alternativas.

Ella se ha demostrado especialmente activa en el campo económico y de las finanzas; en el mundo de las comunicaciones, de la información y en el campo del comercio internacional. No obstante, su presencia ha generado conflictos que antes no existían los que deben ser prevenidos y, generados, resueltos por medios procesales eficientes pero existentes a fin de evitar que se autotutelen.

Sin embargo se observa que este desarrollo en tales áreas es difuso y desigual a los diversos actores internacionales. En efecto, mientras las sociedades más avanzadas comienzan a configurar toda una estrategia de producción y desarrollo en torno a las nuevas tecnologías que a su vez le permiten actuar en el mundo plenamente globalizados, otras zonas del planeta difícilmente han avanzado más allá de los procedimientos más rudimentarios de producción, creándose, por ende, una brecha de oportunidades y de acceso a los nuevos sistemas productivos lo que se traduce en ambiente adecuado para la generación de conflictos sociales.

Sin embargo, estos conflictos que esperan estallar en cualquier momento en diversos puntos, no sólo ahora se dirigen en contra de los gobernantes de cada país, sino que comienzan a utilizar, precisamente, las herramientas que la misma globalización entrega para el desarrollo y la integración, como una forma de afectar a los ciudadanos de otros países.

Así, la globalización, tanto de los medios tecnológicos, como de los conocimientos, es un instrumento para el desarrollo, pero también se ha transformado en una poderosa y peligrosa arma para expandir los conflictos locales y hacerlos visibles a escala mundial.

Ya no solo la red mundial computacional sirve para interconectar mercados y producir la expansión del conocimiento, sino que es la forma por la cual el terrorismo,

ha comenzado a expresarse, creando mayores y más profundas sensaciones de inseguridad.

Los conflictos que antes eran focalizados en ciertos y determinados países, que no tenían solución por las vías naturales que entregaba sus propias normas jurídicas, ahora se transforman en problemas planetarios, no siéndonos indiferente las razones ni los efectos de lejanos conflictos políticos y sociales.

Si la construcción de un sistema de solución de controversias en el ámbito nacional ha sido extremadamente dificultosa, en un lento proceso que ha tomado largos siglos, ahora se debe incluir el concepto de conflictos globalizados, los que se trasladan con igual rapidez que la información meteorológica y que exigen a las demás naciones a tomar medidas para resguardar la seguridad de sus ciudadanos.

Un conflicto nacido por razones históricas, en lejanas naciones se transforma en un asunto que deja lamentables consecuencias en otras latitudes, creando así un estado de alta inseguridad generalizada.

Ahora cada habitante de la tierra puede transformarse en víctima de un conflicto surgido hace mucho tiempo atrás y en remotas naciones del planeta. Lo sucedido en Estados Unidos, en España, en Inglaterra, nos está recordando persistentemente esta situación de la cual ninguno puede sentirse inmune ni ajeno.

Si bien, durante siglos, los seres humanos han tratado de crear un sistema internacional que cautele los derechos básicos de las personas frente a situaciones concretas de guerra, los actuales parámetros de la globalización crean un muy exigente desafío a las autoridades y ciudadanos, quienes deben equilibrar los beneficios de un sistema globalizado de producción e información, con una creciente inseguridad frente al terrorismo mundial que igualmente tiene acceso a la misma red.

De igual forma, la delincuencia organizada está usando estos sofisticados sistemas de comunicaciones protegidos por el derecho, para incrementar su actuar delictivo, a través de las fronteras, burlando las policías nacionales y escurriéndose entre los intrincados laberintos de esta globalizada red.

En el campo de la justicia, los mayores aportes frente a una de las aristas de la globalización ha sido el de los derechos humanos, especialmente en aquellas coyunturas más exigentes como guerras, terrorismos y mafias internacionales.

Es así como diversos instrumentos jurídicos de validez universal ya han comenzado a funcionar, con el propósito de hacer frente a una de las características de este proceso de globalización, cual es el de soberanía que tanto trabajo significó en su conceptualización, pero que ahora debe ceder paso a nuevas formas de regulación.

Soberanía y Estado de Derecho

En tal situación, nuestro concepto clásico de soberanía es sometido a revisión compleja y profunda: las decisiones de los poderes del un Estado democrático, ya no se acotan a las específicas atribuciones que contempla la Constitución Política, sino que son atravesadas por decisiones que no tienen un claro protagonista, sino que se diluyen en un ambiente de universalidad. Así, por ejemplo, las políticas monetarias y del precio de las divisas escapan con absoluta discrecionalidad del control que antaño tenían sobre ellas los Bancos Centrales nacionales y por ende, los gobiernos.

De esta forma, el concepto globalización abarca muchas variables que van más allá de las respuestas exclusivamente en el campo económico implicando cambios profundos del Estado y del sistema normativo nacional encabezado por la Constitución Política.

Es claro que a partir de la Segunda Guerra Mundial se fue produciendo en el mundo un cambio de actitud frente al derecho de las personas. Europa devastada tras la guerra, con secuelas dramáticas y trágicas para sus pueblos, afectada por la violación sistemática de los derechos humanos en el Holocausto, hace surgir un derecho que sobrepasa las legislaciones nacionales, creando garantías y obligaciones que afectan directamente a los seres humanos, trascendiendo a los Estados.

Así, se pasaba a una nueva etapa del derecho, dejando superada aquella en la cual el derecho entre los Estados solo afectaba a estas instituciones sin que las personas tuvieran un rol dentro de esas relaciones.

Por tanto, desde mediados del siglo XX se va construyendo un nuevo paradigma jurídico en el cual el rol gravitante estará entregado a los derechos humanos y su protección, más allá de los clásicos conceptos del derecho público.

El siguiente paso, por tanto, está siendo determinado ahora por un sistema tecnológico que ha obligado a tomar medidas para enfrentar los nuevos escenarios.

Los conflictos siempre han estado presentes en la historia de la humanidad y son connaturales a la existencia del hombre. Desde su más primitiva expresión, allá en las cavernas, hasta ahora, siempre los seres humanos han entrado en conflicto con sus semejantes debido a que las necesidades de unos se estrellan con las de otros y los recursos para satisfacerlas como se dijo siempre serán escasos. Hoy los mas graves conflictos son entre países.

Si en toda época han existido conflictos y el Estado ha intentado desarrollar herramientas jurídicas para evitar su solución por vías violentas, en la actual realidad ciertamente es mucho más urgente la creación de instrumentos jurídicos adecuados para enfrentar estas inéditas situaciones.

Los efectos de la globalización no han estado ajenos a este proceso de análisis

e intentos, no siempre logrados, de dar una respuesta por la creación de un nuevo derecho internacional que reconozca esta nueva realidad que sobrepasa a los Estados nacionales y sus soberanías.

Sin embargo, tal intento creativo de un nuevo derecho internacional ha sufrido importantes obstáculos precisamente por parte de aquellas naciones más desarrolladas, por un lado, que ven afectados sus derechos e intereses, como también por aquellas naciones que han visto que tales foros multilaterales sirven como plataforma política para sus reivindicaciones particulares. Ambos extremos han dificultado la creación de un nuevo conjunto de normas que den solución justa ya no a los Estados, sino que a las personas directamente afectados por las nuevas formas de producción globalizada o aquellas víctimas de la acción de mafias internacionales que hacen uso de tales instrumentos.

El punto de atención, por tanto, no hay que ponerlo sólo en los legítimos intereses del Estado en los procesos negociadores respecto de estos temas de los efectos de la globalización, sino que especialmente enfocados respecto de los derechos y garantías de las personas individuales que deben tener un sistema normativo que les proteja y que cuenten con un conjunto de instituciones a las cuales pueda recurrir sin mayores costos, para obtener la tutela de sus derechos afectados.

En síntesis, en este contexto se vuelve esencial llegar a un denominador común de justicia respecto a la diversidad y pluralidad de principios, identidad, evaluaciones y desarrollos que nacen de la autonomía y de las pluralidades de los sistemas jurídicos.

Precisado el marco de referencia que nos convoca, como premisa y con cautela y reservas, planteo como hipótesis de trabajo que las Constituciones latinoamericanas, enmarcadas en un sistema rígido y protegido de soberanía nacional, representan la individualidad de la Nación y como su natural efecto chocan contra la realidad de la globalización. Mas, como este fenómeno es profundo y atractivo, ha movilizó los diversos sistemas jurídicos de los países a generar nuevos cauces para incorporarlos al derecho interno, lo que debería ocurrir a futuro en nuestros ordenamientos.

De igual manera deberá evitarse que la globalidad encubra la consolidación de que el fuerte prevalece y gana sobre el más débil.

Ello sólo se logrará cuando la primacía del Estado de Derecho consolide en una escala supranacional el respeto de las diversidades culturales y de las identidades nacionales, como principio fundamental para evitar la imposición desde lo alto de normas externas.

El reforzamiento del concepto de Estado de Derecho como fundamento de la democracia y la tutela efectiva de los derechos humanos se miran como indispensables en la integración política y constitucional para lo cual se necesita crear un “corpus

juris” de normas comunitarias y de mecanismos y estructuras jurisdiccionales comunes, como única forma de traducir la globalización en el mejoramiento de la situación de los Estados y personas incluidas en ella.

Los avances que los países han logrado en su estabilización jurídica bajo la regla del estado de derecho como custodia de la democracia constituyen un valor que puede ser reanalizados en parte, pero no sustituido en aras de los beneficios de la globalización.

El dilema consiste en determinar cuál es el límite de la soberanía que puede transferirse sin que con ello se altere la identidad nacional. Gran tarea para los legisladores.

En este entorno, la globalización y la soberanía chocan y para evitarlo los países deben incorporar a su ámbito jurídico los claros límites y efectos que tal proceso genera y buscar soluciones procesales adecuadas a los conflictos que necesariamente deberán surgir en dicho contexto.

Es el derecho político el que estudia fundamentalmente los esfuerzos que ha desplegado el hombre a través de los siglos, creando instituciones que estimulen los impulsos sociales y limiten, al mismo tiempo, los antisociales. En efecto, aún cuando los elementos jurídico y político por los cuales las personas se constituyen en Nación, no son el vínculo social más amplio, son, sin embargo, los más sólidos y tenaces, porque modelan y constituyen el Estado, aunando un conjunto de voluntades que pasan a integrar una sola, mayor y magistral, la suya, que se presenta a través de una persona jurídica ficticia, que es el sujeto de derecho por excelencia, ya que formularía la norma, determinaría su aplicación y resolvería los conflictos derivados de su contenido.

Derecho interno, globalización y justicia

Podemos observar que en la mayor parte del mundo civilizado en este siglo XXI se ha establecido como su mejor forma de convivencia la llamada “democracia constitucional, que se ha conceptualizado como un entero sistema jurídico político que se encuentra “soldado”, soldadura que ha sido y es sometida a tensiones que deben terminar para que no se produzca el quiebre del sistema democrático. Para ello las Cartas Constitucionales han convocado a los tribunales Constitucionales a que ejerzan la jurisdicción constitucional.

Debemos señalar que la Constitución Política es una creación del hombre que le permite contar en el orden interno con una norma básica y prevalente que cumple los objetivos que todos conocemos: fija las reglas de la actividad de los gobernantes, consagra garantías personales y crea mecanismos de solución de conflictos por medio de un proceso.

Así, las constituciones modernas consagran derechos, principios, valores y bases

del sistema jurídico normativo, los que, que para ser eficaces, deben necesariamente contar con un mecanismo que resuelva jurisdiccionalmente los conflictos que se generan por su quebrantamiento formal o sustancial, aplicando directamente como norma decisoria la misma Constitución Política y, a las vez, interpretándola de manera que cumpla su misión de preservar una convivencia pacífica establecida por un estado de derecho que descansa en la eficacia de su normativa constitucional.

La concepción del Estado de Derecho está indisolublemente unida al establecimiento de la Constitución como norma fundamental y suprema, cuyo contenido debe prevalecer por sobre toda otra actividad jurídica de los órganos que regula, entre ellas, según muchos, las propias decisiones jurisdiccionales.

Es el sometimiento de todo el sistema normativo estatal al control de constitucionalidad. Ello implica que todos los preceptos o normas que emanan de los órganos del Estado están sometidos al referido control incluidas aquellas que incorporen a factores de globalización.

Actualmente, los tratados han sido los mecanismos tradicionales para regular las relaciones externas entre los países, los que influidos por la concepción clásica de la soberanía, eran restringidos en su contenido por el marco protector del constitucionalismo interno que es lo que hoy está cambiando.

La globalización se incorpora al sistema jurídico interno a través de la celebración de tratados internacionales. Los tratados son sus operadores en el mundo del derecho. En general las constituciones pueden contener disposiciones que les permitan la incorporación automática de tratados o no contemplarlas, que es el caso de Chile, que no innovó en su última reforma en el año 2005, como se esperaba.

Con el propósito de darle una mayor y más profunda dimensión a la regulación de la globalización, la historia nos muestra un gran ejemplo en este campo, pionero en el ensamblaje de los conceptos que nos convocan. En efecto, la organización constitucional que se dieron los Estados Unidos de Norteamérica, hace más de doscientos años, debe destacarse como un fenómeno inicial que produjo como resultado la integración de sus diversos Estados y cuyos efectos expansivos políticos, económico y culturales, en América del Norte, fueron una fuerte señal del inicio de lo que hoy en el mundo se conoce como la globalización

En esta oportunidad los diversos estados que luego constituyeron los Estados Unidos de Norte América cedieron soberanía a la autoridad central estableciendo para lograrlo un sistema federal de gobierno. Siendo su gran controlador la Corte Suprema que es el Tribunal Constitucional de Estados Unidos de Norte América.

En nuestros días y ya en los albores del siglo XXI, Europa, interpretando un sentir

generalizado de su población, también ha abierto nuevos cauces en este ámbito, logrando un ordenamiento jurídico superior para proporcionar una estructura jurídica a un hecho indubitado: la globalización, que arrastra a la economía, las comunicaciones, a personas, bienes, valores y servicios.

El Parlamento Europeo, los tribunales creados en Estrasburgo y Luxemburgo y un sistema común de administración financiera, le han dado un marco jurídico político adecuado a este fenómeno, el que debería culminar con el establecimiento y aprobación de la Constitución Europea.

Nuevas normas

La globalización ha puesto en crisis la regulación de los fenómenos internos por sus tradicionales normas que no están en condiciones por si solas de imponer y hacer respetar las innovaciones que se producen en el mundo globalizado. Las nuevas tecnologías no conocen fronteras y si no se busca un mecanismo eficientes de solución de controversias, prevalecerá la que imponga el más fuerte.

Como puede observarse ya no es suficiente la relación entre el Estado y la ley ya que existen gigantescas órdenes contractuales privadas que regulan las relaciones lo que ha llegado el tiempo de proponerse una nueva common law de la globalización como sustituto a las tradicionales normas.

En este contexto resulta esencial la búsqueda de un denominador común de justicia que recoja la diversidad y pluralidad de principios, identidad y desarrollo de sistemas jurídicos que la desarrollan. Si no se logran controlar los aspectos negativos de la globalización se permitirá al más fuerte hacer valer su concepto de justicia lo que pone en riesgo los valores que pretejen las constituciones internas.

Dicho de otra manera los reflejos de la globalización sobre el tema del derecho, obligan a replantearse las finalidades y los instrumentos jurídicos que deben usarse frente a los problemas que atañen a todos los habitantes de la nación, como nunca se había verificado en el pasado.

Una base normativa común se proyecta como la mejor solución para eliminar o al menos disminuir los riesgos de la globalización en lo que Giovanni Maria Flick denomina “osmosis de experiencia”, que derivan de la globalización.

Para ello se requerirá considerar las dinámicas políticas sociales y económicas de todos los países que resulten afectados por este fenómeno.

El camino hacia la primacía del estado de derecho, para consolidar en una escala

internacional y supranacional debe entonces necesariamente pasar a través del respeto de las diversidades culturales y de las identidades, como principio fundamental para evitar el riesgo de la imposición desde lo alto de normas externas.

La globalización en el constitucionalismo moderno

La globalización que hoy experimenta el mundo, ha impactado los sistemas judiciales, especialmente los constitucionales, generando la necesidad contar con nuevas normas que permitan decidir nuevos conflictos que surgen como consecuencia de la aplicación universal e imperativa del principio de la supremacía constitucional, de la integración de los países y de la necesaria protección integral de los derechos de las personas, cualquiera sea el lugar en que se encuentren.

Nuestra América aun sueña con una integración y sus sistemas sólo han logrado algún magro resultado en la etapa primaria de tratados bilaterales o multilaterales. Nuestra América recién despierta frente a estas tendencias y sus sistemas jurídicos permanecen herméticos regulando su vida interna, en circunstancias que las relaciones de todo tipo entre los países, son cada día más fuertes y frecuentes.

En este contexto, miramos como excepcional, la vinculación que en los últimos años se ha consolidado entre los tribunales constitucionales que, por operar en el ámbito de una nueva dimensión de la justicia que se rige por principios informadores diferentes a la de los tribunales comunes, presenta áreas de contacto muy afines, lo que les ha permitido aprovechar sus experiencias.

Personalmente observo que ello ocurre efectivamente en la justicia constitucional, toda vez que las Constituciones contienen elementos básicos similares, lo que permite a sus operadores lograr una utilización adecuada de la doctrina comparada y de la jurisprudencia emanada de las sentencias de los tribunales establecidos por los respectivos ordenamientos.

Debe observarse, que tanto los conflictos constitucionales entre poderes públicos, como los producidos por violación de las garantías constitucionales de las personas, son en todos los países, en esencia similares. Los efectos de la globalización, de manera igual los afectará.

Debemos destacar, que la creación por la vía de los tratados de cortes internacionales o supranacionales, obviamente que también ha influido en el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales nacionales, cuyos países la han aceptado, y que, como su natural consecuencia, han visto modificada su organización judicial interna, toda vez que la jurisdicción soberana es ahora compartida con ellos.

Todo lo anterior permite concluir que por ahora es la Justicia Constitucional la

que se integra al proceso de globalización en el ámbito del derecho, enriqueciéndose.

Los tribunales constitucionales y la globalización

Lo dicho nos permite afirmar que los valores y principios constitucionales son un patrimonio jurídico de la humanidad, que las Constituciones Políticas deben necesariamente aprovechar, incorporándolos en sus textos

Es por ello que con la experiencia recogida en mis 30 años como juez constitucional, puedo afirmar que frente a un caso a decidir, las fuentes doctrinarias y jurisprudenciales extranjeras son normalmente consultadas, lo que confirma la universalidad de los principios que informan la Justicia Constitucional.

La globalización que hoy experimenta el mundo, ha impactado los sistemas judiciales, especialmente los constitucionales, generando la necesidad de decidir nuevos conflictos que surgen como consecuencia de la aplicación imperativa del principio de la supremacía constitucional, de la integración de los países y de la necesaria protección integral de los derechos de las personas, cualquiera sea el lugar en que se encuentren.

La creación, por la vía de los tratados, de cortes internacionales o supranacionales, obviamente que también ha influido en el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales nacionales, en aquellos países que la han aceptado y que como su consecuencia, han visto modificada su organización judicial, toda vez que la jurisdicción soberana es compartida con estos tribunales. Es la globalización que permite ver el concepto de soberanía absoluta.

Todo lo anterior permite concluir que la justicia constitucional se integra al proceso de globalización en el ámbito del derecho.

Como ya lo dijéramos hoy, la constitución ocupa un lugar de privilegio en la regulación de los estados y sus custodios son los tribunales constitucionales que por esta vía tienen mucho que decir en torno a la incorporación de los nuevos factores de la globalización en la vida de cada país.

A futuro deberá generarse este “corpus iuris” de mecanismo y estructuras judiciales que integren a la realidad nacional los principios que la globalización nos presenta y ello lo veo como respuesta al tema de la convocatoria, como el gran desafío para los Tribunales Constitucionales.

Quizá debiéramos ser optimistas y creer en una posible globalización del derecho

y de la justicia, toda vez que hay algunas luces en el camino que nos muestren que es posible transformar un ideal en una realidad.

Algunas reflexiones y conclusiones

Yo diría que el tema “globalización” es válido, novedoso y trascendente e incluye el desarrollo en sus aspectos más relevantes de sus áreas políticas, económicas y jurídicas.

En mérito de lo expuesto puede afirmarse que este análisis abre un surco que pueda conducir a una investigación más profunda de los efectos de la globalización en nuestros países, ya que tarde o temprano sus consecuencias deseadas o no, deberán ser consideradas por el sistema jurídico interno.

Para cuando ello ocurra, resultará muy útil contar con un material de apoyo que avale las decisiones que tomen las autoridades competentes al respecto.

Por ahora, formulo algunas reflexiones y conclusiones.

1. La globalización es un fenómeno mundial que formula interrogantes en cuya respuesta se debe llegar a denominadores comunes haciendo surgir una base normativa que haga prevalecer la justicia del intercambio y la osmosis de experiencias sin caer en que el más fuerte del grupo gane al más débil.

Dicho de otra forma, los reflejos de la globalización sobre el tema del derecho obligan a replantearse las finalidades y los instrumentos jurídicos frente a los problemas que atañen a todos los pueblos, como nunca se había verificado en el pasado. La globalización y sus efectos aterrizan en la preceptiva constitucional.

La primacía del Estado de Derecho en cada país es el mecanismo adecuado para consolidar en una escala supranacional los efectos de la globalización.

2. Aceptar la globalización implica el reconocimiento de una pérdida de eficacia, en lo pertinente de las legislaciones nacionales y una reducción del espacio de la soberanía de cada uno de los países que reconocen y reciben sus consecuencias.
3. Es evidente que este fenómeno planetario no deja indiferente a nadie y sus efectos, buenos y malos, son soportados por todos y cada uno de los países del orbe, por lo cual reducir su impacto por la vía de la creación de instrumentos también globalizados es una tarea relevante.
4. La conclusión es que debe crearse un “corpus juris” de normas, mecanismos y

estructuras judiciales comunes para que se tutelen efectivamente los intereses de todos los países involucrados.

En esta dimensión destaca la preocupación por el respeto de los derechos humanos de las personas que se integran y que resultan afectados por el proceso de la globalización.

5. Hoy las constituciones se han transformado en la principal y real fuente del derecho interno, garantizando en su esencia la distribución racional y democrática del poder y la efectiva protección de las garantías de sus habitantes.
6. El establecimiento de tribunales constitucionales a partir de Kelsen ha generado una protección jurisdiccional efectiva de la supremacía de la norma constitucional que actualmente cuenta con el proceso para hacerla efectiva.

No está demás recordar en este ámbito, que el Tribunal Constitucional de Chile actualmente integra la llamada Comisión de Venecia, organismo perteneciente al Parlamento Europeo, en el cual se han ido desarrollando las bases de las normas constitucionales aplicables en los países que surgen al imperio del derecho después de largos períodos de dictadura y totalitarismo.

7. Los intercambios de personas y bienes y los medios de comunicación instantáneos mantienen a todo el planeta informado. En el hecho la globalización existe.

Corresponde a cada país regularla de la manera más eficiente posible equilibrando qué mantiene y qué entrega para que este proceso resulte equitativo dentro de los parámetros expuestos anteriormente.

8. Juridificar los efectos de la globalización en todos los ámbitos implica una transferencia de soberanía que, por lo tanto, cada país pasa a compartir con organismos transnacionales a los cuales también pertenece.
9. En el ámbito de la jurisdicción ello resulta especialmente relevante puesto que ningún país puede monopolizar la solución de los conflictos internacionales.
10. El derecho internacional cobra de esta manera una nueva dimensión y debe proporcionar a los países los instrumentos políticos, económicos y jurídicos adecuados para esta nueva forma de integración.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA Y DEL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Giancarlo E. Cresci Vassallo
Abogado por la Universidad de Lima.
Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.
Profesor de Derecho Procesal Constitucional

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Naturaleza Jurídica de la Constitución y el rol del Tribunal Constitucional. **III.** Los principios de interpretación constitucional. **IV.** Sobre las relaciones Tribunal Constitucional-Consejo Nacional de la Magistratura. **V.** Alcances interpretativos de los artículos 142° y 154.3° de la Constitución. **VI.** Sobre el plazo de siete años para someter a los magistrados al proceso de ratificación: el artículo 154.2° de la Constitución. **VII.** La anterior posición del Tribunal respecto del proceso de ratificación: el Caso Almenara. **VIII.** Ratificación de magistrados y obligatoriedad de la entrevista personal. **IX.** Ratificación de Magistrados: siete años en la magistratura o en el último cargo desempeñado? **X.** La nueva postura del Tribunal y el precedente vinculante: el Caso Álvarez Guillén. **XI.** Otra nueva posición del Tribunal: anulación de precedente y fijación de uno nuevo: el Caso Lara Contreras. **XII.** Los no ratificados pueden volver a postular a la magistratura?: el Caso Romero Quispe. **XIII.** Un “nuevo” supuesto: el control constitucional de los concursos públicos a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura y el deber de motivación: el Caso Hinostroza Pariachi. **XIV.** Atribución constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura de imponer sanciones. **XV.** Las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones. **XVI.** La interpretación del artículo 181° de la Constitución. **XVII.** La interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos como derecho interno. **XVIII.** Los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales. **XIX.** Consideraciones Finales.

I. Introducción

Aún a pesar de que hoy en día los niveles de “tensión” entre el Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones frente a las decisiones que emite el Tribunal Constitucional han disminuido al punto de casi desaparecer, salvo, como

luego se verá, con ocasión de la sentencia recaída en el Expediente N.º 03891-2011-PA/TC relacionada con el no nombramiento de un postulante al cargo de Fiscal Supremo, no parece reiterativo dar a conocer a la opinión pública en general, y jurídica, en particular, cuáles son las razones que legitiman al Supremo Intérprete de la Constitución para someter a control, esto es, revisar, las resoluciones expedidas por el Consejo Nacional de la Magistratura o el Jurado Nacional de Elecciones que puedan, eventualmente, resultar vulneratorias de los derechos fundamentales. Ello es así en la medida que ambos órganos no sólo mantienen la posición de interpretar literalmente y de manera aislada los artículos 142º y 181º de la Constitución, conforme a los cuales, sus resoluciones no pueden ser atacadas en sede judicial –no son revisables, o contra ellas no procede recurso alguno, dicen las normas, respectivamente–, sino que so pretexto de una invasión en sus competencias y autonomía, cuestionan aquellas decisiones estimatorias que sobre el particular emita el Colegiado Constitucional.

Es por ello que, en las siguientes líneas, y con ocasión de conmemorarse los 30 años de la jurisdicción constitucional en el Perú, revisaremos el desarrollo jurisprudencial que respecto de las materias que constan en el sumario del presente artículo ha establecido el Tribunal Constitucional a partir del año 2002 a la fecha.

II. Naturaleza jurídica de la Constitución y el rol del Tribunal Constitucional

La tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, lo que es lo mismo, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, ha sido dejada de lado hace ya bastantes años, dando paso a la consolidación de la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una Norma Jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto.

Superar dicha tesis significó eliminar la concepción de que la ley era la máxima norma jurídica del ordenamiento, para dar paso –de la mano del principio político de soberanía popular– al principio jurídico de supremacía constitucional, conforme al cual, una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella no existen soberanos, poderes absolutos o autarquías. Todo poder devino entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo. La Constitución es pues norma jurídica, y como tal, vincula, y puede ser entendida como el conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos.

No obstante lo anterior, la interrogante que surgía inmediatamente es la de si tiene sentido reconocer que la Constitución tiene carácter jurídico, para luego afirmar que existen actos de los poderes públicos que no pueden ser objeto del control constitucional ejercido por la jurisdicción constitucional. Es posible afirmar que todo poder está sometido a la Constitución y a los derechos fundamentales que ella reconoce y, al mismo tiempo, sostener que los actos de estos poderes están relevados de control constitucional, pese a que contravienen la Constitución y los derechos fundamentales? Indudablemente que no.

Y es que es inherente a la dimensión jurídica de la Constitución la capacidad de exigir, jurisdiccionalmente, su cumplimiento. Afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional, supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder. En ese sentido, pretender que el Tribunal Constitucional se adhiera a esta tesis, equivaldría a pretender que abdique del rol de guardián de la Constitución que el Poder Constituyente le ha confiado, según lo establece el artículo 201° de la Constitución¹.

En efecto, a todo derecho, valor o principio constitucional, corresponde un proceso constitucional que le protege, conforme lo dispone el artículo 200° de la Constitución. La posibilidad de recurrir judicialmente todo acto que vulnere la Constitución es la máxima garantía de que su exigibilidad y la de los derechos fundamentales reconocidos, no está sujeta a los pareceres de intereses particulares; por el contrario, todo interés individual o colectivo, para ser constitucionalmente válido, debe manifestarse de conformidad con cada una de las reglas y principios, formales y sustantivos, previstos en la Carta Fundamental.

En este marco, corresponde pues al Tribunal Constitucional dirimir en instancia única, o en última y definitiva, los procesos constitucionales a que se refiere el artículo 202° de la Constitución. A través de sus sentencias, y en su condición de supremo intérprete de la Constitución -artículo 201° de la Constitución y 1° de su Ley Orgánica N.º 28301- no sólo cumple una función de valoración, sino también de pacificación y ordenación.

1 Cfr. Artículo 201° de la Constitución: “El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente (...)”.

III. Los principios de interpretación constitucional

En concordancia con lo expuesto en el acápite anterior, conviene precisar que el hecho de reconocer la naturaleza jurídica de la Constitución supone reconocer también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. Sin embargo, la particular estructura normativa de sus disposiciones exige que los métodos de interpretación constitucional no sean los criterios clásicos de interpretación normativa –literal, teleológico, sistemático e histórico–, sino que abarquen una serie de principios que informan la labor del juez constitucional. Estos principios son:

De acuerdo al principio de unidad de la Constitución, la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto.²

Conforme al principio de concordancia práctica, toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta “optimizando” su interpretación, es decir, sin “sacrificar” ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado, según lo establece el artículo 1º de la Constitución.³

En virtud del principio de corrección funcional se exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado.⁴

Según el principio de función integradora, el “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.⁵

2 Vid. STC 1091-2002-HC, Fundamento 4; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 0045-2004-HC, Fundamento 3.

3 Vid. STC 1797-2002-HD, Fundamento 11; STC 2209-2002-AA, Fundamento 25; STC 0001-2003-AI /0003-2003-AI, Fundamento 10; STC 0008-2003-AI, Fundamento 5; STC 1013-2003-HC, Fundamento 6; 1076-2003-HC, Fundamento 7; STC 1219-2003-HD, Fundamento 6; 2579-2003-HD, Fundamento 6; STC 0029-2004-AI, Fundamento 15.

4 Este principio se presenta en cada ocasión en la que el Tribunal Constitucional delimita las competencias que la Constitución ha conferido a los distintos órganos constitucionales (vg. la STC 0020-2005-PI / 0021-2005-PI –acumulados–).

5 Vid. STC 0008-2003-AI, Fundamento 5.

Finalmente, el principio de fuerza normativa de la Constitución supone que la interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público incluyendo, desde luego, tanto al Tribunal Constitucional como al Jurado Nacional de Elecciones, así como a la sociedad en su conjunto.⁶

IV. Sobre las relaciones Tribunal Constitucional - Consejo Nacional de la Magistratura

Si bien es cierto, no a los extremos como los que surgieron con el Jurado Nacional de Elecciones, también entre el Tribunal Constitucional y el Consejo Nacional de la Magistratura han surgido, aunque pocas veces, algunos niveles de tensión entre estos dos órganos constitucionales, en la medida que el Tribunal tenía –y tiene– la obligación-deber de revisar sus resoluciones, sean las referidas a los procesos de ratificación de magistrados, o aquellas derivadas de proceso disciplinario alguno, cuando éstas sean violatorias de los derechos fundamentales. En qué supuestos ello es permitido será revisado en líneas posteriores; empero, a partir de lo que sigue, y ya en las consideraciones finales, se formularán algunas precisiones en torno a las relaciones entre ambos colegiados, en particular, las derivadas de la facultad del Consejo Nacional de la Magistratura de imponer sanciones, y la del Tribunal Constitucional de garantizar el respeto de la supremacía de la Constitución y la vigencia y el respeto de los derechos fundamentales.

V. Alcances interpretativos de los artículos 142° y 154.3° de la Constitución

Como se sabe, no han sido pocas las demandas de amparo que ha resuelto el Tribunal Constitucional, en su calidad de Supremo Intérprete de la Constitución⁷, en las que el Consejo Nacional de la Magistratura era parte demandada. Así, una primera cuestión a revisar fue la referida a los alcances del artículo 142° de la Constitución, que dispone que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación de magistrados no son revisables en sede judicial.

Un sentido similar contiene el artículo 154°3 de la Constitución, que a la letra prescribe que la resolución de destitución expedida por el Consejo Nacional de la

6 Vid. STC 0976-2001-AA, fundamento 5; STC 1124-2001-AA, fundamento 6.

7 Cfr. Artículos 201° de la Constitución y 1° de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Magistratura en forma motivada y con previa audiencia del interesado es inimpugnabile. Como puede apreciarse, en uno u otro caso el efecto es el mismo: no pueden someterse a revisión, o lo que es lo mismo, no pueden ser impugnadas en sede judicial, las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación o destitución de magistrados, aunque en este último supuesto hay dos presupuestos bien precisos que revisaremos con posterioridad.

En razón de ello surgía la interrogante, ¿cómo dilucidar la controversia, aun si por mandato expreso de determinadas disposiciones constitucionales –artículos 142° y 154.3°– está vedado revisar, en sede judicial, las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación y destitución de magistrados? En el caso, había una aparente contradicción entre dicha disposición y el derecho de acceso a la justicia como manifestación del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva previsto por el artículo 139°3 de la Constitución.

Al Tribunal Constitucional le corresponde, por su condición de ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal frente al sistema constitucional, la supremacía de la Constitución y la plena e irrestricta vigencia de los derechos fundamentales; le corresponde, pues, declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y disposiciones contenidas en la Ley Fundamental. En ese sentido, la situación planteada exigía dejar de lado los métodos de interpretación constitucional sustentados en criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico) y, por el contrario, abarcar otros principios que informen la labor hermenéutica del juez constitucional, esto es, los principios de unidad de la Constitución, de concordancia práctica, de corrección funcional, de función integradora y de fuerza normativa de la Constitución.

Una lectura aislada del artículo 142°, como del numeral 154°3 de la Constitución conduce, inevitablemente, a resultados inconsecuentes con el principio de unidad de la Constitución, no siendo válido interpretar las disposiciones constitucionales de manera aislada y literal. ¿Era correcto sostener, bajo una interpretación literal, que una resolución del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación y/o destitución de magistrados, aun cuando pudiera haber sido expedida con afectación de los derechos fundamentales de la persona, no podía ser sometida a control en sede jurisdiccional? Indudablemente que no; una interpretación literal no era sustentable constitucionalmente, toda vez que lejos de optimizar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, desconoce la limitación que dicho contenido representa para los actos llevados a cabo por todo poder público, como el caso del Consejo Nacional de la Magistratura, que como todo organismo, se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales en el marco del respeto al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva; de no ser así, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano en el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el párrafo final del artículo 31° de la Constitución.

Una interpretación aislada del artículo 142°, como del numeral 154.3°, viola los más elementales principios de interpretación constitucional (unidad de la Constitución y concordancia práctica), pues despoja a los derechos fundamentales de toda garantía jurisdiccional de protección, y resulta contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución (artículo 51°) y al de corrección funcional, pues no sólo desconoce el carácter vinculante de la Constitución, sino también la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional por mandato del artículo 201° de la Norma Fundamental. A ello cabe agregar que dicha interpretación confunde la autonomía que ha sido constitucionalmente reconocida al Consejo Nacional de la Magistratura (artículo 150° de la Constitución) con autarquía, pues pretende, so pretexto de ello, que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional cuando sean contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental.

Cuando el Consejo Nacional de la Magistratura ejerce sus funciones excediendo el marco normativo que la Constitución le impone, esto es, cuando expide resoluciones, en el marco de los procesos de ratificación y/o destitución de magistrados, violatorias de los derechos fundamentales, resulta de aplicación inmediata el artículo 200.2° de la Constitución, que convierte a la jurisdicción constitucional en el fuero competente para determinar si existió o no violación a la Norma Suprema. Consecuentemente, no existe justificación constitucional alguna para que el Consejo Nacional de la Magistratura se encuentre relevado de dicho control cuando no respete los derechos fundamentales de la persona.

Por otro lado, la interpretación de los artículos 142° y 154°3 de la Constitución conducen a establecer un paralelo con lo establecido, tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como en la Convención Americana de Derechos Humanos, en tanto establecen que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, efectivo y rápido ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y la ley⁸.

Conforme al artículo 55° de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Quiere ello decir, que los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz e inmediatamente aplicable al interior del Estado. En tal contexto, y en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, en concordancia con

8 Cfr. Artículos 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En atención a lo anterior, esto es, una lectura sistemática de la Constitución, una aplicación integral de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona, así como a una obligatoria información de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos, queda claro que no podían admitirse “islas” o “zonas de indefensión”. Por lo tanto, no existe justificación alguna para que las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación y/o destitución de magistrados no puedan ser sometidas al control constitucional cuando no respeten los derechos fundamentales de la persona.

De allí que el Tribunal Constitucional haya establecido⁹, respecto del carácter inimpugnable de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura –en materia de destitución, conforme al artículo 154.3°– o, lo que es lo mismo, no revisables en sede judicial –en materia de evaluación y ratificación, conforme lo establece el artículo 142° de la Constitución–, que “el hecho de que una norma constitucional pueda ser analizada a partir de su contenido textual no significa que la función del operador del derecho se agote, en un encasillamiento elemental o particularizado, con el que se ignore o minimice los contenidos de otros dispositivos constitucionales, con mayor razón si resulta evidente que aquellos resultan siendo no un simple complemento, sino en muchos casos una obligada fuente de referencia por su relación o implicancia con el dispositivo examinado. La verdad, aunque resulte elemental decirlo, es que las consideraciones sobre un determinado dispositivo constitucional solo pueden darse cuando aquellas se desprenden de una interpretación integral de la Constitución, y no de una parte o de un sector de la misma (...)”.

Así, en el caso Diodoro Antonio Gonzales Ríos vs Consejo Nacional de la Magistratura¹⁰, el Tribunal Constitucional sostuvo que las consideraciones sobre un determinado dispositivo constitucional solo pueden darse cuando aquellas se desprenden de una interpretación integral de la Constitución, y no de una parte o de un sector de la misma; y que cuando el artículo 142° de la Constitución establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces, el presupuesto de validez de dicha afirmación se sustenta en que las consabidas funciones que le han sido conferidas a dicho organismo sean ejercidas dentro de los límites y alcances que la Constitución le otorga, y no a otros distintos, que puedan convertirlo en un ente que opera fuera o al margen de la misma norma que le sirve de sustento. En el fondo, no se trata de otra cosa sino de la misma teoría de los llamados poderes constituidos, que son aquellos que operan con plena autonomía dentro de sus funciones, pero sin que tal

9 Cfr. STC N.º 8333-2006-PA/TC, Caso Miguel Ángel Tomayconza Fernández Baca, Fundamento N.º 3.

10 Cfr. STC N.º 2409-2002-AA/TC, Fundamento 2.

característica los convierta en entes autárquicos que desconocen o hasta contravienen lo que la misma Carta les impone. El Consejo Nacional de la Magistratura, como cualquier órgano del Estado, tiene límites en sus funciones, pues resulta indiscutible que estas no dejan en ningún momento de sujetarse a los lineamientos establecidos en la Normal Fundamental. Por consiguiente, sus resoluciones tienen validez constitucional en tanto las mismas no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, contrario sensu, que si ellas son ejercidas de una forma tal que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquélla reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional señalado a favor de este Tribunal en los artículos 201° y 202° de nuestro Texto Fundamental.

Luego, al resolver el caso Luis Felipe Almenara Bryson vs Consejo Nacional de la Magistratura¹¹, en el cual las instancias judiciales desestimaron la demanda en virtud de una aplicación literal del numeral 142° de la Constitución, el Tribunal estableció que al resolverse de ese modo, se había obviado que también constituye un atributo subjetivo de naturaleza constitucional el derecho de acceder a un tribunal de justicia competente que ampare a las personas contra todo tipo de actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley, según enuncia, entre otros instrumentos internacionales, el artículo 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Y que detrás de ese derecho y, en concreto, del establecimiento de los procesos constitucionales de la libertad, se encuentra implícito el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos o, lo que es lo mismo, el derecho a recurrir ante un tribunal competente frente a todo acto u omisión que lesione una facultad reconocida en la Constitución o en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. De conformidad con la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye parte del núcleo duro de la Convención Americana de Derechos Humanos y, en ese sentido, no puede obstaculizarse irrazonablemente su acceso o simplemente impedirse su cabal goce y ejercicio. Por ello, el Tribunal Constitucional no pudo aceptar, como una derivación del artículo 142° de la Constitución, el argumento de que dicho órgano constitucional no pueda ser objeto de control jurisdiccional, pues ello supondría tener que considerarlo como un ente autárquico y carente de control jurídico en el ejercicio de sus atribuciones. En consecuencia, la limitación contenida en el artículo 142° de la Constitución no podía entenderse como exención de inmunidad frente al ejercicio de una competencia ejercida de manera inconstitucional, ya que ello supondría tanto como que se proclamase que, en el Estado Constitucional de Derecho, el Texto Supremo puede ser rebasado o afectado y que, contra ello, no exista control jurídico alguno. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico-estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella.

11 Cfr. STC N.º 1949-2002-AA/TC, fundamentos 2 al 6.

No puede pues alegarse ningún tipo de zona invulnerable a la defensa de la constitucionalidad o la protección de los derechos humanos, toda vez que la limitación que señala el artículo 142° de la Constitución –como la prevista por el numeral 154.3°– no pueden entenderse como exención de inmunidad frente al ejercicio de una competencia ejercida de modo inconstitucional, pues ello supondría tanto como que se proclamase que en el Estado constitucional de derecho se pueden rebasar los límites que impone la Constitución, como que contra ello no exista control jurídico alguno que pueda impedirlo.

VI. Sobre el plazo de siete años para someter a los magistrados al proceso de ratificación: el artículo 154°2 de la Constitución

Dentro de la coyuntura del año 2002 en que se recompuso el Tribunal Constitucional con la llegada de cuatro nuevos magistrados, singular importancia para el tema del cómputo del plazo de siete años para someter a los magistrados a los procesos de ratificación revistió la demanda de amparo planteada por don Diodoro Antonio Gonzales Ríos¹², a la cual le siguieron muchas otras cuyo sustento era el mismo. En dicho contexto, otro importante grupo de demandas de amparo pendientes de resolver eran aquellas relacionadas con los ceses de magistrados en virtud de los decretos leyes expedidos en abril de 1992 por el autodenominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional de Fujimori.

Pues bien, Gonzales Ríos había sido un Vocal Superior Titular de la Corte Superior de Justicia del Callao cesado en forma por demás inconstitucional mediante el Decreto Ley N.º 25446. Tras obtener una sentencia favorable de parte del Tribunal Constitucional en septiembre de 1999, y ejecutada por la Corte Superior de Justicia del Callao en diciembre del mismo año, fue repuesto en su cargo de Vocal Titular. Sin embargo, el Consejo Nacional de la Magistratura, mediante acuerdo del 15 de mayo de 2001, decidió no ratificarlo en el cargo que ejercía. Como podrá apreciarse, luego de siete años de lucha para alcanzar la reposición, y tras menos de dos años de reincorporado, nuevamente fue cesado, aunque esta vez bajo la figura de la no ratificación.

El demandante alegaba que no podía ser sometido al proceso de ratificación pues aún no había cumplido siete años en el ejercicio del cargo. Por su parte, el argumento del Consejo Nacional de la Magistratura residía en que, a su juicio, correspondía someter a Gonzales Ríos al proceso de ratificación pues había sido restituido en el cargo con el reconocimiento de todos sus derechos inherentes al mismo.

Ello condujo al Tribunal Constitucional a rechazar tales argumentos y, por ende, estimar la demanda, en función a las siguientes consideraciones. La Constitución de

12 Cfr. STC N.º 2409-2002-AA/TC, fundamento N.º 3.

1993 establece en su artículo 154°, inciso 2), que corresponde al Consejo Nacional de la Magistratura ratificar a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años. Es evidente que dicha regla solo pudo entrar en vigor desde el día siguiente a la promulgación y publicación del texto constitucional respectivo, hecho acontecido, según se conoce, hacia el 31 de diciembre de 1993. Si el demandante había sido repuesto en su cargo en diciembre de 1999, era claro que, en su caso, el plazo de siete años para efectuar el proceso de ratificación no podía contabilizarse desde la vigencia de la Carta de 1993, pues en aquel momento se encontraba privado de sus derechos al haber sido destituido en forma inconstitucional mediante el Decreto Ley N° 25446.

Si Gonzales Ríos estuvo suspendido en el cargo de Vocal Superior entre el periodo comprendido entre el 24 de abril de 1992 (fecha de entrada en vigor del Decreto Ley N° 25446 que lo destituyó) y el 20 de diciembre de 1999 (fecha de su reincorporación), dicho lapso de tiempo no pudo generar ningún tipo de merituación por parte del Consejo Nacional de la Magistratura respecto de la conducta e idoneidad en el desempeño del cargo de magistrado, pues hacerlo significaría presumir una conducta donde no la ha habido, y méritos o deméritos donde tampoco han existido. Pretender interpretar que el proceso de ratificación comprendía a un magistrado repuesto, so pretexto de que había sido restituido en el cargo reconociéndole todos sus derechos, significaba aplicar un criterio absolutamente arbitrario, pues no solo se le estaba obligando a que responda por un ejercicio funcional que en la práctica nunca se dio, sino que el parámetro de evaluación del propio Consejo se reducía a un periodo absolutamente mínimo. En consecuencia, quedó claro que si al recurrente habría que aplicarle las normas contenidas en la Constitución de 1993 y, entre ellas, las relativas al proceso de ratificación, estas tendrían que operar desde el momento de la reasunción de su cargo, y no antes de dicho periodo, por lo que el Acuerdo de su no ratificación no le podía ser aplicable.

Ésta pues fue la primera de un grupo de causas en las que el Tribunal Constitucional fijó su posición respecto de cómo debía computarse el plazo de siete años para someter a los procesos de ratificación a los magistrados destituidos mediante los decretos leyes del año 1992. Luego, con el paso de los años, aunque en número menor, surgieron otras demandas de amparo en las que los recurrentes, valiéndose de dicha interpretación, pretendían hacer una diferenciación respecto del último cargo desempeñado. Esa, sin embargo, es otra cuestión que revisaremos posteriormente.

VII. La anterior posición del Tribunal respecto del proceso de ratificación: el caso Almenara

A diferencia del caso anteriormente planteado (Cfr. Caso Diodoro Antonio Gonzales Ríos), otro numeroso grupo de demandas de amparo pendientes de resolver tenían que ver con aquellos magistrados que habían sido sometidos al proceso de ratificación luego de cumplidos siete años de ejercicio de la magistratura. Si bien se invocaba la vulneración del derecho “a la permanencia en el servicio mientras se observe conducta e idoneidad propias de la función”, los alegatos más trascendentes en el orden de los procesos de ratificación era que, a juicio de los demandantes, se vulneraban los derechos de defensa, al debido proceso y a la motivación escrita de las resoluciones. Lo que ahora revisaremos constituyó la posición del colegiado respecto de los procesos de ratificación, que posteriormente significó un cambio de jurisprudencia que luego veremos.

El primero de ellos fue el caso Luis Felipe Almenara Bryson vs Consejo Nacional de la Magistratura¹³. En principio se analizó si se había producido la eventual lesión del derecho reconocido en el artículo 146º3 de la Constitución; esto es, si el acto de no ratificación afectaba el derecho a la permanencia en el servicio mientras se observe conducta e idoneidad propias de la función. El Tribunal no compartió el criterio sostenido por el demandante, y entendió que este había sobredimensionado los alcances del contenido previsto en el artículo 146º3 de la Norma Suprema, pues se trata del derecho de permanecer en el servicio (judicial) mientras se observe conducta e idoneidad propia de la función. Sin embargo, esta facultad tiene dos límites constitucionales muy precisos: el primero de carácter interno, que se traduce en el derecho de permanecer en el servicio en tanto se observe conducta e idoneidad propias o acordes con la investidura de la función que se ejerce. Y el segundo, de carácter temporal, en razón de que el derecho de permanecer en el servicio no es cronológicamente infinito o hasta que se cumpla una determinada edad, sino que está prefijado en el tiempo; esto es, por siete años, culminados los cuales la permanencia en el servicio se encuentra sujeta a la condición de que sea ratificado por el Consejo Nacional de la Magistratura.

Ello condujo a determinar que la garantía de la permanencia en el servicio judicial se extiende por siete años, período dentro del cual el magistrado no puede ser removido, a no ser que no haya observado conducta e idoneidad propias de la función o se encuentre comprendido en el cese por límite de edad al que antes se ha hecho referencia. Así una vez culminados esos siete años, el derecho de permanecer en el cargo se relativiza, pues, a lo sumo, el magistrado o miembro del Ministerio Público sólo tiene el derecho expectativo de poder continuar en el ejercicio del cargo, siempre

13 Cfr. STC N.º 1941-2002-AA/TC.

que logre sortear satisfactoriamente el proceso de ratificación. Por ello el Tribunal Constitucional consideró que, en principio, del hecho que el Consejo Nacional de la Magistratura no haya ratificado a aquellos demandantes no se derivaba una violación del derecho constitucional alegado, toda vez que éstos cumplieron sus siete años de ejercicio en la función y, por ende, la expectativa de continuar en el ejercicio del cargo dependía de que fueran ratificados, lo que estaba fuera del alcance de lo constitucionalmente protegido por el inciso 3) del artículo 146° de la Norma Suprema.

Tampoco consideró el Tribunal que se vulneraba el derecho de defensa, pues a su entender, el proceso de ratificación no tenía por finalidad pronunciarse sobre actos u omisiones antijurídicas que pudiera haber cometido el recurrente y que, en esa medida, la validez de la decisión final dependa del respeto de dicho derecho. El Colegiado estableció que la decisión de no ratificar a un magistrado en el cargo que venía desempeñando no constituía una sanción disciplinaria; y que la sanción, por su propia naturaleza, comprende la afectación de un derecho o interés derivado de la comisión de una conducta disvaliosa para el ordenamiento jurídico. En cambio, la no ratificación constituye un voto de confianza o de no confianza sobre la manera como se ha ejercido el cargo para el que se le nombró durante los siete años. Mientras que en el caso de la sanción disciplinaria, esta debe sustentarse en las pruebas que incriminan a su autor como responsable de una falta sancionable, impuesta luego de la realización de un procedimiento con todas las garantías; en cambio, en el caso de la no ratificación, sólo se sustenta en un conjunto de indicios que, a juicio de los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, tornan inconveniente que se renueve la confianza para el ejercicio del cargo. Por ello, el Tribunal Constitucional consideró que, en la medida en que la “no ratificación” no obedece a una falta cuya responsabilidad se ha atribuido al magistrado, sino sólo a una muestra de desconfianza de la manera como se ha ejercido la función para la que fue nombrado durante los siete años, no existía la posibilidad de que se afecte el derecho de defensa alegado.

Lo mismo sucedió con respecto al derecho al debido proceso, pues estimaba que no en todos los procedimientos administrativos se titulariza el derecho al debido proceso, debiendo descartarse su titularidad en aquellos casos en los que la doctrina administrativista denomina “procedimientos internos” o, en general, en los que el administrado no participa, ni en aquellos donde no exista manera en que el acto le ocasione directamente un perjuicio en la esfera subjetiva. Por ende, al no mediar la participación de un particular ni existir posibilidad de que se afecte un interés legítimo, la expedición de un acto administrativo por un órgano incompetente, con violación de la ley y, en general, cualquier otro vicio que la invalide, no constituye lesión del derecho al debido proceso administrativo.

Asimismo, y con relación al derecho a la motivación escrita de las resoluciones, el Colegiado estableció que en atención a que una de las reglas en materia de interpretación constitucional consiste en que el proceso de comprensión de la Norma Suprema debe

efectuarse de conformidad con los principios de unidad y de concordancia, consideró que tales exigencias se traducían en comprender que, a la garantía de la motivación de las resoluciones, se le ha previsto una reserva tratándose del ejercicio de una atribución como la descrita en el inciso 2) del artículo 154° de la Constitución, y que, en la comprensión de aquellas dos cláusulas constitucionales –la que establece la regla general, aquella otra que fije su excepción– no puede optarse por una respuesta que, desconociendo esta última, ponga en cuestión el ejercicio constitucionalmente conforme de la competencia asignada al Consejo Nacional de la Magistratura.

A nuestro entender, todas estas consideraciones resultaron harto discutibles –y rebatibles– desde todo punto de vista, y no las compartimos. Por el contrario, suscribimos la tesis del magistrado Aguirre Roca, quien sobre dicha materia emitió diversos votos en discordia. En efecto, dicho magistrado sostuvo que “(...) cuando la Constitución, en su artículo 154°2, correspondiente al Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) aborda el tema del “proceso de ratificación”, a mi juicio se refiere, precisamente, a un proceso, esto es, a una tramitación rodeada de garantías, entre las cuales figuran, por lo menos, el derecho de defensa, el de reconsideración y el de la motivación escrita de las resoluciones, debidamente apoyadas en los hechos probados a lo largo del proceso, tal como lo manda el concordante artículo 139°, inciso 5), de la Constitución, y no a simples votos de conciencia y secretos, y, por añadidura, inimpugnables (...) y que serían, antes bien, constitutivos de un trámite sui generis y desprovisto, por antonomasia, de las mas elementales garantías jurisdiccionales (...)”. Y agregó que “(...) cuando la Constitución usa la expresión “proceso”, la usa en su acepción jurisdiccional normal, y no para significar cosa distinta, esto es, una especie de simple trámite secreto y, por tanto, técnicamente “antiprocesal” (...)”¹⁴.

Una última consideración del Tribunal tuvo que ver con parte del numeral 154°2 de la Constitución, esto es, la que dispone que los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público. Consideraba pues, que si la no ratificación no implicaba una sanción, la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial, en principio, era incongruente, no sólo con la institución de la ratificación ya que ésta no constituye una sanción, sino un voto de confianza en torno al ejercicio de la función confiada por siete años, sino también con el ordinal “d” del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, pues la prohibición de reingresar a la carrera judicial se equipara a una sanción, cuya imposición, sin embargo, no es consecuencia de haberse cometido una falta. Tal es la interpretación que según el Colegiado debía darse a aquella disposición constitucional (“Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”), pues, de otra forma, se podría caer en el absurdo de que una decisión que expresa un simple retiro de confianza en la forma como se ha desempeñado la función jurisdiccional y que, además no tiene por qué ser motivada, sin embargo, termine constituyendo una sanción con unos efectos incluso

14 Cfr. Voto en discordia del Magistrado Manuel Aguirre Roca : STC N.º 3484-2003-AA/TC.

más drásticos que los que se puede imponer por medida disciplinaria. En conclusión, el Tribunal consideró que los magistrados no ratificados no estaban impedidos de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público.

Esta tesis también resulta discutible. ¿Cómo pudo el Tribunal afirmar ello? Es decir, dónde la norma dice que no, el Tribunal dice que sí? También sobre este punto el magistrado Aguirre Roca emitió diversos votos en discordia, y sostuvo que cuando la Constitución declara que el no ratificado no podrá reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público, dice eso, precisamente, y no todo lo contrario, esto es, que sí puede hacerlo. “Y justamente por ello, por ser tan tremendamente traumática y severa la decisión de no-ratificación, la investigación y la decisión correspondientes deben estar rodeadas (por lo menos) de las garantías mínimas del llamado debido proceso, incluyendo las indicadas líneas arriba, esto es, las de defensa y la de la motivación escrita de las resoluciones respectivas, pues ellas aparecen consagradas, precisamente, en la misma Constitución que otorga los respectivos poderes al CNM”. Y agregó que “(...) los criterios de los que discrepo entrañan una interpretación reñida con el texto de las normas constitucionales pertinentes (y, a mi juicio, también con su espíritu), lo que equivaldría, en mi criterio, y dicho respetuosamente, poco menos que al ejercicio de una potestad de la que carecen los órganos constituidos, pues ellos no pueden escapar del marco de referencia de las normas creadas por el órgano constituyente, a las que están inexorablemente sujetos”¹⁵.

Empero, esta es una controversia interesante que será abordada con mayor énfasis en las líneas que siguen.

VIII. Ratificación de magistrados y obligatoriedad de la entrevista personal

Otra controversia que llegó a manos del Tribunal Constitucional para su dilucidación eran aquellos casos de magistrados que cuestionaban los procesos de ratificación por no haberse respetado, según alegaban, sus derechos a la permanencia en el servicio, al debido proceso, de defensa y a la motivación escrita de las resoluciones. Dichas causas, como se ha visto, eran desestimadas por el Tribunal Constitucional en base a los argumentos que, correctos o no, se ha visto en el apartado precedente. Sin embargo, una nueva situación planteada tenía que ver con aquellos magistrados que, no obstante que el reglamento sobre la materia lo prevenía, no fueron citados a la entrevista personal correspondiente.

15 Op. Cit.

Así, en el caso Freddy Oswaldo Marchan Apolo vs Consejo Nacional de la Magistratura¹⁶, el tema en cuestión era la obligatoriedad de conceder la entrevista personal. El Consejo Nacional de la Magistratura alegaba que del artículo 30° de su Ley Orgánica N° 26397 se desprendía que la entrevista se concedía cuando había pedido de parte, o porque así lo decidía el Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, conforme lo disponía la Resolución N° 043-2000-CNM, “no siendo por tanto obligación, sino facultad, conceder entrevista a los magistrados sometidos a ratificación”. El Tribunal Constitucional no compartió dicho criterio, pues estimó que la palabra “debiendo” que utiliza dicho precepto legal es un gerundio del verbo deber; y la expresión “en cada caso”, no significa que la entrevista debe concederse sólo si lo pide el interesado, o porque así lo acuerde el pleno del Consejo Nacional de la Magistratura. “En cada caso” quiere decir que la entrevista debe concederse para cada una de las personas que sean sometidas al proceso de ratificación y, además, que ésta será personal o individual. No fue ese el caso del demandante. Cuando fue sometido al proceso de ratificación, no fue entrevistado por el Consejo. En consecuencia, estaba acreditada la violación del derecho a tener una audiencia.

A pesar de ello, y en una nueva posición discutible, el Colegiado consideraba que, pese a que se tenga que estimar parte de la pretensión, ello no implicaba ordenar la reposición del actor en el cargo que venía ejerciendo, pues en aplicación del artículo 1° de la Ley N° 23506, el estado anterior a la violación se circunscribía a disponer que se le cite a una entrevista personal, después que se haya inaplicado, a su favor, los cuestionados acuerdo y resolución de no ratificación.

Esta es otra posición que no compartimos. Si al momento de ser sometido al proceso de ratificación el magistrado se encontraba ejerciendo las funciones inherentes a su condición de juez, queda claro que reponer las cosas al estado anterior significaba que el demandante debía retornar al cargo que desempeñaba, en tanto sea sometido a un nuevo proceso de ratificación en el que sea citado a la entrevista personal, más aún, si el Tribunal declaraba inaplicables el acuerdo -y la resolución correspondiente- del Consejo Nacional de la Magistratura que decidían no ratificarlo. Sobre el particular, el magistrado Aguirre Roca sostuvo en diferentes pronunciamientos particulares, que “(...) el retorno del caso a la etapa de citar al demandante a la entrevista personal, supone -por inexorables razones cronológicas, lógicas y procesales- la anulación del acuerdo de no ratificación, y de la igualmente impugnada resolución (...) que cancela el título de Juez del accionante, y, en consecuencia, implica, necesariamente, la reposición del mismo en su cargo”¹⁷.

16 Cfr. STC N.º 0718-2004-AA/TC.

17 Cfr. Fundamento de Voto del Magistrado Manuel Aguirre Roca : STC N.º 0718-2004-AA/TC.

IX. Ratificación de magistrados: siete años en la magistratura o en el último cargo desempeñado?

Aunque en número menor, también se presentaron algunas causas en las que los demandantes se apoyaban en la interpretación que sobre el cómputo del plazo de siete años para someter a los magistrados a los procesos de ratificación realizó el Tribunal Constitucional¹⁸. Se trataba, sin embargo, de un supuesto distinto, pues el argumento que pretendía servir de sustento guardaba relación con aquellos magistrados que habían sido destituidos en forma inconstitucional mediante los decretos leyes del año 1992, como ya se ha visto en el apartado VI, supra.

No era esa la situación de quienes pretendían apoyarse en tal argumentación. Así, en el caso *Hanmerli Rosendo Carrasco Vergaray vs Consejo Nacional de la Magistratura*¹⁹, el actor esbozaba como argumento un elemento de presunta diferenciación en relación con otras demandas promovidas contra el mismo Consejo Nacional de la Magistratura. Este se relacionaba con el hecho de que, a su juicio, había sido evaluado, esto es, sometido al proceso de ratificación, antes de cumplir el periodo de siete años, habida cuenta de que, como Fiscal Superior, recién fue nombrado en el mes de enero de 1996. Por tanto, a la fecha en que fue sometido al proceso de ratificación (julio de 2002), aún no se había cumplido el susodicho plazo de siete años.

El Tribunal Constitucional estableció que el recurrente no había efectuado una correcta interpretación de los alcances con los que opera la consabida facultad ratificatoria, según la Constitución del Estado, pues conforme lo establece el inciso 2) del artículo 154°, ésta procede cada siete años en relación con los jueces y fiscales de todos los niveles, no distinguiéndose, en ningún momento, si el respectivo periodo en el ejercicio del cargo de magistrado se limita a un determinado nivel o status, o a cualquiera que se haya tenido. Por consiguiente, cuando se ratifica a un magistrado, sea este juez o fiscal, era absolutamente irrelevante si éste desempeñó uno a varios cargos durante el periodo de siete años. Basta con que dichos cargos hayan respondido a una condición titular y, sobre todo, que haya transcurrido el periodo establecido. En el caso en concreto, por lo tanto, no afectaba en nada que el recurrente haya ejercido menos de siete años el cargo de Fiscal Superior al momento de ser ratificado, pues antes de dicho cargo, y desde el año 1984, se desempeñó como Fiscal Provincial Titular, lo que supone que sí contaba al momento de su ratificación con más de siete años de servicio efectivo.

18 Cfr. STC N.º 2409-2002-AA/TC, Caso Diodoro Antonio Gonzales Ríos.

19 Cfr. STC N.º 0824-2003-AA/TC.

X. La nueva postura del Tribunal y el precedente vinculante: el caso Álvarez Guillén

La entrada en vigor, el 1º de diciembre de 2004, del Código Procesal Constitucional, significó la necesidad de establecer un cambio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, toda vez que de una interpretación a contrario del artículo 5.7º de dicho código se determina que sí proceden los procesos constitucionales respecto de las resoluciones definitivas del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de ratificación de magistrados cuando éstas sean inmotivadas y/o cuando hayan sido emitidas sin previa audiencia del interesado. En el mismo sentido, el propio Consejo adecuó su Reglamento de Evaluación y Ratificaciones reconociendo, igualmente, la obligación de motivar expresamente las decisiones que emite respecto de dichos procesos.

Como hemos visto en el apartado VII, supra, la posición del Tribunal sobre el particular era que, en la medida que la ratificación constituía un voto de confianza o de no confianza sobre la manera como se ejerció el cargo, dicha decisión –a diferencia de un proceso de destitución– no requería ser motivada. La coyuntura, sin embargo, había variado sustancialmente, lo que conducía a reformar la jurisprudencia sobre la materia, a efectos de hacerla compatible con el nuevo marco normativo que regula los procesos de ratificación.

Ello se produjo al resolver la causa seguida por Jaime Amado Álvarez Guillén vs Consejo Nacional de la Magistratura²⁰, en la que el Tribunal, consciente de la necesidad del cambio que debía efectuar respecto de la jurisprudencia anterior, consideró que la técnica del prospective overruling²¹ era la que debía ser adoptada, pues permitía cambiar un precedente y aplicar uno nuevo a casos del futuro. Así, el Colegiado anunció que, en lo sucesivo y conforme a lo que se establezca en el fallo de esa sentencia, los criterios asumidos debían ser observados como precedente vinculante de acuerdo al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tanto a nivel judicial como por el propio Consejo Nacional de la Magistratura. Es decir, en los futuros procedimientos de ratificación, el Consejo debía utilizar las nuevas reglas que se desarrollaron en dicha sentencia, esencialmente, aunque no la única, la referida a la obligatoriedad de motivar la decisión de no ratificación.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional también estableció que los criterios que había establecido con anterioridad a la publicación de dicha sentencia²² en el diario

20 Cfr. STC N.º 3361-2004-AA/TC.

21 Dicha técnica ya había sido utilizada por el Tribunal Constitucional al resolver el Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, a efectos de modificar la jurisprudencia con relación al tema de los pases al retiro por renovación de cuadros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

22 Es decir, el criterio de que la ratificación constituye un voto de confianza o de no confianza sobre la manera como se ha ejercido el cargo, de manera que dicha decisión no requería ser motivada, desarrollado en la STC N.º 1941-2002-AA/TC.

oficial El Peruano –esto es, con anterioridad al 31 de diciembre de 2005– constituían la interpretación vinculante en todos los casos relacionados con los procesos de evaluación y ratificación de magistrados efectuados por el Consejo Nacional de la Magistratura y, por ende, los jueces debían aplicar la jurisprudencia Tribunal en los términos en que estuvo vigente, toda vez que, hasta antes de la referida fecha de publicación, la actuación del Consejo tenía respaldo en la interpretación efectuada respecto de las facultades que a tal institución le correspondía en virtud del artículo 154°2 de la Constitución Política del Estado.

En el caso materia de análisis se desarrollaron una variedad de aspectos relacionados con el proceso de ratificación, como por ejemplo las diversas funciones constitucionales que cumple, los nuevos parámetros a seguir para la evaluación y ratificación, las consecuencias de la no ratificación, la inclusión de la protección de la tutela procesal efectiva en dicho proceso, entre otros tantos que por razones de espacio no es ahora el momento de revisar. Asimismo, se declaró que tenían fuerza vinculante los argumentos vertidos respecto a la aplicación de los criterios establecidos en dicha sentencia a los casos futuros (fundamentos 7 y 8); al nuevo carácter de la evaluación y ratificación de los jueces del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público (fundamentos 17 a 20); y a los derechos-reglas contenidos en el derecho-principio a la tutela procesal efectiva (fundamentos 26 a 43)²³.

Por lo que ahora interesa, se desarrolló el tema relacionado con la exigencia de motivar la resolución de ratificación en armonía con el nuevo marco normativo. Así, el Colegiado ha dicho que en todo Estado constitucional y democrático de derecho, la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas -sean o no de carácter jurisdiccional- es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, inconstitucional. En ese sentido, el Colegiado estableció que en el supuesto particular de los procedimientos de evaluación y ratificación de magistrados ante el Consejo Nacional de la Magistratura, si bien el ejercicio per se de tal atribución discrecional no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente las decisiones adoptadas y/o no se siguen los procedimientos legalmente establecidos para su adopción.

No obstante lo anterior, y aun cuando en el caso del recurrente no se motivó la decisión de no ratificarlo, al aplicarse el prospective overruling, el cambio en la

23 Puede consultarse el texto íntegro de la STC N.º 3361-2004-AA/TC en la página web del Tribunal Constitucional www.tc.gob.pe.

jurisprudencia no adquirió eficacia para su caso, pues ello ocurre sólo para los hechos producidos con posterioridad al nuevo precedente establecido. En consecuencia, dado que la resolución de no ratificación que se cuestionaba había sido emitida de manera previa a la emisión de la sentencia que configura el nuevo precedente, la demanda fue desestimada.

Así, el Tribunal Constitucional continuó desestimando aquellas demandas en las que se cuestionaba resoluciones de no ratificación expedidas con anterioridad al establecimiento del nuevo precedente, lo que constituía, a nuestro juicio, una posición bastante discutible, pues como ya lo había adelantado el magistrado Aguirre Roca²⁴, cuando el artículo 154°2 de la Constitución hace referencia al proceso de ratificación, queda claro que dicho proceso debe estar rodeado de todas las garantías, entre las cuales se encuentra, la de la motivación escrita de las resoluciones, conforme lo manda el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución, norma jurídica suprema de aplicación inmediata que debe regir siempre que haya afectación de los derechos fundamentales.

Esta posición también fue adoptada en su momento por el magistrado Mesía Ramírez, quien consideró que las demandas deberían ser declaradas fundadas y, por ende, los recurrentes tienen derecho a la pretendida reincorporación en el cargo que venían ejerciendo, no pudiendo aplicarse el prospective overruling, pues si bien es cierto, constituía una técnica que beneficiaba el valor seguridad jurídica, no permitía la restitución de los derechos fundamentales de quienes han sido injustamente despojados de ellos mediante actos que son anteriores al cambio del precedente. Sin embargo, se veía obligado a precisar que, no obstante lo anterior, también era verdad que por mandato del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se encontraba vinculado, como cualquier otro juez del país, al precedente vinculante (STC N° 3361-2004-AA/TC), que solo puede ser cambiado por cinco votos de los siete magistrados que conforman el Tribunal Constitucional, razón por la cual se sumaba a la posición adoptada por la mayoría, viéndose en la obligación de declarar infundada la demanda, pero dejando a salvo su opinión²⁵.

XI. Otra nueva posición del Tribunal: anulación de precedente y fijación de uno nuevo: el Caso Lara Contreras

Aunque tardíamente, el Tribunal Constitucional emitió el caso Lara Contreras²⁶ en el que de alguna manera “corrigió” lo establecido en el caso Álvarez Guillén respecto de los efectos de su decisión y la aplicación de la técnica del prospective

24 Cfr. Voto en discordia del Magistrado Manuel Aguirre Roca : STC N.º 3484-2003-AA/TC.

25 Cfr. Fundamento de Voto del Magistrado Mesía Ramírez : STC N.º 6430-2006-PA/TC.

26 Cfr. STC N.º 1412-2007-PA/TC.

overruling, en lo que se refiere al hecho de que el cambio en la jurisprudencia no adquiriría eficacia para los casos que se resolvían sino sólo para los casos futuros, aún cuando el Código Procesal Constitucional y el propio Reglamento del Consejo Nacional de la Magistratura ya exigían que las decisiones en materia de ratificación de jueces y fiscales debían encontrarse debidamente motivadas, y aún cuando de hecho, en la práctica, ello ya ocurría. Sin embargo, y como hemos visto, en virtud de la antes anotada técnica, las demandas de amparo que llegaban a conocimiento del Tribunal continuaban siendo desestimadas.

En esencia, lo que el Tribunal estableció era que en función del prospective overruling se dejaba sin protección jurídica-constitucional a aquellos magistrados a los cuales no se los ratificó en el cargo con una resolución carente de motivación; que dicha situación había generado una distinción allí donde la ley no la había formulado, trayendo como consecuencia un trato diferenciado en la aplicación de la ley, generando de este modo una afectación del derecho a la igualdad de aquellos magistrados que no fueron ratificados a través de resoluciones inmotivadas; y que la tantas veces mencionada técnica, si bien es cierto, constituye un verdadero avance en el desarrollo jurídico por su firme contribución a la unificación jurisprudencial, sin embargo, no era menos cierto que su aplicación no debía estar orientada a constituirse en un elemento que imposibilite una efectiva protección y tutela de los derechos fundamentales.

Como consecuencia de lo anterior, dejó sin efecto el precedente vinculante establecido en el caso Álvarez Guillén, y conforme a lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, estableció como nuevo precedente que “Todas las resoluciones evacuadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, en materia de destitución y ratificación de jueces y fiscales deben ser motivadas, sin importar el tiempo en que se hayan emitido; este criterio deberá ser tenido como fundamento a tener obligatoriamente en cuenta por los jueces de toda la República como criterios de interpretación para la solución de casos análogos”.

La decisión, si bien correcta, resultó tardía toda vez que, no sólo el Consejo Nacional de la Magistratura –incluso antes de la expedición del precedente del caso Álvarez Guillén aplicando la técnica del prospective overruling– ya emitía sus decisiones de manera motivada, sino que este nuevo cambio sólo alcanzó a aquellas pocas causas que ya se encontraban pendientes de resolver en sede del Tribunal Constitucional, o a aquellas que por efectos de la lentitud del aparato judicial se encontraban en tránsito hacia el Colegio Judicial.

XII. Los no ratificados pueden volver a postular a la magistratura?: el caso Romero Quispe

Un último supuesto que corresponde analizar en materia de ratificaciones es el desarrollado en el caso *Jacobo Romero vs Consejo Nacional de la Magistratura*²⁷, relacionado con la prohibición prevista en el artículo 154°2 de la Constitución, que establece que los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público, y respecto de la cual hemos hecho referencia en el apartado VI, supra. En el caso, el recurrente pretendía que se declaren inaplicables, el acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura derivado de la Convocatoria N° 002-2003-CNM -Concurso Nacional para cubrir vacantes de Vocales y Fiscales Supremos-, que lo declaró postulante no apto en virtud de que anteriormente no fue ratificado por dicho Colegiado sin motivación alguna -a través de la Resolución N° 500-2002-CNM, del 20 de noviembre de 2002-, así como la Resolución N° 034-2004-CNM, del 23 de enero de 2004, que declara infundado el recurso de reconsideración que interpuso contra dicha decisión, todo lo cual consideró que constituía una clara **violación** de sus derechos a la dignidad, a no ser discriminado, al honor y la buena reputación, al trabajo y a la igualdad ante la ley; por otro lado, como consecuencia de lo anterior, e invocando la **amenaza** de violación de sus derechos constitucionales, pretendía se le declare apto para efectos de la Convocatoria N.º 001-2004-CNM, así como para las futuras convocatorias que realice el Consejo Nacional de la Magistratura.

Respecto de las Convocatorias N° 002-2003-CNM y 001-2004-CNM y, si bien es cierto, a la fecha de vista ante el Tribunal éstas ya habían culminado y, por ende, se había producido una situación de irreparabilidad, ello no fue impedimento para que el Colegiado emita un pronunciamiento de fondo y resuelva la controversia planteada, en virtud del mandato establecido en el segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional. Además, quedaba aún por emitir pronunciamiento respecto de las convocatorias futuras que realice el Consejo Nacional de la Magistratura, pues en la medida que el actor ya había sido declarado postulante no apto por su condición de no ratificado, era claro que respecto de las convocatorias futuras se cernía sobre él una inminente amenaza de violación de sus derechos. Por tanto, el Tribunal no solo podía, sino que debía pronunciarse sobre el fondo del asunto, no con el objeto de reponer las cosas al estado anterior -en el caso de la violación invocada- sino con el propósito de evitar, a futuro, que una situación como la planteada se repita -en el caso de la invocada amenaza-.

La controversia, como ya se ha visto, no era una materia nueva para el Tribunal, aún cuando las circunstancias habían variado con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, pues tanto en la STC N.º 1941-2002-AA/TC (anterior

27 Cfr. STC N.º 1333-2006-PA/TC.

posición del Tribunal sobre el proceso de ratificación), como en la STC N.º 3361-2004-AA/TC (que sobre la misma materia estableció un nuevo precedente), el Tribunal Constitucional ya había tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular.

Para el Colegiado, la no ratificación judicial constituía un acto de consecuencias aún más graves que la destitución por medidas disciplinarias, ya que, a diferencia de esta última, el inciso 2) del artículo 154º de la Constitución dispone, literalmente, que “Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”, mientras que los destituidos por medidas disciplinarias sí pueden reingresar. Al respecto, la Constitución garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación por ningún motivo en el artículo 2º2, de modo que no cabe el tratamiento discriminatorio que da a los que fueron destituidos por medida disciplinaria, para quienes no rige tal prohibición, al menos en la etapa de postulación para el reingreso a la carrera judicial.

Esa es la interpretación que debía darse a aquella disposición constitucional (“Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”), pues, de otra forma, se podría caer en el absurdo de que una decisión que expresa la manifestación de una potestad constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura, respecto de la forma como se ha desempeñado la función jurisdiccional, sin embargo, termina constituyendo una sanción con unos efectos incluso más agravantes que los que se puede imponer por medida disciplinaria, produciendo así un trato desigual injustificado.

Quiere todo ello decir, que si se asumía que la no ratificación no representaba una sanción, ello no significaba, ni podía interpretarse, como que por encontrarse en dicha situación, un magistrado no ratificado se encontraba impedido de reingresar a la carrera judicial a través de una nueva postulación. En efecto, si la no ratificación es un acto sustentado en la evaluación que, en ejercicio de su potestad constitucional ejerce el Consejo Nacional de la Magistratura, mal puede concebirse que los no ratificados no pueden volver a postular a la Magistratura cuando tal prohibición no rige, incluso, para quienes sí son destituidos por medida disciplinaria. Como tal incongruencia nacía de la propia Constitución, y esta norma debe interpretarse de manera que sea coherente consigo misma o con las instituciones que reconoce, el Tribunal consideró que una lectura razonable del artículo 154º2 no podía impedir en modo alguno el derecho de los no ratificados de postular nuevamente a la Magistratura.

Expuso el Tribunal, asimismo, que no debía perderse de vista que la posibilidad de aplicar la prohibición de reingresar a la carrera judicial como consecuencia de la no ratificación (interpretación literal) implicaría, además, una especie de inhabilitación al magistrado no ratificado, para siquiera postular, y mucho menos acceder, a la carrera judicial; y que el proceso de ratificación de magistrados resultaba ser un proceso sui generis, distinto a un procedimiento administrativo disciplinario, pues conforme lo establece el propio artículo 154º2 de la Constitución, como la Ley Orgánica del

Consejo Nacional de la Magistratura, dicho proceso es independiente de las medidas disciplinarias. Es, pues, un proceso de evaluación del desempeño de los magistrados al cabo del período de siete años, que, aunque bastante particular, reúne las características de un procedimiento administrativo, en el que se analiza su actuación y calidad de juez o fiscal, así como su conducta e idoneidad en el cargo, criterios que serán sustentados con los documentos presentados por el propio evaluado, y los recabados a petición del Consejo Nacional de la Magistratura. Luego, los fundamentos o razones que condujeron a la no ratificación deberán ser tomados en cuenta para efectos de una nueva postulación, lo cual no puede implicar una restricción, de plano, de acceso a la magistratura. Evidentemente, el Tribunal entendió que la posibilidad de que un magistrado no ratificado pueda postular y, por ende, reingresar a la carrera judicial, será posible en la medida en que se verifique el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por ley sin que, en cualquier caso, la simple no ratificación se esgrima como único argumento para rechazar al candidato.

Por lo demás, el caso sirvió para fijar un nuevo precedente vinculante, en el que el Colegiado estableció, como regla sustancial, que el Consejo Nacional de la Magistratura debe tener presente que el Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución, ha integrado el artículo 154º2, con el numeral 2º2 (prohibición de discriminación), ambos de la Constitución, en el sentido que no se puede impedir en modo alguno el derecho de los magistrados no ratificados de postular nuevamente al Poder Judicial o al Ministerio Público, pues el hecho de no haber sido ratificado no debe ser un impedimento para reingresar a la carrera judicial.

XIII. Un “nuevo” supuesto: el control constitucional de los concursos públicos a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura y el deber de motivación: el caso Hinostroza Pariachi

El Caso Hinostroza Pariachi²⁸ no supuso la primera vez en que el Tribunal Constitucional se pronunciaba en relación a las decisiones que emite el Consejo Nacional de la Magistratura en materia de concursos públicos y la facultad de nombramiento de jueces y fiscales que ostenta dicho colegiado. Ciertamente, a lo largo de los últimos diez años, han sido múltiples las decisiones que ha emitido respecto de dicha materia. Sin embargo, y a diferencia de anteriores oportunidades, en las que se declaraba la sustracción de la materia porque los concursos públicos cuestionados ya habían culminado, no sólo se pronunció sobre el fondo de la controversia, sino que incluso declaró fundada la demanda por un defecto de motivación al no nombrarse a un postulante que había ocupado el primer lugar en el cuadro de méritos luego de

28 Cfr. sentencia recaída en el Expediente N.º 03891-2011-PA/TC.

superadas todas las etapas de la evaluación. Por lo mismo, ordenó se emita un nuevo acuerdo debidamente motivado, lo que supuso que previamente los miembros del Consejo vuelvan a votar su decisión, conforme a la normatividad sobre la materia, esto es, el artículo 33° de la Ley N° 29277, de la Carrera Judicial, y el artículo 53° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N° 281-2010-CNM.

Los hechos son claros y contundentes: el señor Hinostroza Pariachi postuló al cargo de Fiscal Supremo. Luego de culminado el concurso ocupó el primer lugar en el cuadro de méritos. Sin embargo, días antes de que se decida su nombramiento, fue objeto de diversos cuestionamientos por parte de algunos medios de comunicación. El Tribunal verificó -lo cual era sumamente sencillo- que esos cuestionamientos eran fácilmente rebatibles, cosa que el Consejo Nacional de la Magistratura también debió hacer.

Pues bien, sucedía que tanto la Ley de Carrera Judicial como el propio Reglamento de Concursos, aprobado mediante la Resolución N° 281-2010-CNM, mandaban que, en el supuesto de no nombrarse a quien ocupa el primer lugar en el orden de méritos, el Consejo podía elegir entre las dos (2) siguientes en el orden de méritos, con obligación de fundamentar claramente las razones por las que no se eligió a la primera.

En el caso, es eso, precisamente, lo que el Tribunal advirtió: un defecto de motivación -no obstante existir un mandato no sólo de la Ley de Carrera Judicial sino de su propio Reglamento de Concursos, aprobado mediante la Resolución N° 281-2010-CNM- respecto de las razones que condujeron al Consejo Nacional de la Magistratura a decidir por el no nombramiento, lo cual, en ningún caso, supuso interferir en las atribuciones constitucionalmente reconocidas a dicho organismo. Distinto sería el caso que el Tribunal hubiera ordenado que se disponga el nombramiento del postulante, cosa que no ocurrió. Por tal razón, estimó que correspondía que, en ejercicio de su función constitucionalmente reconocida, el Consejo emita -en caso nuevamente decida no nombrarlo- un nuevo acuerdo debidamente motivado, lo que suponía que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 154°1 de la Constitución.

Al emitir esta decisión, el Tribunal Constitucional ha ampliado su campo de control sobre las decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura. Ya no sólo revisa las decisiones que emita en materia de ratificación y destitución de jueces y fiscales, sino que ahora también lo hace con respecto a los concursos públicos realizados por dicho ente. La sentencia es trascendente porque supone reiterar, como en más de una oportunidad lo ha establecido el Tribunal, pero en un nuevo ámbito, que “no hay campos, ni zonas, ni islas exentas del control constitucional”.

XIV. Atribución constitucional del Consejo Nacional de la Magistratura de imponer sanciones

Entre las distintas funciones constitucionales que la Constitución le ha atribuido al Consejo Nacional de la Magistratura, destaca aquella referida a su facultad de imponer sanciones prevista en el artículo 154°3, que prescribe su atribución de aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos, y a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias. La resolución final motivada, y con previa audiencia del interesado, es inimpugnable.

Esta facultad constitucional se complementa con aquellas otras funciones que desempeña un órgano constitucional como el Consejo Nacional de la Magistratura dentro de nuestro ordenamiento constitucional; es decir, con la de nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles (artículo 154°1 de la Constitución), con la de ratificar, cada siete años, a los jueces y fiscales de todos los niveles (artículo 154°2 de la Constitución), y con la de otorgar el título oficial que acredita a los jueces y fiscales como tales (artículo 154°4 de la Constitución).

El ejercicio de estas funciones constitucionales ha de hacerse dentro del marco jurídico establecido por la Constitución, la que, en tanto norma jurídico-política, diseña no sólo las facultades de los órganos constitucionales, sino también los límites a su ejercicio. Y esos límites, principalmente, vienen determinados por el principio jurídico de supremacía constitucional –con lo que todo ello implica– y por el respeto de los derechos fundamentales. La irrestricta observancia de uno y otro convierte el ejercicio de las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura en constitucionalmente legítimas; caso contrario, se colisiona el ordenamiento jurídico y se vulneran los derechos de las personas, lo que en un estado constitucional y democrático no puede ser aceptado.

La exigencia de observar estos límites es aún más intensa si de lo que se trata es de ejercer funciones en el ámbito de la imposición de sanciones. En estos casos, los derechos fundamentales se erigen no sólo como facultades subjetivas e instituciones objetivas valorativas, sino también como auténticos límites a la facultad sancionadora de un órgano constitucional. Sólo de esta manera la sanción impuesta incidirá legítimamente en los derechos fundamentales de las personas, pues estos, cuando se trata de imponer sanciones, son, a su vez, garantía y parámetro de legitimidad constitucional de la sanción a imponer.

A juicio del Tribunal Constitucional, en el artículo 154°3 de la Constitución subyace tanto la habilitación al Consejo Nacional de la Magistratura para imponer sanciones, como el límite para tal facultad. En el primer caso, dicho órgano

constitucional está facultado para aplicar la sanción de destitución a los vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos; y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, puede sancionar a los jueces y fiscales de todas las instancias. En el segundo, la Constitución exige que la sanción debe ser impuesta, por un lado, a través de una resolución final debidamente motivada; y, por otro, con previa audiencia del interesado. Sólo en el supuesto de que la sanción haya observado estas dos exigencias constitucionales puede ser considerada legítima.

En lo que toca a la facultad sancionadora del Consejo Nacional de la Magistratura, es la propia Constitución –y no por decisión del Tribunal– la que establece que la resolución que impone la sanción debe estar debidamente motivada. Al respecto, el Colegiado ha establecido en uniforme jurisprudencia que la debida motivación de las resoluciones mediante las que se imponen sanciones no constituye sólo una exigencia formal de las resoluciones judiciales, sino que se extiende a todas aquellas resoluciones –al margen de si son judiciales o no– que tienen por objeto el pronunciamiento sobre los derechos fundamentales, más aún en el ejercicio de una función; es imperativo, entonces, que las resoluciones sancionatorias contengan de una motivación adecuada a derecho, como una manifestación del principio de tutela jurisdiccional e interdicción de la arbitrariedad.

Así, la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones sancionatorias del Consejo Nacional de la Magistratura se cumple cuando dicho órgano fundamenta cumplidamente su decisión de imponer una sanción, lo cual excluye aquellos argumentos subjetivos o que carecen de una relación directa e inmediata con la materia que es objeto de resolución y con la imposición de la sanción misma. En cuanto al segundo presupuesto de legitimidad constitucional, esto es, la previa audiencia del interesado, constituye también una manifestación del derecho a un debido proceso.

Consecuentemente, las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de destitución podrán ser revisadas en sede judicial, en interpretación, contrario sensu, del artículo 154º3 de la Constitución, cuando sean expedidas sin una debida motivación, y sin previa audiencia al interesado.

XV. Las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones

Las siguientes líneas tienen como propósito esencial revisar los criterios de interpretación que del artículo 181º realizó el Tribunal desde sus primeras sentencias²⁹, las razones que justifican el control constitucional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones, la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de

29 Cfr. STC N.º 2366-2003-AA/TC, caso Juan Genaro Espino Espino.

los tratados internacionales y las decisiones de los tribunales internacionales como derecho interno³⁰, los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cooperación entre tribunales internos e internacionales³¹.

Desde ya resulta oportuno precisar, que al pronunciarse en la STC N° 2366-2003-AA/TC (caso Juan Genaro Espino Espino), y aunque en dicha controversia se presentaba un supuesto de irreparabilidad –y por ende, de improcedencia de la demanda– el Tribunal Constitucional optó por fijar, por primera vez, los criterios de interpretación, toda vez que la materia que allí se discutía guardaba directa relación con otra similar respecto de la cual ya se había pronunciado, esto es, la relacionada con la imposibilidad de someter a control las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces³² y que, curiosamente, también está regulada en el mismo artículo 142° de la Constitución³³. En efecto, el Tribunal estableció que no cabe invocar la existencia de campos de invulnerabilidad absoluta al control constitucional, pues aun a pesar de lo dispuesto por los artículos 142° y 181° de la Norma Fundamental, dicho criterio sólo puede considerarse como válido en tanto se trate de funciones ejercidas en forma debida o compatibles con el cuadro de valores materiales reconocido por la misma Constitución. Si la función electoral se ejerce de una forma contraria a los derechos fundamentales o quebrantándose los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional, no sólo resulta legítimo sino necesario el control constitucional, especialmente cuando éste resulta viable a través de mecanismos como el proceso de amparo.

En consecuencia, tampoco podían admitirse como razonables interpretaciones tendientes a convalidar ejercicios irregulares o arbitrarios de las funciones conferidas a los órganos públicos, puesto que un Estado sólo puede predicarse como de derecho cuando los poderes constituidos no sólo se desenvuelvan con autonomía en el ejercicio de sus competencias, sino que, sobre todo, respeten plenamente y en toda circunstancia los límites y restricciones funcionales que la misma Carta establece.

30 Cfr. STC N.º 5854-2005-AA/TC, Caso Pedro Andrés Lizana Puelles.

31 Cfr. STC N.º 2730-2006-AA/TC, Caso Arturo Castillo Chirinos.

32 Cfr. STC N.º 2409-2002-AA/TC, Caso Diodoro Antonio Gonzales Ríos.

33 Cfr. Artículo 142° de la Constitución: “No son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral, ni las del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces”.

XVI. La interpretación del artículo 181° de la Constitución

En función de los principios aludidos en el apartado III supra, es que debe interpretarse el artículo 181° de la Constitución. Sin embargo, el Jurado Nacional de Elecciones persistía en el error conceptual de que sus resoluciones son inatacables aún cuando puedan, eventualmente, resultar vulneratorias de los derechos fundamentales, lo cual, como veremos a continuación, no es cierto. Para ello, defiende la irrevisabilidad de sus resoluciones amparándose en una lectura literal y aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución. Visto desde esa perspectiva, el asunto no merece mayor discusión: cualquier demanda que pretenda atacar una resolución del Jurado Nacional de Elecciones será improcedente. Esa es una lectura facilista y literal pero, a la vez, ilegítima.

Sucede pues que algunos también podrían ceñirse a una lectura literal y aislada del artículo 200°2 de la Constitución, que dispone la procedencia de la acción de amparo contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad (incluido el Jurado Nacional de Elecciones), funcionario o persona que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, cuyo conocimiento, en última y definitiva instancia, corresponde al Tribunal Constitucional, según lo manda el numeral 202°2 de la Norma Fundamental.

¿Y entonces, qué sucede, hay contradicción en la propia Constitución? La lectura aislada y unilateral de estas disposiciones constitucionales pueden llevar, equivocadamente, a concluir la existencia de una contradicción en la Constitución, toda vez que, por un lado, se prohíbe revisar en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones; y, por otro, se habilita el proceso de amparo para cuestionar las decisiones de cualquier autoridad. Si nos ceñimos a una lectura aislada y unilateral de ambas disposiciones constitucionales pareciera que sí hay contradicción, y se llegaría a resultados inconsecuentes con el postulado unitario o sistemático de la Constitución. Es por ello que nunca ha sido ni será válido interpretarlas de manera aislada, pues la Constitución es una unidad, y toda aparente tensión entre sus disposiciones debe resolverse atendiendo a los principios de interpretación constitucional que han quedado expuestos con meridiana claridad en el apartado III, supra, buscando optimizar y generar el equilibrio entre los derechos y principios en juego, y teniendo presente que, en última instancia, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, según lo dispone el artículo 1° de la Norma Fundamental.

Si alguien se siente afectado en sus derechos fundamentales debido a la emisión de una resolución por parte del Jurado Nacional de Elecciones, ¿acaso no puede plantear una demanda de amparo? ¿El artículo 200.2° de la Constitución no lo habilita a ello? Definitivamente que sí. El asunto es en realidad sumamente sencillo, aunque parezca complicado.

Lo anterior venía indiscutiblemente ligado a otro argumento del Jurado Nacional de Elecciones, esto es, el referido a que se generaría una suerte de “avalancha” de demandas de amparo que pondrían en peligro el cronograma y los procesos electorales.

Esto era falso. En principio, porque la experiencia demostró que, en los últimos años el Tribunal Constitucional ha resuelto no más de treinta demandas de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones y, en ningún caso, ello puso en peligro proceso electoral alguno. Es mas, salvo en una causa, que guardaba relación con una declaratoria de vacancia, todas las demás demandas fueron declaradas improcedentes por irreparables³⁴.

Para qué plantear entonces una demanda de amparo contra el Jurado Nacional de Elecciones, si por el paso del tiempo la alegada afectación podrá tornarse en irreparable? Ante tales supuestos, el legislador ha previsto, en el segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional, que “Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda”. Quizá ese era el temor de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones y la razón que motivó el desmedido conflicto entre dicho órgano constitucional y el Tribunal Constitucional ocurrido con ocasión del caso Castillo Chirinos.

La interpretación aislada de los artículos constitucionales bajo análisis resulta manifiestamente contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución y al de corrección funcional, ya que desconoce, por un lado, el carácter jurídico-vinculante de

34 Cfr. STC's N.ºs 0033-1995-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 19/06/1997); 0971-1998-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 25/06/1999); 1420-2002-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 29/01/2003); 1804-2002-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 29/01/2003); 2119-2002-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 27/01/2003); 2346-2002-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 29/01/2003); 2366-2003-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 6/04/2004); 0252-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 28/06/2004); 0571-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 15/07/2004); 2668-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 1/10/2004); 3981-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 27/01/2005); 4543-2004-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 22/03/2004); 1365-2005-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 9/04/2007); 4773-2005-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 22/03/2007); 5396-2005-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 6/09/2005); 5854-2005-AA/TC (infundada la demanda; resolución del 8/11/2005); 7632-2005-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 9/03/2007); 2730-2006-AA/TC (fundada la demanda; resolución del 21/07/2006); 2746-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 27/02/2007); 3285-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 19/01/2007); 3317-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 12/04/2007); 6649-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 12/04/2007); 6901-2006-AA/TC (irreparabilidad; resolución del 27/02/2007).

la Constitución y, por otro, la función de contralor de la constitucionalidad conferida al Tribunal Constitucional (artículo 201° de la Constitución). En efecto, dicha interpretación confunde la autonomía que ha sido reconocida constitucionalmente al Jurado Nacional de Elecciones (artículo 177° de la Constitución) con autarquía, pues pretende que sus resoluciones no sean objeto de control constitucional en aquellos casos en los que resulten contrarias a los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental. Lo que equivaldría a sostener que para ellos, tales principios y derechos no resultan vinculantes.

No existe pues, justificación constitucional alguna para que el Jurado Nacional de Elecciones se encuentre relevado de dicho control; es decir, cuando no respete los derechos fundamentales en el marco del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

XVII. La interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos y las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos como derecho interno

Para efectos de sustentar la tesis de que es posible someter a control las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones a fin de verificar si resultan violatorias, o no, de los derechos fundamentales –a pesar de lo establecido por los artículos 142° y 181° de la Constitución– y, fuera de las razones que hasta ahora se han expuesto, el Tribunal Constitucional también encontró sustento en las interpretaciones que de los tratados internacionales realizan los tribunales internacionales de derechos humanos (Cfr. Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), aunque ello también era desconocido por el Jurado Nacional de Elecciones.

Según lo dispone el artículo 55° de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Quiere ello decir, que los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado.

Asimismo, los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú, y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte, según lo

mandan la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Es también en base a estas consideraciones que correspondía analizarse la aplicación aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución. Por ello el Tribunal Constitucional estableció que el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación que de las mismas hayan realizado los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones.

En criterio del Tribunal, resultó manifiesto que dicha aplicación se oponía (y se opone) a una interpretación de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano y las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, constituidos según tratados de los que el Perú es parte, tal como lo exigen la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En efecto, el artículo 8°1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone que,

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole.”

Mientras que los incisos 1) y 2) de su artículo 25°, refieren que,

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

- a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga el recurso;
- b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y,
- c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que haya estimado procedente el recurso.”

Sobre el particular, en el párrafo 23 de la Opinión Consultiva N° OC-9/87, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que,

“(…) el artículo 25.1 de la Convención es una disposición de carácter general que recoge la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales. Establece este artículo, igualmente, en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley.”

Para posteriormente afirmar, en los Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencias del 26 de junio de 1987, párrafos 90 y 92, respectivamente, que,

“los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25°), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1°), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.”

Asimismo, en el Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú (sentencias del 24 de septiembre de 1999, párrafos 68 y 71), la Corte ha referido que,

“El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención (...).

De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un ` juez o tribunal competente ´ para la ` determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter

materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8° de la Convención Americana.”

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Constitucional encontró que, precisamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos había condenado al estado nicaragüense que, a pesar de haber ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos, permitió que su máximo órgano jurisdiccional electoral se encuentre exento de un control jurisdiccional frente a aquellas decisiones que contravengan los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, en el caso *Yatama vs. Nicaragua* (sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 174, 175 y 176) la Corte Interamericana expuso que,

“Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos.

Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral. Este control es indispensable cuando los órganos supremos electorales, como el Consejo Supremo Electoral en Nicaragua, tienen amplias atribuciones, que exceden las facultades administrativas, y que podrían ser utilizados, sin un adecuado control, para favorecer determinados fines partidistas. En este ámbito, dicho recurso debe ser sencillo y rápido, tomando en cuenta las particularidades del procedimiento electoral.

Por todo lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25.1 de la Convención Americana (...).”

Es por tales razones que el Tribunal Constitucional se vio en el ineludible deber de insistir en el hecho de que una interpretación aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución, pretendiendo que las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral estén exceptuadas de control constitucional a través del proceso

constitucional de amparo, supondría incurrir en una manifiesta irresponsabilidad, ya que situaría al Estado peruano ante la cierta e inminente condena por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al violar el artículo 25.1 de la Convención. Por ende, no sólo era una facultad, sino un deber del Tribunal impedir ello, mediante una adecuada interpretación de los referidos preceptos, de conformidad con la Constitución, los tratados y las decisiones de los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. En consecuencia, interpretar aisladamente los artículos 142° y 181° resultaba incompatible con el artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; con el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; con el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y con los artículos 8° 1 y 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Y es justamente por aplicar literalmente los artículos 142° y 181° de la Constitución que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya había tenido oportunidad de establecer –a través del Informe N.º 119/99, caso 11.428, Susana Higuchi Miyagawa (Perú), del 6 de octubre de 1999, párrafo 55– que:

“En el presente caso, las disposiciones del ordenamiento jurídico peruano (artículos 181 constitucional y 13 de la Ley Orgánica Electoral) tal y como han sido interpretadas por el JNE en su decisión del 18 de enero de 1995 (Oficio N.º 188-95-SG/JNE), implican que cualquier decisión adoptada por el JNE y que pueda afectar los derechos políticos consagrados en la Convención, no son revisables y por tanto, no protegibles en el Derecho Interno.”

En el punto 1 de la parte resolutive de dicho Informe recomendó al Estado peruano,

“Adoptar las medidas tendientes a modificar las disposiciones de los artículos 181 de la Constitución de 1993, y 13 de la Ley Orgánica Electoral, posibilitando un recurso efectivo y sencillo, en los términos del artículo 25° (1) de la Convención, contra las decisiones del JNE que vulneren la garantía a la participación política por parte de los ciudadanos.”

Así, la incompatibilidad de los artículos 142° y 181° de la Constitución con una interpretación sistemática de la misma (principios de unidad, de corrección funcional y eficacia integradora) y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos condujo a implementar la referida recomendación (caso Susana Higuchi). Y es precisamente a partir de dicha recomendación que el Estado peruano adecuó su legislación a los estándares normativos internacionales mediante el artículo 5°8 del Código Procesal Constitucional en su versión originaria, esto es, antes de su modificatoria por la Ley N° 28642, permitiendo un control excepcional de las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones vía los procesos constitucionales.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional estableció que toda interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución que realice un poder público, en el sentido de considerar que una resolución del Jurado Nacional de Elecciones que afecta derechos fundamentales, se encuentra exenta de control constitucional a través del proceso constitucional de amparo, es una interpretación inconstitucional. Consecuentemente, toda vez que dicho órgano electoral emita una resolución que vulnere los derechos fundamentales, la demanda de amparo planteada en su contra resultará plenamente procedente, criterio que, en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se constituyó como precedente vinculante para todos los poderes públicos. Por tanto, todo juez y tribunal de la República –sea que realice funciones estrictamente jurisdiccionales o materialmente jurisdiccionales–, se encuentra vinculado por este criterio, bajo responsabilidad³⁵.

XVIII. Los efectos vinculantes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales

Las obligaciones relativas a la interpretación de los derechos constitucionales no sólo se extienden al contenido normativo de la Convención Americana de Derechos Humanos en sentido estricto, sino a la interpretación que de ella realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus decisiones. En ese sentido, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establece que “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

Sin embargo, la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, al Tribunal Constitucional.

35 Cfr. STC N.º 5854-2005-PA/TC, Fundamento N.º 35 y Punto 2 de la parte resolutive.

El Estado peruano no sólo ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos sino que, en observancia de su artículo 62.1, ha reconocido como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana que le sea sometido (artículo 62.3 de la Convención). Al respecto, la Corte tiene establecido (Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia del 24 de septiembre de 1999, Serie C-Nº 55, párrafos 35, 40 y 49) que,

“La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención (...). El artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal (...), implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional (...). Un Estado que aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana según el artículo 62.1 de la misma, pasa a obligarse por la Convención como un todo (...).”

De aquí se desprende la vinculación directa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y, en general, todos los poderes públicos. La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la seguridad jurídica del Estado peruano.

En ese sentido, por imperio del canon constitucional que era (y es) deber del Tribunal Constitucional proteger, se deriva un deber adicional para todos los poderes públicos: esto es, la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En cuanto a la cooperación entre los tribunales internos y los tribunales internacionales, ello no alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención proscribiera a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”. Ello significa, por ejemplo, que los derechos reconocidos en el ordenamiento interno y la interpretación optimizadora que de ellos realice la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, también es observada por la Corte.

Sobre el particular parece oportuno señalar que cuando el Tribunal Constitucional concluyó, apoyándose, entre tantas otras razones, en la sentencia del caso *Yatama vs. Nicaragua*, que una interpretación aislada de los artículos 142° y 181° de la Constitución suponía incurrir en una irresponsabilidad, ya que se situaba al Estado peruano ante la inminente condena por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al violar el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Jurado Nacional de Elecciones manifestó que dicho pronunciamiento no era aplicable al caso peruano, y lo desconoció alegando que carecía de efecto vinculante.

No obstante lo hasta ahora expuesto en el presente apartado, resulta paradójico, por decir lo menos, que al expedir la Resolución N° 260-2007-JNE, del 21 de diciembre de 2007, el Jurado Nacional de Elecciones haga referencia –en sus Considerandos N°s 153 y 154– a otras sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sin embargo, la del caso *Yatama vs. Nicaragua* la pretende desconocer. Y no sólo eso, sino que lo consignado en los anotados considerandos ha sido extraído, tal cual, de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional recaídos en los Expedientes N.°s 2050-2002-AA/TC (fundamento N° 12) y 0090-2004-AA/TC (fundamento N° 23).

XIX. Consideraciones finales

Los artículos 150° y 154° de la Constitución instituyen al Consejo Nacional de la Magistratura como el órgano constitucional encargado de la selección, nombramiento, ratificación y destitución de los jueces y fiscales. En efecto, de conformidad con los mismos, el Consejo Nacional de la Magistratura constituye el único órgano competente para nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles; ratificar, cada siete años, a los jueces y fiscales de todos los niveles; aplicar la sanción de destitución a los Vocales de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias; y, extender a los jueces y fiscales el título oficial que los acredita como tales, sin perjuicio de las demás atribuciones que su Ley Orgánica le reconoce.

Mientras que el artículo 178°4 de la Constitución instituye al Jurado Nacional de Elecciones como el máximo órgano de administración de justicia electoral del país. Asimismo, de conformidad con el artículo 178°5 de la Norma Fundamental, el Jurado Nacional de Elecciones constituye la única entidad competente para, concluido el proceso electoral, proclamar a los candidatos elegidos y expedir las credenciales correspondientes, sin perjuicio de las demás atribuciones que la Constitución le reconoce.

Por su parte, el Tribunal Constitucional es un órgano constituido sometido a la Constitución y a su ley orgánica. En su función de máximo intérprete constitucional (artículo 201° de la Constitución y artículo 1° de su Ley Orgánica), tiene el deber de integrar todas las normas constitucionales, y otorgar así seguridad jurídica y unidad normativa al derecho constitucional, garantizando el respeto a los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución, conforme al artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Ante la eventual afectación de los derechos fundamentales de la persona, cuya defensa constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1° de la Constitución, el numeral 200°2 de la misma Norma Fundamental ha instituido el proceso de amparo orientado a la defensa de los derechos fundamentales, cuyo conocimiento, en última y definitiva instancia corresponde al Tribunal Constitucional, según lo manda el artículo 202°2, y a la que, por imperio de la Constitución, no puede renunciar.

Y es que conforme a los criterios de interpretación de los artículos 142° y 181° de la Constitución desarrollados por el Tribunal Constitucional, no existe justificación constitucional alguna para que el Consejo Nacional de la Magistratura o el Jurado Nacional de Elecciones se encuentren relevados de dicho control; es decir, cuando no respeten los derechos fundamentales en el marco del debido proceso y la tutela

jurisdiccional efectiva.

Ello no supone atentar contra las competencias que la Constitución, en el artículo 178º, le ha otorgado al Jurado Nacional de Elecciones, ni las que le ha otorgado al Consejo Nacional de la Magistratura en el artículo 154º, sino tan sólo ejercer las competencias que la Constitución otorga al Tribunal Constitucional en materia constitucional. No se trata pues de una superposición de funciones, sino de delimitar clara y correctamente las competencias que la Constitución ha conferido a cada uno de los órganos constitucionales (principio de corrección funcional).

El Tribunal Constitucional ha entendido legítimo que el Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones defiendan las competencias que consideran necesarias para el mejor desempeño de sus funciones en tanto sus calidades de órganos constitucionales y, en ese sentido, es respetuoso de dichas condiciones y de las atribuciones que la Norma Fundamental les otorga, las cuales no sólo ha reconocido, sino que tiene el deber de garantizar.

Sin embargo, resulta inadecuado que dicha defensa pretenda realizarse a costa de la plena vigencia de los derechos fundamentales, cuya protección, en última instancia, corresponde al Tribunal Constitucional, y a la que, por imperio de la Constitución, no puede renunciar.

