

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

**LA ESPECIAL
TRASCENDENCIA
CONSTITUCIONAL**

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

© CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros núm. 209 · San Isidro · Lima

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
La especial trascendencia constitucional
Nº 8 · Nueva Época · Octubre / 2015
Director: Carlos Ramos Núñez

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 99-3844
ISSN: 2222-0615

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta
obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright.

Impreso en Perú
Tiraje: 500 ejemplares

Impresión: Q&P Impresiones S. R. L.
Av. Ignacio Merino núm. 1546
Lince · Lima

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DEL PERÚ**

Presidente

Óscar Urviola Hani

Vicepresidente

Manuel Miranda Canales

Magistrados

Ernesto Blume Fortini

Carlos Ramos Núñez

José Luis Sardón de Taboada

Marianella Ledesma Narváez

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera



**REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

Director

Carlos Ramos Núñez

Consejo Editorial

Jimmy Marroquín Lazo

Nadia Iriarte Pamo

Susana Távara Espinoza

Jorge León Vásquez

Edgar Carpio Marcos

Javier Adrián Coripuna

Luis Sáenz Dávalos

Contenido

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i>	17
Especial trascendencia constitucional	
ÓSCAR URVIA HANI <i>Los conceptos de «contenido constitucionalmente relevante» y «especial trascendencia constitucional» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i>	25
ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA <i>La «especial trascendencia constitucional» como causal para el rechazo liminar de recursos de agravio en el Perú</i>	41
FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA <i>Razones para comprender la «especial trascendencia constitucional» en el precedente vinculante del Tribunal Constitucional</i>	57
ANÍBAL QUIROGA LEÓN <i>El régimen del recurso de agravio constitucional, los precedentes y las sentencias interlocutorias</i>	75
CÉSAR LANDA ARROYO <i>Límites y alcances de la «especial trascendencia constitucional»</i>	89
EDWIN FIGUEROA GUTARRA <i>La exigencia de «especial trascendencia constitucional» en el ordenamiento constitucional peruano. Indeterminación y reconstrucción del precedente vinculante 0987-2014-PA/TC</i>	111
EDGAR CARPIO MARCOS <i>El rol del Tribunal Constitucional: balances, problemas y perspectivas a partir de un precedente</i>	133

BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES	
<i>La «especial trascendencia constitucional» del RAC y su relación con las causales de improcedencia de los procesos constitucionales</i>	181
JUAN MANUEL SOSA SACIO	
<i>El requisito «especial trascendencia constitucional» como rechazo in limine exigido por la Constitución</i>	191
RAÚL GUTIÉRREZ CANALES	
<i>La «especial trascendencia constitucional»: un análisis desde el derecho comparado y la legitimidad del derecho constitucional</i>	213

Discursos

ÓSCAR URVIOLA HANI	
<i>Presidente del Tribunal Constitucional</i>	241
MANUEL MIRANDA CANALES	
<i>Vicepresidente del Tribunal Constitucional</i>	249
JOSÉ LUIS SARDÓN DE TABOADA	
<i>Magistrado del Tribunal Constitucional</i>	251

Miscelánea

FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA	
<i>Poesía y derecho constitucional</i>	257
ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ	
<i>El derecho fundamental de libertad religiosa en la Constitución del Perú y su desarrollo jurisprudencial</i>	265
JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN	
<i>La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico</i>	313

MARCO OLIVETTI	
<i>El dilema del prisionero. Reflexiones críticas sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de voto de los condenados</i>	335
Jurisprudencia comentada	
JIMMY MARROQUÍN LAZO	
<i>El caso Rosalía Huatuco. Comentario a la STC N° 05057-2013-PI/TC, de fecha 16 de abril de 2015</i>	381
SUSANA TÁVARA ESPINOZA	
<i>Demandada de amparo laboral sobre restitución del cargo. Comentario a la STC N° 02383-2013-PA/TC, de fecha 12 de mayo de 2015</i>	385
Reseñas	
NADIA IRIARTE PAMO	
<i>El control constitucional del poder</i>	391
JIMMY MARROQUÍN LAZO	
<i>Cuestiones constitucionales</i>	395
JERJES LOAYZA JAVIER	
<i>Justicia, derecho y sociedad. Debates interdisciplinarios para el análisis de la justicia en el Perú</i>	397
ROGER VILCA APAZA	
<i>Historia y evolución de la actividad jurisdiccional</i>	401

Presentación

CARLOS RAMOS NÚÑEZ

*Director del Centro de Estudios Constitucionales
y de la Revista Peruana de Derecho Constitucional*

Llegar a la octava edición de una publicación en un contexto como el nuestro, poco amigable para empresas intelectuales de envergadura es, de suyo, un hecho que siempre debe celebrarse; y más si esto representa una continuidad que trasciende gestiones individuales y fija una consistencia institucional (la del Tribunal Constitucional, como entidad que, además de su propia labor jurisdiccional, ha devenido, por virtud de esta labor editorial y su continua convocatoria al diálogo académico, en elemento de referencia ineludible para evaluar el estado de cosas del constitucionalismo contemporáneo, y no solo peruano). La *Revista Peruana de Derecho Constitucional* (RPDC) es la expresión cabal de la presencia relevante que el Tribunal Constitucional (TC), a través de su Centro de Estudios Constitucionales (CEC), encargado de la edición de la revista, ha adquirido en la difusión y discusión de los temas más importantes de la doctrina constitucional y de los derechos fundamentales.

17

La elección del tema monográfico para este número estuvo signada por la coyuntura de someter a debate, a través de la elucidación efectuada por reconocidos académicos y especialistas del constitucionalismo, el precedente vinculante establecido por el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 00987-2014-PA/TC (conocido como caso «Vásquez Romero»), de crucial importancia para la gestión jurisdiccional de la justicia constitucional. Dada la trascendencia del precedente se justificaba la convocatoria para su análisis, su validación, y también, claro está, su cuestionamiento; ello dentro de un clima de pluralismo y tolerancia, bajo el tenor de que la reflexión honda, creativa y de signo diverso no solo es la cifra de la insobornable expresión de ideas, sino que también es la prerrogativa que acrecienta las fronteras del conocimiento.

El repertorio de colaboradores es nutrido y valioso. En el primer artículo de la sección monográfica, el magistrado Óscar Urviola Hani, presidente del TC, examina con rigor y especial penetración los conceptos de «contenido constitucionalmente relevante» y «especial trascendencia constitucional» en la jurisprudencia del TC. Así, pone de manifiesto que el caso Anicama constituye una sentencia fundamental en la interpretación del inciso 2 del artículo 200º de la Constitución, pues en ella el TC consideró que el contenido directamente protegido de un derecho fundamental, como presupuesto procesal, no solo era inherente a todo proceso constitucional, sino que también el legislador lo había previsto en el artículo 5º, inciso 1, y en el artículo 38º del Código Procesal Constitucional. Concluye que el precedente establecido en el caso Vásquez Romero parte de una premisa que ya se había fijado en la decisión del caso Lagomarcino Sánchez; esto es, que para la concesión del recurso de agravio constitucional no es suficiente la observancia de los presupuestos formales, sino que, además, el derecho cuya afectación se aduce, debe tener relación con el contenido constitucional protegido. El magistrado del TC, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, examina, en detalle y con erudición, cómo se ha ido configurando, a nivel jurisprudencial, el concepto «especial trascendencia constitucional», y cómo ha repercutido, para ello, la nueva forma de comprender los alcances de la Constitución, cuyo canon central es el reconocimiento y la tutela satisfactoria, célebre y eficaz, de los derechos fundamentales. Esta nueva orientación hermenéutica es propia del constitucionalismo contemporáneo, que se grafica en fenómenos tales como la constitucionalización del derecho, la convencionalización del derecho y la constitucionalización de la política, lo que ha obligado a jueces y tribunales constitucionales del mundo a replantear la naturaleza de su función jurisdiccional, y adecuarse a esta realidad perentoria. El autor, asimismo, da cuenta, a través de la revisión de algunas sentencias interlocutorias expedidas por el TC después del precedente Vásquez Romero, de cómo es que el TC ha ido dotando de sentido y contenido al concepto «especial trascendencia constitucional» –que detentaría una supuesta indeterminación– con criterios de rechazo liminar del recurso de agravio constitucional (RAC) tales como: existencia de una vía ordinaria igualmente satisfactoria, sustracción de la materia, insuficiencia probatoria, no afectación del contenido constitucional protegido, entre otros, que denotarían, respecto a los RACs planteados, su carencia de trascendencia constitucional y, por ende, el diferimiento de una tutela urgente. Francisco Távara Córdova, presidente del Jurado Nacional de

Elecciones, detalla, con agudeza, la génesis del concepto «especial trascendencia constitucional» en la jurisprudencia comparada, y cómo se ha ido edificando, con diferencias cualitativas notorias, en la experiencia española y norteamericana; indaga, asimismo, cuál es la naturaleza de este concepto y subraya, con gran sentido crítico, que antes que un requisito procedural, es una guía para la motivación en sede judicial. Así, el autor sostiene que este concepto, mucho más que una enunciación indeterminada, que podría promover una discrecionalidad judicial, tiene la naturaleza de una *norma-principio*, que tiene como fin afrontar la onerosa carga procesal y su aplicación solventaría la seguridad jurídica, pues tornaría predecible la jurisprudencia, aunque para ello requiere que los jueces motiven y justifiquen su aplicación, para dotarla de legitimidad. César Landa Arroyo, expresidente del TC, analiza, con criterio exhaustivo y talante crítico, los límites y alcances de la «especial trascendencia constitucional», y remarca que el precedente Vásquez Romero tuvo como antecedentes otros precedentes del TC, que también imponían requisitos para la procedencia del RAC; no obstante, en este caso reciente, ha añadido causales que no tienen un desarrollo jurisprudencial suficiente, por lo que haría bien el TC en precisar sus límites, a efectos de evitar la discrecionalidad y la arbitrariedad. Ello sería aún más exigible en el caso de la «especial trascendencia constitucional», pues, dada su alta indeterminación y su naturaleza controvertida, a la luz de la experiencia española, requeriría de una mayor motivación para justificar su utilización. El autor previene, en todo caso, contra la eventual indefensión del justiciable que acarrearía el propósito de aminorar la carga procesal a través de la implementación de la sentencia interlocutoria. Edwin Figueroa Gutarra procede a evaluar, con lucidez y detenimiento, la exigencia de «especial trascendencia constitucional» sobre la base de dos premisas: una, que la fuente normativa y jurisprudencial de esta figura es el ordenamiento español, y más precisamente la LO 6/2007 y la STC 155/2009 del Tribunal Constitucional español; y otra, que la construcción de precedentes debe contemplar también, como elemento imprescindible, la gestión de los jueces del Poder Judicial, pues estos son garantes de los derechos fundamentales y primeros bastiones de defensa de los derechos tutelados por la Constitución. Edgar Carpio Marcos se aboca, con versación y suficiencia, a efectuar un balance y un análisis prospectivo de la labor del TC, a lo largo de su historia; y, a propósito del precedente Vásquez Romero, anota que el TC ha precisado las causales de improcedencia previstas en el Código Procesal Constitucional, a efectos de verificar

que estas hayan sido satisfechas al interponerse el RAC, lo que le procuraría un espacio para tutelar, oportuna y adecuadamente, los derechos en los casos donde existan pretensiones relevantes. Previene, no obstante, contra el riesgo de que el TC se conforme con implementar un mero mecanismo de descarga procesal y desperdicie la ocasión de profundizar en aquellos casos que exigen un pronunciamiento sustantivo y oportuno. Berly López Flores se interesa en dilucidar la «especial trascendencia constitucional» y su relación con las causales de improcedencia de los derechos constitucionales, y concluye, entre otras interesantes reflexiones, en que, si bien cuando se interpone un RAC, la Constitución obliga al TC a pronunciarse en última y definitiva instancia, no lo obliga a estimar el RAC por el fondo, ni tampoco a declarar fundadas todas las demandas constitucionales. El TC cumpliría con tal exigencia si se pronuncia sobre el RAC por la forma (con una sentencia interlocutoria denegatoria o un auto de improcedencia), o por el fondo (estimando o desestimando una demanda constitucional). Asimismo, enfatiza que el hecho de que la emisión de una sentencia interlocutoria denegatoria prescinda de la vista de la causa, aliviaría la actividad jurisdiccional del TC, pues ello le permitiría concentrarse en las causas que revistan especial trascendencia constitucional. Juan Manuel Sosa Sacio se impone estudiar la figura de la «especial trascendencia constitucional» desde la experiencia del TC, como una respuesta propia a una exigencia fijada espacial y temporalmente e intransferible, a la luz de la legitimación que le confiere la Constitución. No se propone una perspectiva comparatista; por el contrario, la elucidación de esta figura se apoya en lo que dispone la Constitución (a través de supuestos de rechazo liminar allí contenidos) y la jurisprudencia atinente que ha emitido el TC. Concluye entonces en que la «especial trascendencia constitucional» se referiría a aquello que merece ser llevado al amparo por tratarse de asuntos trascendentales según la Constitución. Finalmente, Raúl Gutiérrez Canales examina con rigor la «especial trascendencia constitucional» y conviene en que su introducción apunta a consolidar una justicia constitucional adecuada mediante la restricción razonable y objetiva del acceso al RAC. Ello tendría un efecto disuasorio (que no lleguen al TC causas manifiestamente improcedentes que obstaculicen o retarden su labor). Alerta, sin embargo, los riesgos de su indeterminación, ante lo cual cobraría importancia decisiva el desarrollo jurisprudencial interpretativo, que ha de ser progresivo en la instauración de criterios resolutivos.

La revista se enriquece con los discursos vertidos por el presidente del TC, Óscar Urviola Hani, con motivo del decimonoveno aniversario de nuestra institución, y por el magistrado Manuel Miranda Canales, vicepresidente del TC, con motivo de la juramentación de los magistrados electos para ocupar esta alta corte; asimismo, se publica la juiciosa e informada ponencia que el magistrado del TC José Luis Sardón de Taboada presentó en el Conversatorio Internacional «Los derechos humanos en el siglo XXI: ¿qué significa ser humano? Una mirada interdisciplinaria».

La sección Miscelánea presenta el interesante artículo «El derecho fundamental de libertad religiosa en la Constitución del Perú y su desarrollo jurisprudencial» de Óscar Díaz Muñoz, secretario relator de nuestra institución, desplegado con un temple acucioso y exhaustivo. Por otro lado, en «La tragedia de Charlie Hebdo: algunas claves para un análisis jurídico», Javier Martínez-Torrón, con singular sapiencia, nos insta a analizar este evento horroso –en el que perecieron, víctimas del fanatismo irracional, doce personas, entre periodistas y ciudadanos franceses– desde el equilibrio y la serenidad propia del jurista, que no cede al apasionamiento político pero tampoco a la trivialización de un hecho que confronta y cuestiona, radicalmente, nuestra entraña humana. Finalmente, Marco Olivetti, en «El dilema del prisionero», con erudición vasta, propone un conjunto de macizas reflexiones críticas sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de voto de los condenados.

21

Como secciones finales, la revista ofrece los acostumbrados comentarios jurisprudenciales, a propósito de sentencias relevantes emitidas por el TC, y las reseñas de los libros publicados este año por el CEC, a cargo de asesores jurisdiccionales y colaboradores de nuestra institución.

Esta es, acaso, la primera vez que, a través de su órgano oficial –la RPDC– el TC somete a escrutinio crítico un precedente vinculante propio; acto que, sin obviar la propuesta de tolerancia y pluralidad que apareja, sin duda alguna fortalece la comprensión de una decisión que estará siempre supeditada a la contingencia de su imperfección. El debate formará siempre parte de una figura de esta naturaleza, porque, parafraseando a Kant (esa mente privilegiada), la consistencia de un concepto se medirá siempre por la cantidad de incertidumbres que es capaz de soportar. Agradecemos profun-

damente a los académicos y especialistas que han contribuido, con sus artículos e investigaciones, cuya sugerión ha sido proporcional a su hondura, a que este número de la RPDC sea posible. Su lectura, incitadora y heteróclita, me hace cada vez más convencido de que la riqueza de la que uno ha de presumir (Borges *dixit*) no es la de las certezas, sino la de las perplejidades.

ESPECIAL TRASCENDENCIA
CONSTITUCIONAL

Los conceptos de «contenido constitucionalmente relevante» y «especial trascendencia constitucional» en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

✉ ÓSCAR URVIOLA HANI*

Sumario:

1. Introducción;
2. El concepto de «contenido constitucionalmente relevante»;
3. Recurso de agravio constitucional y contenido esencial;
4. A modo de conclusión: el concepto de «especial trascendencia constitucional».

1. Introducción

La declaración de improcedencia de las demandas, sobre todo en el ámbito de los denominados procesos constitucionales de la libertad, en aplicación del concepto del *contenido constitucionalmente relevante*, se ha hecho frecuente. Ya desde la sentencia del caso Anicama¹ se había establecido que el proceso de amparo, por ejemplo, solo procedía en el caso de una afectación directa de los derechos fundamentales (expresos o implícitos), lo que exigía determinar si la supuesta intervención considerada inconstitucional incidía o no en el ámbito directamente protegido de un derecho fundamental. En la decisión del caso Lagomarcino Sánchez² el Tribunal Constitucional (TC) precisó la naturaleza del recurso de agravio constitucional y su procedencia en aplicación del *contenido constitucionalmente relevante*. Y más recientemente el TC, en el caso Vásquez Romero³, ha aplicado la idea de la *especial trascendencia constitucional*, que tiene una relación directa con

25

* Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. Fue diputado por Arequipa, decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María y del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa. Doctor en derecho y maestro de derecho de la empresa.

¹ STC 1417-2005-AA/TC.

² STC 2877-2005-PHC/TC.

³ STC 00987-2014-PA/TC.

el contenido constitucionalmente relevante de los derechos fundamentales. El presente artículo tiene como objeto, por ello, realizar una reseña de las mencionadas sentencias y al mismo tiempo una breve valoración de su aplicabilidad.

2. El concepto de «contenido constitucionalmente relevante»

El inc. 2 del art. 200º de la Constitución establece que el proceso de amparo procede contra el acto u omisión, por parte de cualquier persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución, distintos de aquellos protegidos por el hábeas corpus (libertad individual y derechos conexos) y el hábeas data (acceso a la información y autodeterminación informativa). Es presupuesto para la procedencia del proceso de amparo (y en general, de cualquier proceso constitucional), en consecuencia, que el derecho invocado sea uno reconocido directamente por la Constitución.

El caso Anicama constituye una sentencia fundamental en la interpretación de dicha disposición constitucional. En dicha sentencia el TC consideró que el *contenido directamente protegido* de un derecho fundamental, como presupuesto procesal, no solo era inherente a todo proceso constitucional, sino que también el legislador lo había previsto en el inc. 1 del art. 5º y en el art. 38º del Código Procesal Constitucional⁴. ¿Pero en qué consiste este concepto? ¿Se trata de un concepto sustantivo o procesal?

Si se admite que el proceso de amparo procede únicamente en casos de afectación directa de los derechos fundamentales, se debe determinar entonces, en primer lugar, si la afectación por acción u omisión incide realmente sobre el ámbito que resulta directamente protegido por dicho derecho. Este presupuesto procesal, consustancial a la naturaleza de todo proceso constitucional, ha sido advertido por el legislador del Código Procesal Constitucional tanto en el inc. 1 del art. 5º como en el art. 38º del Código Procesal Constitucional. El primero señala que una demanda de amparo no procede si «los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al *contenido constitucionalmente protegido* del derecho invocado». El segundo,

⁴ STC 1417-2005-AA/TC, fundamento 8.

Los conceptos de «contenido constitucionalmente relevante»...

que una demanda de amparo no procede «en defensa de un derecho que carece de *sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo*».

De acuerdo con el criterio utilizado por el TC tales disposiciones no serían propiamente nuevas reglas de procedencia para los procesos constitucionales denominados de la libertad, sino solo una precisión legislativa de una característica que es inherente a la naturaleza de los procesos constitucionales⁵. En efecto, en tanto procesos constitucionales, el hábeas corpus, el amparo y el hábeas data, solo pueden encontrarse habilitados para proteger derechos de origen constitucional y no así para defender derechos de origen legal. Aquí puede distinguirse entre el sustento constitucional directo de un derecho fundamental y el contenido constitucionalmente protegido propiamente dicho⁶.

Con respecto a lo primero debe decirse que existen determinados derechos de origen internacional, legal, consuetudinario, administrativo o contractual que carecen de fundamento constitucional directo y que, consecuentemente, no son susceptibles de ser protegidos a través del proceso de amparo. La noción de «sustento constitucional directo» a que hace referencia el art. 38º del Código Procesal Constitucional no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Se refiere, por lo contrario, a una protección de la Constitución en sentido material, en la que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (art. 55º de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarto Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran⁷.

Tales disposiciones conforman el denominado canon de control constitucional o «bloque de constitucionalidad». De ahí que, según el art. 79º de la Constitución, la apreciación de la validez constitucional de las normas se realiza considerando las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar el ejercicio de los

⁵ *Ibid.*

⁶ STC 1417-2005-AA/TC, fundamento 9.

⁷ *Ibid.*

derechos fundamentales. Ahora bien, un derecho fundamental tiene sustento constitucional directo cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Es decir, existe un criterio de delimitación de ese marco de protección que puede ser un marco de delimitación abierta o amplio o, por lo contrario, preciso. De modo que un derecho puede tener un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa establecida por el poder constituyente⁸.

La distinta eficacia de las disposiciones constitucionales da lugar a que estas puedan ser divididas entre *normas-regla* y *normas-principio*. Mientras que las primeras se identifican con mandatos concretos de carácter autoaplicativo y son, consecuentemente, judicializables, las segundas constituyen mandatos de optimización, normas abiertas de eficacia diferida, que requieren de la intermediación de la fuente legal, para alcanzar plena concreción y ser susceptibles de judicialización. En tal perspectiva, existen determinados derechos fundamentales cuyo contenido constitucional directamente protegido, requiere ser delimitado por la ley, sea porque así lo ha previsto la propia Constitución o en razón de su propia naturaleza. Tales leyes reciben el nombre de leyes de configuración de derechos fundamentales⁹.

Los derechos fundamentales que requieren de una configuración legal no carecen de un contenido por sí mismo inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental. Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos sin contenido, es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo¹⁰.

⁸ STC 1417-2005-AA/TC, fundamento 10.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ STC 1417-2005-AA/TC, fundamentos 11-12.

Los conceptos de «contenido constitucionalmente relevante» y...

Aquí nos encontramos frente al principio de *libre configuración de la ley por el legislador*. En tal sentido, este goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de los límites constitucionales. En ese sentido el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental solo resulta válido en la medida de que el contenido esencial se mantenga incólume¹¹.

En lo que respecta al contenido constitucional protegido cabe decir que su determinación nunca se puede realizar *a priori*. Para ello se requiere un análisis sistemático del conjunto de bienes constitucionales, en el que la dignidad humana juega un rol importante y al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona. El TC ha distinguido entre el *contenido no esencial*, en el que está permitida la intervención del legislador con la finalidad de proteger otros valores constitucionales; y el *contenido esencial*, se considera intangible para el legislador¹². En ese sentido, todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce a su contenido esencial, pues todo límite al derecho fundamental solo resulta válido en la medida que no sea afectado el contenido esencial. Este es al final una concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan.

29

Ahora bien. Es verdad que el concepto de contenido esencial ha sido un desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales con la finalidad de evitar un vaciamiento de su contenido por parte del legislador. Es decir, se trata de una categoría, en principio, sustantiva. Sin embargo, en la jurisprudencia del TC aparece no solo como parte de la teoría de los derechos fundamentales, sino también como criterio de procedencia de las demandas de amparo. Su dimensión procesal complementa así su dimensión material. Los fundamentos esgrimidos por el TC son en parte justificados. El TC persigue con la aplicación del concepto de contenido constitucionalmente relevante

¹¹ STC 1417-2005-AA/TC, fundamento 12.

¹² STC 1417-2005-AA/TC, fundamentos 20-22.

el afianzamiento de sus funciones de valoración, ordenación y pacificación¹³. Estas tareas solo pueden concretizarse en el ámbito de los procesos constitucionales cuando se racionalizan los criterios de procedencia, que deben ser siempre acordes con la naturaleza de urgencia del proceso de amparo.

El caso Anicama bien puede constituir un ejemplo de lo señalado. En efecto, el TC se valió del concepto de contenido esencial para determinar la procedencia de demandas de amparo, a partir precisamente de la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, reconocido en el art. 11º de la Constitución. En aplicación del principio de autonomía procesal el TC estableció reglas procesales generales que puedan aplicarse posteriormente a casos similares, siempre que estas reglas tengan como finalidad perfeccionar el proceso constitucional y se encuentren limitadas por el principio de separación de poderes.

La aplicación de la categoría del contenido esencial determinaba así que las pretensiones no relacionadas con el contenido constitucional directamente protegido por el derecho fundamental debían declararse improcedentes. Sin embargo es necesario precisar que una eventual desestimación de una demanda por improcedente no significa una desprotección absoluta de la pretensión no relacionada con el contenido directamente protegido por el derecho fundamental, sino una derivación a otro proceso a efectos de que se dilucide el asunto controvertido¹⁴.

Como resultado parcial se puede precisar pues que el contenido esencial ha servido no solo como una categoría sustantiva del desarrollo de los derechos fundamentales, sino también como un criterio procesal de racionalización tanto de las funciones del TC como de los procesos constitucionales mismos.

3. Recurso de agravio constitucional y contenido esencial

En los procesos constitucionales de la libertad se puede apreciar con claridad como el recurso de agravio constitucional constituye una herra-

¹³ STC 1417-2005-AA/TC, fundamento 48.

¹⁴ STC 1417-2005-AA/TC, fundamento 50.

Los conceptos de «contenido constitucionalmente relevante» y...

mienta procesal para garantizar la supremacía constitucional prevista en el art. 51º de Constitución¹⁵. Para establecer los principios de la intervención del TC en los procesos constitucionales de la libertad, en el caso Lagomarcino Sánchez el TC ha sentado algunas premisas respecto al recurso de agravio constitucional.

La Constitución es la norma fundamental del ordenamiento jurídico, ordena los poderes del Estado y establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales. En virtud del principio de supremacía constitucional, se le considera como la norma jerárquicamente superior, por encima de las demás normas que posee el ordenamiento jurídico. Al ser *lex superior* define el sistema de fuentes formales del derecho y aparece como la expresión de una intención fundacional, configuradora de un sistema entero que en ella se asienta, teniendo así una pretensión de permanencia. Desde una perspectiva kelseniana, dentro de la pirámide normativa, la Constitución es la norma primordial de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto. Su reconocimiento normativo ha supuesto que no tenga únicamente un carácter declarativo sino, también, una vinculación con carácter obligatorio sobre los destinatarios¹⁶. Sobre ella descansa el ordenamiento jurídico; es por ello que todas las demás normas se deben someter de manera irrestricta a la Norma Fundamental, además de buscar la garantía de los derechos fundamentales.

31

En nuestro sistema de protección constitucional se establece, de acuerdo con el art. IV del Código Procesal Constitucional, que el control de constitucionalidad está a cargo tanto del Poder Judicial como del TC, y ambos deben seguir lo que ha sido señalado por la Constitución. En este sentido, la protección de ciertos derechos importa la necesidad de una tutela urgente, ya que la afectación real o amenaza inminente comprometen la vigencia de la integridad del sistema constitucional¹⁷. Por ende, en nuestro ordenamiento se ha creído conveniente que solo existan dos grados que se encarguen de determinar la vulneración de un derecho, con la salvedad del recurso de agravio constitucional.

¹⁵ STC 2877-2005-PHC/TC, fundamento 3.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ STC 2877-2005-PHC/TC, fundamento 4.

No son adecuados para la tutela de derechos fundamentales los procesos de carácter ordinario. Es por ello que se requiere de una tutela jurisdiccional de urgencia, que se expresa mediante procesos más breves y eficaces. Al respecto el TC ha distinguido entre la *tutela de urgencia cautelar*, dentro de un proceso principal y que está destinada a impedir que el transcurso del tiempo convierta en imposible la realización del mandato de la sentencia; y la *tutela de urgencia satisfactiva*, que comporta el uso de remedios procedimentales breves, bajo el supuesto de la amenaza de un derecho cuya supervivencia depende de la rapidez con que se brinde la protección jurisdiccional¹⁸. Por tanto, los procesos constitucionales de la libertad, previstos por el art. 200º de la Constitución, están referidos primordialmente a la tutela de urgencia, ya que buscan proteger, eficazmente, los derechos fundamentales.

El proceso constitucional tiene como objetivo, en efecto, asegurar el funcionamiento adecuado del orden constitucional y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, tal como lo ha previsto el art. II del Código Procesal Constitucional que dice: «Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales». De esta manera, el diseño del proceso constitucional se orienta a la tutela de dos distintos tipos de bienes jurídicos: la eficacia de los derechos fundamentales y la constitucionalidad del derecho objetivo, toda vez que de por medio está siempre la garantía de la supremacía constitucional. Y es que, gracias a ello, este Colegiado cumple sus funciones esenciales, tanto reparativas como preventivas, según el art. 2º del Código Procesal Constitucional¹⁹. La afectación de un derecho o de una norma constitucional supone una alteración del ordenamiento jurídico constitucional. La reposición a su estado anterior (pacificación) es pues una tarea fundamental de la jurisdicción constitucional y dentro de esta el recurso de agravio constitucional constituye un elemento fundamental²⁰.

Solo entendiendo el auténtico carácter de los procesos constitucionales es posible advertir que en ellos se presentan diversos tipos de medios impugnatorios, aunque básicamente el TC se centra en lo que se conocen como

¹⁸ STC 2877-2005-PHC/TC, fundamento 4.

¹⁹ STC 2877-2005-PHC/TC, fundamento 5.

²⁰ *Ibid.*

Los conceptos de «contenido constitucionalmente relevante» y...

recursos, descartando para el caso concreto los remedios²¹. El recurso más tradicional es aquel por el cual, una vez que la sentencia de primera instancia ha sido emitida, las partes del proceso tienen la posibilidad de apelarla. Más aún, el constituyente ha considerado pertinente establecer para el caso de los procesos constitucionales de la libertad un recurso específico: el recurso de agravio constitucional.

El recurso de agravio constitucional tiene su fundamento jurídico en el inc. 2 del art. 200º de la Constitución, según el cual es una atribución del TC conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. El antes denominado recurso extraordinario²², viene a ser ahora el recurso de agravio constitucional presentado ante el TC y que procede contra aquella resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda. Pero el recurso de agravio constitucional también se sustenta jurídicamente en el inc. 6 del art. 139º de la Constitución, que garantiza el acceso de los justiciables a la pluralidad de grados como garantía de justicia. Asimismo, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo art. 8º.h señala que toda persona tiene derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior²³.

33

Al respecto, el TC se ha pronunciado sobre el derecho a la pluralidad de grados y el derecho al acceso a los recursos, considerándolos como parte de la doctrina procesal de la naturaleza de los medios impugnatorios. Se ha llegado a establecer, por ejemplo²⁴, que el derecho a la pluralidad de instancias garantiza que los justiciables, en la sustanciación de un proceso, cualquiera sea su naturaleza, puedan recurrir las resoluciones judiciales que los afectan ante una autoridad jurisdiccional superior.

Dado que la Constitución no ha establecido cuáles son esas instancias, el principio constitucional se satisface estableciendo cuando menos una doble instancia; y, en esa medida, permitiendo que el justiciable tenga posibilidad de acceder a ella mediante el ejercicio de un medio impugnatorio.

²¹ STC 2877-2005-PHC/TC, fundamento 6.

²² Art. 41º de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 26435.

²³ STC 2877-2005-PHC/TC, fundamento 7.

²⁴ Véase la STC 0604-2001-HC/TC.

La Constitución tampoco ha establecido qué tipo de resoluciones pueden impugnarse²⁵. Y aunque el art. 82º.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos haya establecido que la pluralidad de instancias solo comprende al fallo, considera el Tribunal que el derecho a recurrir las resoluciones judiciales no solo se refiere a las sentencias, sino también a los autos.

Sin embargo, como sucede con todo derecho constitucional, el derecho de acceso a los medios impugnatorios no es un derecho cuyo ejercicio pueda considerarse absoluto, pues puede ser objeto de limitaciones constitucionales, siempre que con ellas se busque preservar otros derechos, bienes o principios constitucionales, y que estas sean razonables. La razón de ser de un medio impugnatorio radica en el reconocimiento de la falibilidad de los jueces como accidente posible en el proceso²⁶. Ello autoriza la intervención de otro órgano jurisdiccional. Justamente, en la actuación que le corresponde al TC se debe advertir cuál es la motivación que amerita su intervención: garantizar la supremacía constitucional y la eficacia de los derechos fundamentales.

34

Ahora bien, los recursos, por su naturaleza, pueden tener dos tipos de efectos: los que se deducen de la simple interposición del recurso, y los que se deducen de la decisión del medio impugnatorio²⁷. En esta última categoría se encuentra el recurso de agravio constitucional. Entre los primeros efectos, encontramos que solo la interposición de los recursos interrumpe la producción de la cosa juzgada, por lo que la resolución dictada y sometida a impugnación, no adquiere la calidad de firme.

En nuestro ordenamiento jurídico, una de las garantías de la administración de justicia consagrada constitucionalmente es la reconocida en el inc. 2 del art. 139º, en lo que concierne a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. En consecuencia, lo que se establezca en una sentencia o resolución que ponga fin al proceso debe ser respetado, y no puede ser objeto de nueva revisión, salvo las excepciones previstas. Asimismo, se debe proteger expresamente el principio de cosa juzgada, así como el correspon-

²⁵ STC 2877-2005-PHC/TC, fundamento 8.

²⁶ STC 2877-2005-PHC/TC, fundamento 11.

²⁷ STC 2877-2005-PHC/TC, fundamento 12.

diente a la seguridad jurídica y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva²⁸. El art. 139º de la Constitución establece por ello que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.

La protección mencionada se concreta en el derecho que corresponde a todo ciudadano de que las resoluciones judiciales sean ejecutadas o alcancen su plena eficacia en los propios términos en que fueron dictadas; esto es, respetando la firmeza e intangibilidad de las situaciones jurídicas allí declaradas²⁹. Lo contrario significaría desconocer la cosa juzgada material, privando de eficacia al proceso y lesionando la paz y seguridad jurídicas. Precisamente en el proceso constitucional, según el art. 6º del Código Procesal Constitucional solo adquiere autoridad de cosa juzgada la decisión final que verse sobre el fondo de lo controvertido.

Los recursos impugnatorios buscan a corto plazo una revisión de las cuestiones contenidas en una resolución, que puede ser firme o no, dependiendo de la naturaleza del recurso y la etapa procesal en la que este se encuentre, así como un examen de los trámites seguidos por el juzgador para su emisión. La impugnación tiende a corregir la falibilidad del juzgador y, de esta manera, lograr la eficiencia del acto jurisdiccional³⁰.

35

Este contenido también puede ser trasladado a un recurso como el del agravio constitucional; sin embargo, se debe tener en cuenta las particularidades de los procesos constitucionales de libertad. En este esquema, si bien es cierto que un sistema procesal en el que no se permitiese a cada parte recurrir las resoluciones judiciales, y así resolver las contiendas con celeridad, sería poco menos que inconcebible o injusto, no lo es menos que este servicio podría comprometer drásticamente el propio contenido de las resoluciones³¹.

²⁸ Véase STC 1279-2003-HC/TC

²⁹ STC 2877-2005-PHC/TC, fundamento 8.

³⁰ STC 2877-2005-PHC/TC, fundamento 9.

³¹ *Ibid.*

Aquí surge una pregunta válida: ¿realmente posibilita el recurso de agravio constitucional la materialización de una tutela de urgencia? El TC, en tanto órgano constitucional, posee autonomía procesal, que le permite tener cierta libertad para configurar el proceso constitucional en aquellos aspectos que no hayan sido intencionalmente regulados por el legislador y que sean necesarios para la adecuada realización de las funciones que le han sido atribuidas por la Constitución y su Ley Orgánica³². La procedencia del recurso de agravio constitucional está en parte normativamente prevista, pero también existe un margen de configuración a favor del TC.

El TC es un órgano constitucional que no puede ser considerado como una institución aislada del resto de poderes públicos. La justicia que imparte el TC no solo debe ser analizada desde un plano teórico, sino desde una aproximación a la realidad, al impacto de sus sentencias en el ámbito social, político, económico e inclusive en las expectativas de los ciudadanos, todo ello en el marco del Estado democrático y social de derecho, como garante y supremo intérprete de la Constitución³³.

36

La actividad del órgano de justicia constitucional no es libre ni arbitraria, sino que está sometida a la Constitución. Es una actividad que debe desenvolverse en el marco de un proceso de interpretación de la norma básica, abierto en el transcurso del tiempo y con efectos pacificadores del ordenamiento jurídico. La libertad de actuación del juez constitucional no debe verse arbitrariamente expandida ni ser utilizada irrazonablemente como canon de interferencia en organismos constitucionales autónomos. Por lo tanto, debe quedar claro que su actuación debe estar siempre dentro de los límites razonables que surgen de su propia naturaleza y de las que la Constitución impone.

Para ello, la Constitución debe ser entendida como orden fundamental del Estado y de la sociedad y, en esa medida, está íntimamente ligada a la realidad misma. Esta integración de la realidad en la norma constitucional se logra mediante la interpretación constitucional en cada caso particular y cuyo propósito es que se respete la unidad o núcleo de la Constitución vigen-

³² STC 2877-2005-PHC/TC, fundamento 22.

³³ STC 2877-2005-PHC/TC, fundamento 23.

Los conceptos de «contenido constitucionalmente relevante» y...

te en el tiempo³⁴. Y es que a diferencia de la actividad jurisdiccional efectuada en sede judicial, el TC tiene como tareas la racionalización del ejercicio del poder, el cual se expresa en los actos de los operadores del Estado, que debe encontrarse conforme con las asignaciones competenciales establecidas por la Constitución³⁵.

Es evidente que el TC tiene como tarea fundamental determinar los contenidos de los valores, principios y normas consignados en la Constitución. En ese orden de ideas se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al sistema constitucional, a la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos de la persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa *in toto* de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal. Ello porque, si bien la Constitución nace en un momento específico por voluntad del constituyente, mantiene su vigencia a través de su conexión con la realidad, lo cual quiere decir que una Constitución será actual en tanto sirva de cauce para que los hechos mutables en la historia se vayan adaptando a ella y esta logre incorporarlos³⁶.

37

En ese sentido el recurso de agravio constitucional no debe entenderse como un instrumento de autolimitación arbitraria para no intervenir en ciertos procesos constitucionales de la libertad, sino más bien para compatibilizar correctamente las atribuciones constitucionales y un efectivo resguardo de los derechos fundamentales³⁷. Un óptimo funcionamiento de la justicia constitucional no se refleja necesariamente en la cantidad de procesos que el TC resuelve, sino más bien en la cantidad de procesos que realmente merecen ser atendidos dentro un plazo razonable y acorde con la naturaleza urgente de los procesos constitucionales.

Para lograr este objetivo constitucional, que se encuentra entre un campo de tensión entre una protección eficaz de los derechos fundamentales y una permanente sobrecarga procesal, se requiere que se reflexione acerca de

³⁴ STC 2409-2002-AA/TC, fundamento 1.

³⁵ STC 0020-2003-AI/TC, fundamento 9.

³⁶ STC 2877-2005-PHC/TC, fundamento 23.

³⁷ *Ibid.*

qué procesos y bajo qué supuestos deben ser realmente resueltos por el TC, de modo tal que sea lo más eficiente posible y al mismo tiempo cumpla con el propósito de garantizar el derecho de acceso a la justicia³⁸. Acá es nuevamente importante lo establecido tanto en el inc. 2 del art. 5º como en el art. 38º del Código Procesal Constitucional.

El art. 18º del Código precisa someramente las causales de admisibilidad y procedencia del recurso de agravio constitucional, según el cual dicho recurso debe ser interpuesto por el demandante; dirigido contra la resolución de segundo grado que declare infundada o improcedente la demanda; y presentado en el plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Pero dado que ni la Constitución ni las leyes han establecido, más allá del reconocimiento de la protección del contenido constitucionalmente protegido, excepciones o limitaciones en cuanto a su procedencia, el TC ha precisado algunos criterios sobre cuándo le corresponde intervenir.

Así, puede decirse que el *contenido constitucionalmente protegido* de los derechos fundamentales no solo es un requisito de procedencia de la demanda, sino también, recurso de agravio constitucional³⁹. En ese sentido aparte de las prescripciones formales precisadas en el art. 18º debe existir previamente una clara determinación respecto a la procedencia del recurso de agravio constitucional, es decir, si el derecho tiene sustento constitucional directo. Esta debe ser la base para que el TC pueda admitir un recurso de agravio constitucional. Solo cuando se alegue que el derecho involucrado está siendo vulnerado en su contenido esencial se podrá llegar a analizar el fondo de lo pedido.

En conclusión, el recurso de agravio constitucional, en tanto recurso impugnatorio, debe ser utilizado como un mecanismo procesal especializado que permita la intervención del TC para resolver una controversia constitucional. Además de los requisitos formales para su interposición, se requerirá que el recurso de agravio constitucional planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fun-

³⁸ STC 2877-2005-PHC/TC, fundamento 25.

³⁹ STC 2877-2005-PHC/TC, fundamento 27.

damental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de improcedencia establecida por el TC.

4. A modo de conclusión: el concepto de «especial trascendencia constitucional»

La sentencia del TC en el caso Vásquez Romero⁴⁰ parte de una premisa que ya se había establecido en la decisión del caso Lagomarcino Sánchez⁴¹, en el sentido de que, como ya se ha dicho, para la concesión del recurso de agravio constitucional no es suficiente la observancia de los presupuestos formales como la denegatoria de la demanda y el cumplimiento del plazo previsto, sino que además su relación con el contenido constitucional protegido. Sin embargo, muchas veces los demandantes no observan plenamente este último presupuesto, con lo cual se genera no solamente una sobrecarga de procesos constitucionales ante el TC en detrimento de la tutela de urgencia de los procesos constitucionales⁴².

En ese sentido la sentencia antes mencionada precisa los supuestos en los cuales el TC puede dictar una sentencia interlocutoria de denegación⁴³ siempre que: a) carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque; b) la cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional; c) la cuestión de derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional; d) se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales. La sentencia se dicta sin más trámite⁴⁴. De todos estos supuestos quizá sea el concepto de «especial trascendencia constitucional» el que pueda generar algunas dudas.

39

El TC se ha limitado a señalar que existe una especial trascendencia constitucional «cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión

⁴⁰ STC 00987-2014-PA/TC.

⁴¹ STC 2877-2005-PHC/TC.

⁴² STC 00987-2014-PA/TC, fundamento 43 y ss.

⁴³ El vigente art. 11º del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional también ha recogido estos supuestos.

⁴⁴ STC 00987-2014-PA/TC, fundamento 49.

sobre el contenido de un derecho fundamental»⁴⁵. La experiencia jurisdiccional enseña muchas veces que los nuevos conceptos⁴⁶ de la jurisdicción constitucional no alcanzan sus contornos definitivos en una sola sentencia, sino que ellos se van perfilando a través de su aplicación continua en la resolución de los casos concretos. En el caso de la especial trascendencia constitucional se trata claramente de un concepto jurídico indeterminado y abierto, lo cual siempre ofrece ventajas frente a nuevos supuestos que pueden ir apareciendo en la siempre cambiante realidad constitucional.

⁴⁵ STC 00987-2014-PA/TC, fundamento 50.

⁴⁶ El concepto, sin embargo, no es nuevo en el derecho comparado. Así, el art. 50º.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, exige que la admisión a trámite de la demanda de amparo debe justificarse en razón de su especial trascendencia constitucional.

La «especial trascendencia constitucional» como causal para el rechazo liminar de recursos de agravio en el Perú

✉ ELOY ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA*

Sumario:

1. Anotaciones preliminares; 2. Los efectos de la «constitucionalización del derecho», la «convencionalización del derecho» y la «constitucionalización de la política» en la configuración de la labor de tribunales constitucionales como el peruano; 3. Lo planteado en el precedente «Vásquez Romero» y sus implicancias; 4. Lo desarrollado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional peruano como «especial trascendencia constitucional»; 5. Anotaciones finales.

41

1. Anotaciones preliminares

El conjunto de cambios generados a nivel mundial en la comprensión de elementos clave del constitucionalismo ha tenido en el Perú repercusiones insospechadas, frente a las cuales en su caso el Tribunal Constitucional peruano ha debido dar respuesta. Dicha respuesta ha implicado en algunos supuestos la incorporación sin más de alternativas ya adoptadas en otros ordenamientos jurídicos nacionales; y en otros, la toma de

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Catedrático de las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor principal coordinador y ex Director General de la Academia de la Magistratura. Profesor visitante o conferencista invitado en el Instituto Max Planck (Heidelberg, Alemania), las universidades de Bolonia y La Sapienza (Italia), y diversas universidades e instituciones europeas, latinoamericanas y peruanas. Integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, y las Asociaciones peruanas de Derecho Administrativo y Derecho Procesal, así como de la Red de Docentes de Derecho Constitucional. Presidente Honorario del Consejo Académico del próximo Congreso Mundial de Justicia Constitucional. Autor y coautor de libros sobre su especialidad.

elementos de la experiencia comparada para configurar una respuesta propia. Una de las expresiones de este tipo de respuestas fue la expedición del prece-dente «Vásquez Romero», el cual establece un procedimiento especial y expe-ditivo para el trámite del rechazo liminar de recursos de agravio constitucio-nal considerados manifiestamente improcedentes en función a la aplicación de determinadas causales.

Las causales a las cuales acabo de hacer referencia se encuentran de terminadas en el fundamento 49 de la sentencia ya aquí mencionada. Entre todas ellas, especial interés ha generado en la comunidad académica y forense la referencia a que cabe rechazo liminar de aquellos recursos cuya cuestión de derecho no sea de especial trascendencia constitucional. Algunos han visto en esto la plasmación, más o menos encubierta, de un *writ of certiorari* en el Perú. Corresponde entonces aquí hacer ciertos puntuales alcances de lo que se ha plasmado con esta causal de rechazo liminar, así como facilitar determi-nada información acerca de lo que ya viene haciéndose al respecto, para así apreciar con claridad qué es lo que se está buscando conseguir en particular. Pasaré pues a asumir esta tarea de inmediato.

42

2. Los efectos de la «constitucionalización del derecho», la «con-vencionalización del derecho» y la «constitucionalización de la política» en la configuración de la labor de tribunales constitu-cionales como el peruano

Actualmente estamos ante un escenario mundial en donde se ha pro-ducido un cambio en la comprensión, entre otros temas, de los alcances del concepto Constitución, el mismo que hoy pone énfasis en el reconocimiento y tutela de los derechos, derechos ahora claramente vistos como el fin central y último del constitucionalismo.¹ Consecuencias hasta cierto punto natura-

¹ Como ya hemos señalado en otros trabajos, los alcances del concepto «Constitución» han ido cambiando con los años. En un primer momento la comprensión del mismo se circunscri-ba a un carácter más bien descriptivo del escenario político existente en una sociedad determi-nada. Luego se le consideró como un acuerdo político fundamental en el cual se sustentaba la labor de elaboración de lo jurídico, confiada en principio a los parlamentos o congresos (según el sistema jurídico del cual se proviene) a través de las leyes (la otra normativa sería desarollo

les de este fenómeno han sido las de la «constitucionalización del Derecho» y la «constitucionalización de la política» en función al pleno ejercicio de los derechos.² De la mano de lo recientemente descrito, y en la dinámica de un mundo cada vez más integrado, pueden constatarse también los esfuerzos por configurar una «convencionalización del derecho»: dicho con otras palabras, se constata la preocupación por la construcción de un Derecho común en una lógica de diálogo, retroalimentación y protección multinivel, en la cual se potencia el reconocimiento y tutela de los derechos en función a lo plasmado al respecto por tratados de derechos humanos como la convención in-

de lo previsto a nivel legislativo). Después de ello, ya sea por influjo de fallos como «Marbury versus Madison» (1803) en los Estados Unidos y el pensamiento kelseniano en la Europa continental de la primera mitad del siglo XX, la Constitución pasa a ser entendida como una norma jurídica (o un conjunto normativo, de acuerdo con lo señalado por Eduardo García de Enterría). Sin embargo, allí todavía el énfasis de estos textos se encontraba en asegurar la limitación del poder, insistiendo más bien en la determinación de procedimientos y competencias. Ahora bien, luego, y por una serie de acontecimientos, las cosas cambiarían. Y es que acontecimientos como los sucedidos en Europa continental (fortalecimiento de la dignidad como base para la comprensión del derecho y los derechos en general; el aporte de los procesos de Nuremberg, los cuales confrontan una comprensión más bien tradicional del principio de legalidad; la distribución entre principios y reglas; o el influjo de posturas como las de Radbruch, que resalta que el derecho no es tal si no responde a consideraciones como el valor justicia) o en los Estados Unidos de Norteamérica (la influencia jurisprudencial de la Corte Warren, la distinción entre igualdad formal e igualdad material), nos ponen ante un escenario distinto: la Constitución, sin desconocer la relevancia de la limitación del poder y sus consecuencias, tiene hoy como norte al reconocimiento y tutela de los derechos ciudadanos, con todo lo que ello involucra.

² Como ya es de conocimiento general, cuando se habla de «constitucionalización del derecho» nos estamos quedando en el necesario reconocimiento de que la Constitución encierra la base o fundación de las diferentes disciplinas e instituciones jurídicas. Como bien anotaba Favoreu, nos referimos a un fenómeno que tiene múltiples efectos. Algunos, los más conocidos, son los denominados efectos directos: «constitucionalización judicialización», «constitucionalización elevación» y «constitucionalización transformación». La articulación del poder (y sobre todo, del poder político) en un Estado, la configuración del sistema de fuentes en determinado ordenamiento jurídico y la determinación de los alcances de las diferentes disciplinas jurídicas y sus distintas instituciones solamente van a poder comprenderse a cabalidad si son entendidos de acuerdo con lo planteado en el texto constitucional, o lo que se desprende de él. Ver al respecto, L. FAVOREU, «La constitucionalización del derecho», en *Revista de la Universidad de Valdivia*, pp. 31-43.

Si el eje de la comprensión del derecho, a partir de la Constitución es, como aquí ya se ha dicho, el reconocimiento y tutela de los hoy, derechos, se entienden mejor las razones por las cuales se habla de una «constitucionalización» en base o de conformidad con la protección de los derechos.

teramericana de Derechos y la jurisprudencia vinculante emitida en función a estos.³

Lo expuesto ha tenido múltiples consecuencias, muchas de las cuales por sí solas podrían justificar la elaboración de extensas publicaciones al respecto. Sin ánimo de ser exhaustivo sobre el particular, algunos de esos efectos se encuentran vinculados al reconocimiento de nuevos derechos, la protección de nuevos contenidos dentro de derechos ya reconocidos, o a la flexibilización de la legitimación procesal para interponer demandas de amparo o de otros procesos constitucionales de la libertad.

Todos estos fenómenos, junto a otros más, han generado importantes modificaciones en los alcances y márgenes de competencia de los diversos jueces y juezas constitucionales en general y en la de los tribunales constitu-

De otro lado, y si se habla de «constitucionalización de la política», uno de los fenómenos más importantes en el derecho de estos últimos años es el de fortalecer cada vez más la posibilidad de tener prevista la revisión en sede jurisdiccional de ciertas decisiones propias del quehacer político, del gobierno y la dirección de una sociedad determinada. Y es que si bien lo jurídico y lo político no son lo mismo, en un Estado constitucional, donde la legitimación del ejercicio del poder tiene una fuerte connotación jurídica, el quehacer político no puede, de acuerdo con una posición cada vez más asentada, desconocer los procedimientos previstos para la toma de decisiones en el texto constitucional, o dejar de lado contenidos conformes a parámetros constitucionalmente recogidos. Esta «constitucionalización de la política», tiene tal vez como una de sus expresiones más notorias a la del debate en Estados Unidos sobre la pertinencia de mantener la figura de las «political questions», suprimirlas, o permitir algún nivel de revisión sobre estas. Este debate estadounidense tiene como su antecedente más claro lo resuelto por la Suprema Corte Federal norteamericana en «Marbury versus Madison» (1803), aunque oportuno es anotar que esta teoría toma su configuración definitiva en «Luther versus Borden» (1849). Otra expresión notoria del mismo es la de la discusión europea sobre la subsistencia de «actos políticos» o de «discrecionalidad política». Una explicación detallada sobre estos conceptos, los márgenes de acción con que se cuenta al respecto y lo hecho por nuestro Tribunal Constitucional peruano sobre el particular se encuentra recogida en nuestro «Balance a veinte años de vigencia de la Carta de 1993: notas sobre el papel del Tribunal Constitucional peruano en la constitucionalización del derecho y la política, y sus repercusiones», en *Pensamiento Constitucional*, núm. 18, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, marzo 2014, p. 175 y ss.

³ Nuestra posición más en detalle sobre el particular se encuentra en «Diálogo entre Cortes, la construcción de un derecho común conforme a los derechos en el Perú: ¿alternativa posible y conveniente, o aspiración discutible e incluso inalcanzable?» Una versión de ese texto puede obtenerse en www.derechoydebate.com.

cionales (u otras Altas Cortes que hagan sus veces) en particular. Si alguna vez rigió, cierto es que hoy ya no pueden concebirse las labores de la judicatura constitucional únicamente en clave de legislador negativo, pues el juez(a) constitucional es ante todo un intérprete calificado del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, los tratados sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia vinculante que se expide en función a los mismos. Esa labor de interpretación ha convertido al juez(a) constitucional en un agente de integración social⁴, además de un calificado mediador bajo parámetros jurídicos frente a los más importantes problemas políticos, económicos o sociales dentro de cada sociedad en particular.

A lo expuesto debe añadirse como la tutela de los derechos fundamentales es hoy una competencia central con la cual, salvo lo previsto en el caso italiano, cuentan todos los tribunales constitucionales y las demás entidades que cuentan con una interpretación vinculante de la Constitución y la posibilidad de ejercer control de constitucionalidad. Es más, en la actualidad el grueso de procesos a su cargo se relacionan con la alegación de situaciones de violación o de amenazas de violación de derechos fundamentales.

45

Esta vocación garantista es sin duda alguna muy plausible, pero no se encuentra exenta de ir acompañada de ciertas previsiones. En primer término, conviene tener presente que, por su propia naturaleza, el tratamiento de cualquier situación en sede jurisdiccional no resulta tan expeditivo como la ciudadanía reclama. Además, es pertinente reconocer que existen una serie de personas que, desde una perspectiva sin bien intencionada, aunque equivocada, intentarán habilitar todas las vías a su alcance para la defensa de sus pretensiones, aun cuando estas no sean correctas o ya hayan sido atendidas. Es más, incluso puede encontrarse personas que buscan aprovecharse del marco garantista existente para, en base a ello, dilatar la resolución de situaciones donde el resultado obtenido viene siéndole desfavorable, o cuando todo indica que no existirá un pronunciamiento en su favor.

⁴ En este sentido se encuentra nuestro texto «¿Pueden ser los tribunales constitucionales agentes de integración social?», en AA.VV., *Derecho constitucional contemporáneo. Libro homenaje a Rubén Hernández Valle*, San José, Investigaciones Jurídicas S.A., 2015.

A estos problemas, que ya hemos anotado en otros trabajos⁵, hay que añadir un elemento adicional: el de compatibilizar el tratamiento de casos de amparo en particular, en donde se potencia la dimensión subjetiva de este proceso constitucional de la libertad, con la labor de una Alta Corte (Tribunal Constitucional o Corte Suprema), la cual, independientemente de si estamos ante tribunales de casos o frente a tribunales de precedentes (aunque, justo es señalarlo, con mayor énfasis en este segundo tipo de tribunales), suelen apuntalar una dimensión objetiva de los procesos que son de su competencia.

Dicho en términos más sencillos, siempre resulta complejo atender procesos previstos para la tutela de los diferentes derechos ciudadanos en organismos que, por su propia naturaleza, tiene como base de su posicionamiento y razón de ser el establecer grandes líneas interpretativas del ordenamiento jurídico (y de la mano de ello, de la vida social, política o económica) de un Estado y una sociedad en particular. La complejidad de las diversas variables involucradas, y el riesgo de las expectativas sin atender que se pueden generar ha devenido entonces en un problema difícil de afrontar en el derecho comparado, tal como de inmediato voy a anotar.

46

Es pues en este contexto donde aparece la expresión «especial trascendencia constitucional». La misma es empleada por primera vez en el debate generado en Alemania para hacer frente a la sobrecarga de su Tribunal Constitucional. Ello está detrás de la respuesta otorgada en la reforma introducida en 1993 a la Ley de Tribunal Constitucional Federal alemán, que estableció el criterio de «trascendencia constitucional» como un requisito para la procedencia del recurso de amparo. Aquello también se encuentra en algunas de las recomendaciones planteadas por la Comisión Benda en 1996. En todo este proceso lo que se buscó es potenciar la dimensión objetiva del amparo⁶.

⁵ Ver al respecto, entre otros, «Notas sobre el precedente “Vásquez Romero”, su finalidad, el contexto de su configuración y sus alcances», en AA.VV., *El debate en torno a los límites al recurso de agravio constitucional*, Lima, Palestra, p. 103 y ss., especialmente p. 107.

⁶ Una buena síntesis de lo ocurrido la encontramos en, entre otros, P. LÓPEZ PIETSCH, «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53, Madrid, CEPC, Año 18, mayo-agosto 1998, pp. 117-122.

Igual preocupación lleva en España a utilizar la misma expresión cuando su Tribunal Constitucional enfrentó un problema similar al de su par alemán. La reforma introducida a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español en 2007, así como lo señalado en la STC 155/2009, también recurre a la «especial trascendencia constitucional» en una dinámica de buscar «objetivar» el amparo, limitando su admisión únicamente a casos relevantes desde una perspectiva objetiva.⁷

En el Perú preocupaciones de naturaleza similar llevaron a la elaboración primero del precedente «Sanchez Lagomarcino Ramirez», y luego a una modificación del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Sin embargo, es recién con la aprobación y materialización del precedente «Vásquez Romero» que el Tribunal Constitucional peruano fija y pone en práctica su posición al respecto.

3. Lo planteado en el precedente «Vásquez Romero» y sus implicancias

Como es de conocimiento general, en la sentencia emitida con carácter de precedente en el caso «Lilia Francisca Vásquez Romero» (STC 00987-2014-PA/TC), y más propiamente en su fundamento 49, se establecen cuáles son las causales de manifiesta improcedencia de un recurso de agravio constitucional que justifican una resolución sin vista de la causa consignada en una sentencia interlocutoria denegatoria⁸, las cuales son:

47

⁷ Un buen acercamiento a este proceso en España lo encontramos, entre otros textos, en M. ARAGÓN REYES, «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, Madrid, CEPC, Año 29, enero-abril 2009. pp. 11-43; o D. ORTEGA GUTIÉRREZ, «La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 25, Madrid, UNED, 2010, p. 497 y ss. Una estupenda síntesis sobre lo sucedido en Alemania y España al respecto la encontramos en J. M. SOSA SACIO, «El requisito de “especial trascendencia constitucional” como rechazo *in limine* exigido en la Constitución», en *Derecho y Debate*, núm. 13, Lima, agosto 2015 (www.derechoydebate.com). Texto cuya lectura recomendamos vivamente.

⁸ Estas resoluciones, autos en sentido material, tienen una denominación que encuentra su origen en la diferencia conceptual entre sentencias definitivas y sentencias interlocutorias, el desarrollo normativo existente en el derecho comparado al respecto (Uruguay, Argentina a nivel provincial, etcétera), y una prescripción expresa del Reglamento Normativo del Tribunal

- *Cuando carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque.*
- *La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional.*
- *La cuestión de derecho invocada contradiga un precedente del Tribunal Constitucional.*
- *Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.*

A continuación, y ya en el fundamento 50 de la sentencia en comentario, se señala que existe una cuestión de especial trascendencia constitucional cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental.

El establecimiento del precedente «Vásquez Romero» no es un uso discutible de la autonomía procesal del Tribunal Constitucional. En rigor conceptual, muy independientemente de la comprensión desproporcionada dada al concepto por anteriores composiciones del Tribunal, aquí lo que el Tribunal hace es el ejercicio de sus atribuciones en un plano más bien procedimental, destinado a señalar una manera de actuar frente a supuestos de manifiesta improcedencia puestos en su conocimiento. Ello en una lógica de consolidar un posicionamiento del Tribunal para el mejor ejercicio de su labor interpretativa del derecho conforme con los derechos, y de protección de dichos derechos. Esta labor fue ejercida en este caso en particular, a diferencia de lo que señalan algunos autores, y se ha hecho respetando aquellos requisitos establecidos por el mismo Tribunal Constitucional para fijar su precedente.

Ahora bien, y ya entrando en el análisis de las causales previstas, y sobre todo en lo señalado como de «especial trascendencia constitucional», podemos apreciar que si bien la preocupación que motiva el tratamiento dado a esta materia en el Perú, sobre todo en lo vinculado a la «especial tra-

Constitucional, la recogida en su artículo 47º. Un análisis más detallado al respecto lo encontramos, entre otros textos, en nuestro «Notas sobre el precedente...», *op. cit.*, o en J. M. SOSA SACIO, «El requisito «especial trascendencia constitucional»..., *op. cit.*

cendencia constitucional», encuentra matices frente a lo que se plasmó en Alemania o en España, tal como veremos de inmediato.

Y es que si miramos lo que el mismo Tribunal ha señalado al respecto, aquí se ha entendido que un recurso de agravio constitucional no tiene especial trascendencia cuando no está referido al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; cuando versa sobre un asunto materialmente excluido del proceso de tutela de que se trata; o, finalmente, cuando lo pretendido no alude a un asunto que requiere una tutela de especial urgencia⁹. Bien puede desprenderse que si bien hay una preocupación por rescatar la dimensión objetiva del amparo, ello, muy a despecho de lo sucedido en Alemania o España, mantiene una tutela subjetiva, acogiendo una comprensión a la cual bien podemos calificar como «mixta».

Esto es importante para así apreciar las diferencias entre lo planteado en el caso peruano y las experiencias de otros países. Ya se resaltaron aquí algunas diferencias entre lo plasmado en algunos Estados de Europa continental. Ahora bien, también resulta pertinente señalar como rápidamente pueden apreciarse las diferencias entre lo consagrado en el Perú y el ejercicio de una amplia discrecionalidad más bien propia de modelos anglosajones, dentro de los cuales se conforma y desarrolla el *certiorari* hasta hoy vigente en los Estados Unidos de Norteamérica.¹⁰

49

Como ya señalé en otros trabajos, el Tribunal Constitucional, en «Vásquez Romero», tanto en lo referido a la «especial trascendencia o rele-

⁹ Expresado de otro modo, y teniendo en cuenta lo precisado en el fundamento 50 de la sentencia emitida en el Expediente 00987-2014-PA/TC, diremos que una cuestión, de acuerdo con el criterio asumido por el Tribunal Constitucional sobre el particular, en el Perú no reviste especial trascendencia constitucional si una futura resolución del mismo Tribunal no soluciona algún conflicto de relevancia constitucional, pues, no existe lesión de derecho fundamental comprometido o se trata de un asunto que no corresponde ser resuelto en la vía constitucional; o si no existe necesidad de tutelar de manera urgente el derecho constitucional invocado y no median razones subjetivas y objetivas que habiliten a este órgano colegiado a emitir un pronunciamiento de fondo.

¹⁰ La Corte Suprema de Estados Unidos de América, instalada en 1791, comenzó sus quehaceres conociendo pocas causas (87 por año, a mitad del siglo XIX, 98 al año una década después). Sin embargo, ya a mediados de ese siglo, la carga procesal se había triplicado, pues había 30 expedientes ingresados en 1860). Esa cifra se duplicó diez años después, y las cau-

vancia constitucional» como en lo relacionado con las causales previstas para el rechazo liminar de los recursos de agravio constitucional, no responde a los parámetros de un *certiorari*, pues lo previsto en el Perú implica el ejercicio de la capacidad de jueces y juezas constitucionales para, de acuerdo con ciertos factores, poder priorizar el tratamiento de ciertos procesos que llegan a sus despachos, y centran su atención en aquello que reclama su tutela urgente y donde no se cuente con una postura ya fijada y conocida.

Esto último se hace más evidente cuando de «especial trascendencia o relevancia constitucional» se habla. No se trata entonces de no pronunciarse sobre ciertos temas, sino más bien de pronunciarse en todos, pero centrando la atención de la labor jurisprudencial en materias que, por la misma naturaleza de la tarea confiada a una Alta Corte competente, la tutela de derechos mentales reclama.

La pregunta a efectuarse entonces es cuáles serían esos asuntos a los que, ya en aplicación de la jurisprudencia emitida, están siendo en el Perú considerados como carentes de «especial trascendencia constitucional», y por ende, pasibles del rechazo liminar del recurso de agravio presentado. Toda-

50

sas llegaban a unas 1816 en 1890. En ese escenario se aprueba la «Evarts Act» de 1891. En su sección sexta se introdujo el «writ of certiorari», el cual permitiría a la Corte sin mayores explicaciones la serie de recursos que no creyese conveniente conocer. Este planteamiento fue sujeto a ajustes en 1914 y 1916, pero es recién en 1925, con la «Jurisdiction Act» de ese año, que adquiere su configuración actual.

Allí, línea luego seguida en la reforma introducida en septiembre de 1988, se hace énfasis en el carácter discrecional del *certiorari*. Cierto es que en las reglas establecidas en la Corte Suprema desde 1922 se mencionan algunas pautas (existencia de pronunciamientos contradictorios en la justicia federal; apartamiento de las reglas de procedimiento usualmente aceptadas; o casos en los que los órganos inferiores han resuelto una cuestión central de derecho federal, la cual no fue establecida por la Corte, pero que amerita un pronunciamiento de su parte; existencia de resoluciones judiciales contrarias a la jurisprudencia de la Corte). Sin embargo, justo es señalar que esa discrecionalidad normalmente ha ido bastante más allá de esos parámetros. Y es que allí, y muy de la mano de la especial configuración del modelo estadounidense, los criterios eventualmente señalados son meramente referenciales e indicarios, y la decisión de no admitir el debate de una causa en la Suprema Corte Federal depende de la voluntad de ese tribunal en el momento en el cual se requiere su opinión. Esa libertad de acción, por llamarla de alguna manera, no se condice con nuestra tradición jurídica. Téngase presente, por ejemplo, que cuando el Tribunal Constitucional Federal alemán intentó descartar el trámite de ciertas causas con providencias inmotivadas, fue condenado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación del artículo 6º de la Constitución Europea (derecho a un proceso justo).

vía no hay un análisis detallado de lo resuelto en las casi tres mil sentencias interlocutorias dictadas desde la emisión del precedente «Vásquez Romero». Lo que sí puede señalarse es que entre ellas, la referencia a la causal «especial trascendencia constitucional» en varios casos ya nos trae algunas interesantes constataciones, las cuales se presentarán a continuación.

4. Lo desarrollado jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional peruano como «especial trascendencia constitucional»

El derecho es ante todo una ciencia social con la cual se busca la solución de controversias o situaciones de incertidumbre. Por ende, las configuraciones de la dogmática jurídica, o la formulación de reglas mediante resoluciones con carácter de precedentes solamente pueden ser entendidas a cabalidad cuando se aprecia cómo se aplican a la satisfacción de necesidades concretas en casos específicos.

Esta labor resulta indispensable si se hace referencia a conceptos como «especial trascendencia constitucional», conceptos que, por sus características, tienen de primera impresión una cuota de indeterminación que debe ser acotada progresivamente. Con cargo a luego efectuar un análisis más acabado al respecto, ya que estamos ante un escenario cada vez más amplio de acción (solamente en la Sala primera del Tribunal se han emitido 426 sentencias interlocutorias invocando encontrarse ante cuestiones de derecho carentes de especial trascendencia constitucional), aquí se hará un acercamiento a lo que, en líneas generales, puede ya irse apreciando como la comprensión que el Tribunal Constitucional peruano tiene de «especial trascendencia constitucional».

51

Veamos, pues, qué situaciones son asumidas por el Tribunal como carentes de «especial trascendencia (relevancia) constitucional». Así, por ejemplo, se ha señalado en «Miriam Betd Vargas Batista» (STC 01621-2015-PA), «César Guillermo Rengifo Ruiz» (STC 00901-2014-PA/TC), o «Julio Gustavo Molero Ibañez» (STC 04744-2014-PA/TC), entre otros, que un recurso de agravio carece de especial trascendencia constitucional cuando resulta evidente la existencia de una vía ordinaria igualmente satisfactoria (básicamente el proceso contencioso-administrativo que en el Perú es un proceso de plena jurisdicción). Tampoco tendrían especial trascendencia constitucional aque-

llos recursos de agravio cuyo objeto es el de la búsqueda de una valoración de las pruebas (en ese sentido, entre otros, el caso «Flor de María Pilar Zevallos», STC 04210-2014-PA/TC).

La constatación de situaciones donde se aprecia la sustracción de la materia que quería debatirse es otro de los aspectos que justificarían esta causal de improcedencia liminar, de acuerdo con lo planteado en casos como, por citar solamente algunos, «José Ignacio Punto de la Sota Silva» (STC 08498-2013-PA/TC) o «Edith Palomino Pacsi y otros» (STC 06907-2013-PC/TC). También se ha incluido dentro de este parámetro a casos donde se constata una manifiesta insuficiencia de los medios probatorios ofrecidos para resolver (en este sentido, entre otros muchos el caso «César Larico Osco» (STC 06437-2013-PA/TC).

La constatación de estas ante casos en los cuales no se requiere una tutela urgente es, sin duda alguna, uno de los aspectos más frecuentemente invocados para señalar que estamos ante cuestiones de derecho que no tienen especial trascendencia constitucional. Así lo demuestran infinidad de casos, entre los cuales se encuentran el de «Julio César Gómez Yalico y otros» (00723-2014-PA/TC), además de una serie de procesos vinculados al hoy inexistente Programa Nacional de Atención Alimentaria (PRONAA); o el de «Aurea Eva Franco Pallete» (STC 06506-2013-PA/TC).

52

Mención especial merecen aquí los casos en los cuales la comprobación de que no se requiere de una tutela de urgencia se vincula al no agotamiento de los recursos previstos dentro del proceso ordinario previo. En ese sentido, y junto a muchos otros pronunciamientos, se encuentran los emitidos en «Francisco Rojas Sotelo» (STC 08210-2013-PHC/TC), «Municipalidad Metropolitana de Lima» (STC 02003-2014-PA/TC), en donde se recurrirá al amparo sin que se hubiese planteado la queja correspondiente ante el Jurado Nacional de Elecciones, «Aristoteles Arce Paucar» (STC 02007-2014-PHC/TC) y «Teodomiro Alvino Salís Caico» (STC 02433-2014-PHC/TC).

Otro aspecto recurrente considerado como carente de «especial trascendencia constitucional» es el de la constatación de que no hay afectación del contenido constitucional protegido del derecho invocado. En este sentido se encuentran, a modo de ejemplo, casos en los cuales no se aprecia

afectación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad personal, entre los que aquí va a mencionarse a «Lucía Cabeza Michi de Medina» (STC 04070-2014-PHC/TC), «Alejandro Yovera Flores» (STC 01541-2015-PHC/TC) o «Teodomiro Alvino Salís Caico» (STC 02433-2014-PHC/TC).

De otro lado, en muchos otros casos, el derecho que se alega como vulnerado es el del debido proceso en sus diferentes derechos componentes (por ejemplo, motivación, en la STC 03611-2014-PA/TC, caso «Instituto de Alta Calidad de Atención a la Salud-Max Salud»; y en ciertos casos, la alegación al debido proceso esconde la intención de discutir temas de mera legalidad (en el caso «Rosa Marlene Cáceres León» (STC 03755-2014-PA/TC), como en otros similares, lo que quiere debatirse es la aplicación del inciso 6 del artículo 451º del Código Procesal Civil.

Finalmente, también existen casos en los cuales el Tribunal es terminante señalando que estamos ante asuntos que no corresponden ser resueltos en vía constitucional. Esa aseveración, de primera impresión peligrosamente genérica, afortunadamente ha venido muy acotado en la práctica. Así, por ejemplo, ha sido utilizada en caso como «Sindicato Único de Trabajadores del Perú Pima S.A.» (STC 06761-2013-PA/TC), cuando lo que acredita es la necesidad de debatir lo controvertido en un proceso que cuente con etapa probatoria. También ha sido empleada en «Alfred Dany Romani Bazan y otra» (STC 04386-2014-PA/TC), donde mediante amparo quería evaluarse la validez o invalidez de una resolución del Tribunal Registral.

53

Los alcances de lo que se comprende como «especial trascendencia constitucional» va entonces precisándose progresivamente. Luego de lo expuesto sobre el particular, corresponde entonces hacer algunas anotaciones puntuales a modo de conclusión sobre la materia que venimos analizando.

5. Anotaciones finales

Muchas veces se cree, erróneamente, que la tutela de los derechos, sobre todo si se trata de conseguir esa tutela en una Alta Corte, implica que toda pretensión pueda ser llevada a esos espacios de interpretación vinculante y resolución de conflictos (o de situaciones de incertidumbre). Respe-

tuosamente considero que ese tipo de opiniones, cuya respetabilidad nadie discute, además de soslayar lo previsto en el ordenamiento jurídico de cada Estado en particular (en el caso peruano, por ejemplo, si bien el Tribunal Constitucional es concebido como un Tribunal de casos, la misma Carta de 1993 es clara al señalar que no todo lo resuelto en los procesos constitucionales de la libertad es posible de cuestionamiento ante la entidad que encabeza la judicatura constitucional en nuestro país.

Existen más bien situaciones en donde buscar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional es en puridad manifiestamente improcedente. Es más, pueden devenir en situaciones inconvenientes tanto para los(as) justiciables (pues les crea expectativas que no pueden ser atendidas, o les pone en manos de quienes muchas veces solamente buscan postergar la correcta conclusión de algunas controversias), como para el mismo Tribunal (que ve mermados sus esfuerzos en atender aquellas situaciones que realmente demandan la tutela urgente que los mismos requieren).

Frente a ello, se dan alternativas como la plasmada en el caso «Vásquez Romero». Allí, con carácter de precedente, el Tribunal Constitucional peruano, sin abandonar su naturaleza de Tribunal de casos, establecer ciertas pautas para un trámite más bien expeditivo de los recursos de agravio que aparezcan como manifiestamente improcedentes, y que, por ende, ameriten un rechazo liminar.

No es este el espacio para sustentar la pertinencia de las causales previstas en «Vásquez Romero», materia por cierto abordada en otros de nuestros trabajos¹¹, aunque sí es oportuno anotar, frente a algunas muy interesantes afirmaciones hechas en estos días, que el detectar manifiestas inconsistencias jurídicas, y en base a ellas, dar rápido trámite a un recurso de agravio, no implica desconocer el carácter de grado o instancia (y por ende, de efectuar un análisis de hechos) que tiene la labor del Tribunal Constitucional peruano en un proceso constitucional de la libertad. Solamente, repito, estamos ante la constatación de situaciones de manifiesta falta de procedibilidad.

¹¹ En este sentido se encuentra, por ejemplo, «Notas sobre el precedente...», *op. cit.*

De otro lado, el establecer jurisprudencia reiterada, e incluso precedentes, no significa tener el patrimonio de la verdad; y, sobre todo, no niega la posibilidad de sostener posturas distintas si estas se encuentran debidamente sustentadas.

Los precedentes y la jurisprudencia reiterada son interpretaciones con una mayor o menor vinculatoriedad, mas no dogmas de fe. Ahora bien, la discrepancia, de existir, tiene, qué duda cabe, que encontrarse debidamente fundamentada.¹²

Yendo entonces más directamente a lo relacionado con la «especial trascendencia constitucional», podemos apreciar que en el caso peruano, sin desconocer una dimensión subjetiva propia de los procesos constitucionales de la libertad, se tiene presente una dimensión objetiva de estos. Por lo mismo, no deja de dar respuestas a todos los casos, pero, en aras justamente de preservar las prioridades propias de su labor, establecer la posibilidad de dejar de lado lo manifiestamente improcedente, en un contexto establecido jurisprudencialmente en el ejercicio de sus atribuciones, y acotado con mayor precisión en jurisprudencia posterior.

55

Estamos pues ante alternativas técnicamente necesarias, aunque probablemente no exentas de alguna polémica; y por lo mismo, deben ser desarrolladas y aplicadas con mucho cuidado y progresivamente. Ello es lo que considero viene haciéndose en el caso peruano, línea en la cual se espera continuar, acogiendo siempre los aportes que se hagan llegar para la mejor realización de estas tareas.

¹² También se ha hablado en este interesante trabajo reciente, elaborado por el destacado procesalista peruano Nelson Ramírez Jiménez, sobre algunas dudas sobre el cumplimiento en «Vásquez Romero» de los requisitos para emitir un precedente. En realidad, y si se aprecia lo previsto en el caso «Provías Nacional», con la emisión de «Vásquez Romero» el Tribunal ha cumplido escrupulosamente los requisitos que él mismo se ha exigido para aprobar un precedente.

Además, se alega que habría una aplicación retroactiva del precedente «Vásquez Romero». Respetuosamente discrepo de esa posición, pues, como es de conocimiento general, lo establecido en un precedente es de aplicación inmediata, salvo que este se asigne un efecto prospectivo. Por ende, resulta invocable a situaciones en trámite, máxime si, como se reconoce en «Vásquez Romero», estamos ante regulaciones de carácter procedural, o de manejo procedimental del quehacer del mismo Tribunal.

Razones para comprender la «especial trascendencia constitucional» en el precedente vinculante del Tribunal Constitucional

 FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA*

Sumario:

1. Introducción; 2. Una mirada comparada a la especial trascendencia constitucional en distintas tradiciones jurídicas; 3. La especial trascendencia constitucional: concepto jurídico indeterminado o directriz de actuación judicial; 4. El concepto de la especial trascendencia constitucional según nuestro Tribunal; 5. La especial trascendencia constitucional y el rol del Tribunal Constitucional; 6. A modo de conclusión.

1. Introducción

57

Ha transcurrido un año desde que una nueva composición del supremo intérprete de la Constitución ha entrado en funciones. La reconocida trayectoria y credenciales académicas de los nuevos magistrados han generado una alta expectativa respecto de esta nueva época para el constitucionalismo en el país. Se espera que las decisiones emitidas por este nuevo colegiado defiendan efectivamente los derechos fundamentales y la vigencia de la Constitución. En este sentido, se entiende que las sentencias de este Tribunal significan los instrumentos idóneos de comunicación con los ciudadanos. Mientras que, por otro lado, el establecimiento de precedentes vinculantes entraña una vía de comunicación institucional que marca el itinerario interpretativo de los derechos fundamentales. El Tribunal, mediante los precedentes vinculantes, también cumple la función de orientar la jurisprudencia de manera uniforme y mínimamente predecible frente a los ciudadanos.

* Juez Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Presidente del Jurado Nacional de Elecciones. Expresidente del Poder Judicial y de la Corte Suprema de Justicia de la República, presidiendo también el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Expresidente de la Academia Nacional de la Magistratura.

En este escenario, se ha emitido el primer precedente vinculante sobre la *sentencia interlocutoria denegatoria*. La decisión proviene del Expediente N° 00987-2014-PA/TC, del 6 de agosto de 2014. Se trata de un recurso de agravio constitucional interpuesto por Francisca Vásquez Romero a fin de que el Tribunal Constitucional revierta la decisión de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, que confirmó la improcedencia de su demanda. El Tribunal se pronunció sobre la improcedencia liminar declarada por las instancias previas, sin evidenciar mayor discrepancia con el fundamento de estas. El fallo confirmó la desestimación de la demanda de la señora Vásquez. Sin embargo, no se trata ya de un caso de improcedencia, sino de una sentencia interlocutoria denegatoria.

Se entiende que la decisión sobre el fondo de esta controversia, responde a la necesidad de analizar si este caso, como otros similares, requería de un pronunciamiento sustantivo del Tribunal; o, por lo contrario, la cuestión de derecho expuesta en el recurso no contenía trascendencia constitucional y por tanto debía emitirse una sentencia denegatoria, sin más trámite.¹ El caso finalmente sirve para discutir las condiciones bajo las cuales una controversia entre particulares sometida al conocimiento del Tribunal, podría ser desestimada sumariamente, al verificarse determinados supuestos. Conforme al precedente establecido con este fallo, se debe emitir una sentencia denegatoria interlocutoria sin más trámite, cuando la cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional².

58

Es sabido que son cientos de casos recurridos ante el Tribunal Constitucional tras una resolución denegatoria. El incremento de la carga procesal

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00987-2014-PA/TC, fundamento 49.

² De la sentencia interlocutoria denegatoria

«49. El Tribunal Constitucional emitirá sentencia interlocutoria denegatoria cuando:

- a) Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque;
- b) La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional;
- c) La cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional;
- d) Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

La citada sentencia se dictará sin más trámite.»

es una traba a la administración de justicia, sobre todo cuando se requiere que la justicia sea oportuna para tutelar efectivamente derechos fundamentales. Hay quienes han encontrado que la emisión de este precedente vinculante está claramente dirigida a enfrentar el problema de la carga procesal en el Tribunal Constitucional.³ Sin embargo, existe más de una arista de análisis de este precedente vinculante. En estas breves páginas se discutirá cuáles son las implicancias del establecimiento de este precedente vinculante para el desenvolvimiento de la jurisprudencia constitucional. Con este fin se pretenderá responder a la pregunta sobre la naturaleza y finalidad que el precedente persigue –o debería perseguir– en el contexto de un Estado constitucional de derecho.

Bajo esta perspectiva, el artículo aborda en primer lugar, la concepción de la especial trascendencia constitucional desde una mirada comparada a partir de las experiencias españolas y estadounidenses. En segundo lugar, se plantea la pregunta sobre la naturaleza de este concepto establecido en el precedente vinculante. Debemos adelantar que en tanto la especial trascendencia constitucional fundamenta la emisión de una sentencia interlocutoria denegatoria, no se trata de un requisito de admisibilidad o procedencia, pues estos están regulados en el Código Procesal Constitucional. Asimismo, la especial trascendencia constitucional es una razón para emitir una sentencia interlocutoria denegatoria; se trata de una guía para la motivación en sede judicial, antes que un requisito procedural. La pregunta entonces pasa por determinar si se trata de un concepto jurídico indeterminado, y por tanto, abre un espacio discrecional judicial o, más bien, si se trata de una directriz que responde a la necesidad de enfrentar la carga procesal, y por tanto, su aplicación más bien coadyuva a la seguridad jurídica apostando por una jurisprudencia mínimamente predecible frente a los ciudadanos. En todo caso pone bajo análisis la concepción de la especial trascendencia constitucional según nuestro Tribunal Constitucional. Finalmente, en tercer lugar, se discute si la naturaleza del precedente vinculante tiene algo que ver con el rol que debe cumplir un Tribunal Constitucional en un Estado constitucional de derecho. Pues, ni siquiera el supremo intérprete de la Constitución está exen-

³ Ver O. SAR, «El Tribunal Constitucional y el reto de enfrentar la carga procesal con inteligencia». Publicado el 9 de setiembre de 2014 en el portal web: *IUS 360°*.

to del escrutinio público respecto de sus decisiones; pues, en buena cuenta, estas son las consecuencias de vivir en democracia.

2. Una mirada comparada a la especial trascendencia constitucional en distintas tradiciones jurídicas

Es sabido que el concepto de especial trascendencia constitucional fue establecido, con dicha terminología, en la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, en el año 2007. Esta ley introduce el concepto de especial trascendencia constitucional en los requisitos de tramitación de amparos constitucionales de la siguiente manera:

Artículo 49º.1.- El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso.

Artículo 50º.1. b).- Que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.⁴

Con esta reforma se buscaba disminuir la carga procesal del Tribunal Constitucional español. Se cambió de un sistema en el cual se tenía que demostrar que no se aplica ninguna de las causas de inadmisibilidad, a un sistema en el cual el recurrente tiene la obligación de demostrar que una decisión sobre el fondo de su trámite de amparo se justifica en virtud de su especial trascendencia constitucional. Según lo previsto por el artículo 50º.1. b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, después de que el recurrente haya argumentado a favor de la trascendencia de su recurso, el Tribunal decide so-

⁴ Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, LO 6/2007.

Razones para comprender la «especial trascendencia constitucional»...

bre el carácter trascendente, ponderando si el contenido del recurso justifica su examen, y tomando en cuenta su importancia para la interpretación de la Constitución, su aplicación o su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

Durante los años que siguieron a la reforma, la jurisprudencia del alto tribunal español fue precisando los casos en los cuales determinará cuándo un recurso tiene especial trascendencia.

Por ejemplo, se falló que un problema relativo a un derecho fundamental bajo la competencia del Tribunal y para el cual este aún no ha previsto doctrina, justificaba la admisibilidad del caso para un estudio a fondo⁵. Otro ejemplo es el de los casos que le dan la oportunidad al Tribunal de aclarar su doctrina respecto a un tema, tomando en cuenta una evolución en su reflexión o de una realidad social que tenga un cierto impacto sobre el contenido de los derechos que se busca amparar⁶. La especial trascendencia aplicará, también, en el supuesto de que un tribunal inferior esté intencionalmente desacatando los principios asentados por el Tribunal Constitucional, o cuando el caso vaya más allá de los intereses de la parte recurrente, y que por lo tanto tenga una relevancia social o política⁷.

61

No tardaron los críticos en apuntar que estábamos frente a un concepto de alta vaguedad e indeterminación. Se ha dicho que la idea detrás de la reforma era introducir el concepto de especial trascendencia constitucional, para objetivar la admisión del recurso de amparo. Sin embargo, la reforma terminó incorporando consideraciones subjetivas, que no se fundamentan en el caso específico; sino más bien, en la subjetividad de los magistrados.⁸ En otras palabras, se pone en cuestión la amenaza de arbitrariedad que podría llevar consigo la discreción del juez al determinar qué es de especial trascendencia constitucional en el caso concreto.

⁵ SSTC 70/2009, de 23 de marzo [RTC 2009\70].

⁶ SSTC 36/2011, de 28 de marzo [RTC 2011\36].

⁷ SSTC 60/2011, de 5 de mayo [RTC 2011\60].

⁸ J. J. BONILLA SÁNCHEZ, «Motivos de inadmisión del recurso de amparo», en *Espacio y Tiempo. Revista de Ciencias Humanas*, núm. 24, 2010, p. 57.

Vale recalcar que el concepto de especial trascendencia, tal y como fue planteado en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español (LO 6/2007), no fue inventado por el legislador español. Viene siendo utilizado en distintas formas por el *BverfG* (Tribunal Constitucional alemán) y la Corte Suprema de Estados Unidos, desde varias décadas. En este extremo nos referiremos a la experiencia española y estadounidense para entender cómo ha surgido y evolucionado el concepto en esos dos ordenamientos.

Es probable que la preocupación doctrinal por la discrecionalidad que implica el análisis del criterio de especial trascendencia, se base en la experiencia estadounidense del *writ of certiorari*, en virtud del cual, los jueces de la Corte Suprema estadounidense tienen una considerable discreción respecto de la admisibilidad de un caso en revisión judicial. En el contexto estadounidense, el requisito de la importancia (*important constitutional issues*) aunque distinto y más amplio que el concepto de especial trascendencia constitucional, comprende el concepto creado por la LOTC española en su artículo 50º.1.b).⁹

62

La doctrina comparatista ha evidenciado la existencia de determinadas características de las reglas procesales de la Corte Suprema estadounidense, sobre las cuales quisiéramos también ofrecer unas cuantas observaciones. Se podría pensar que por tratarse de la tradición jurídica del *common law*, no existen muchas reglas escritas¹⁰ sobre las cuestiones procesales; sin embargo, se ha encontrado legislación sobre el particular, que puede ser útil a los fines de este trabajo. Es importante precisar que la Corte Suprema de los Estados Unidos es un tribunal general de apelaciones, lo que incluye apelaciones en materia constitucional.

Los casos llegan a la Corte Suprema por vía del *writ of certiorari*. La idea de *writ* viene del *common law* inglés, que al instaurarse creó un sistema muy formal de peticiones predeterminadas para casos específicos. En

⁹ M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Madrid, Reus, 2010, p. 224.

¹⁰ Esta es una presunción de los juristas de tradición civilista que la realidad jurídica del *common law* tiende a desbaratar de más en más; baste con referir a los esfuerzos de codificación como los *Restatements of the Law*.

este contexto, *certiorari* alude a la condición según la cual el juez ha de estar informado de la manera más completa. La acción del ciudadano ante la Corte Suprema, no es un derecho en sí –a la revisión de la decisión en otra instancia–, es más bien una petición.¹¹ De hecho, según la información institucional brindada por la misma Corte, aproximadamente 10 000 casos son presentados a la Corte Suprema por vía del *writ of certiorari*. De estos, solo unos 75 u 80, son concedidos y por lo tanto «escuchados» (*heard*).¹² Lo que significa que la Corte Suprema conoce mucho menos del 1% de los casos que son sometidos a su jurisdicción.

La jurisdicción de la Corte sobre los *writs of certiorari* se rige según las reglas X y siguientes de la parte III del Reglamento de la Corte Suprema. Vale recalcar que dicha norma fue establecida por la misma Corte.

El artículo X estipula que la revisión de un caso en virtud de un *writ of certiorari* no es un derecho, sino más bien una cuestión de discreción judicial. La petición será únicamente recibida por razones imperiosas (*compelling reasons*). El Reglamento ofrece ejemplos que no conforman un *numerus clausus* y que tampoco limitan o determinan completamente (*neither controlling nor fully measuring*) el ejercicio discrecional de la Corte al admitir un *writ of certiorari*: i) el caso de una corte de apelación que falló en contradicción de un fallo de otra corte de apelación de los Estados Unidos, respecto a una cuestión de importancia; si esta misma corte decidió una cuestión federal relevante, de manera que contradiga un fallo de un tribunal estatal de última instancia, o si se alejó de la práctica normal y usual de los procedimientos judiciales, de tal manera que llame la Corte Suprema a ejercer sus poderes de supervisión.

63

Otro ejemplo de razón imperiosa ii) es el caso en el cual una corte estatal de última instancia falló respecto a un tema federal relevante, de manera que contradiga una decisión de otro tribunal estatal de última instancia

¹¹ *Vid.* «Entrevista a Eloy Espinosa-Saldaña, magistrado del Tribunal Constitucional, acerca de la sobrecarga procesal y el recurso de agravio constitucional». Publicado el 18 de setiembre de 2014 en el portal web: *JUS 360°*.

¹² *Vid.* «Supreme Court of the United States», en el portal web: <http://www.supremecourt.gov/faq.aspx#faqg19>. Último acceso el 22 de mayo de 2015.

o a una Corte de apelación de los Estados Unidos. El último ejemplo que provee el Reglamento, es el caso en el cual un tribunal estatal o una corte de apelación de los Estados Unidos falle respecto de un tema de derecho federal, que no ha sido (pero que debería ser) asentado por la Corte Suprema; o que decida sobre una cuestión federal relevante, de manera que contradiga la jurisprudencia de la Corte Suprema¹³. La discreción relacionada a la inadmisibilidad de un *writ of certiorari* es una realidad en Estados Unidos desde 1925¹⁴, lo que explica que no parece haber debates vivos respecto al aspecto discrecional de la decisión de inadmisibilidad. Al respecto, también se podría decir que en la tradición del *common law*, el derecho a la apelación no va de suyo como en la tradición romano-germánica, y que existe únicamente en casos previstos por la ley.

Si el concepto de especial trascendencia constitucional en el contexto español genera preocupaciones respecto a su indefinición y, por tanto, riesgos respecto de la discrecionalidad por parte de los magistrados, es legítimo que la admisibilidad del *writ of certiorari*, en el caso estadounidense, cause preocupaciones por nuestros lares del mundo. Es más, pareciera que semejante institucionalización de la discreción del magistrado colisionaría con el derecho del recurrente a obtener una decisión judicial debidamente motivada.

La ley española también conlleva una cierta arbitrariedad, puesto que una decisión que declare inadmisible un recurso apenas tendrá que proveer precisiones sumarias. Es decir, la ley española dispone que las providencias de inadmisibilidad solo tendrán que especificar el requisito incumplido. También estipula que solo podrá el Ministerio Fiscal recurrir contra dichas providencias en un plazo de tres días¹⁵. Esta *motivación parcial* en el caso español, al compararse con las prerrogativas de la Corte Suprema estadounidense, pareciera por lo menos ofrecer algún tipo de justificación, pues se brinda al justiciable someras razones respecto de la desestimación de su recurso. Por otro lado, el juez de la Corte Suprema estadounidense solo desestima la solicitud, sin ofrecer justificación.

¹³ Artículo 10º, *Rules of the Supreme Court*.

¹⁴ Vid. E. A. HARTNETT, *Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years After the Judges' Bill*, Columbia, Law Review, vol. 100, núm. 7, noviembre 2000.

¹⁵ Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, LO 6/2007, artículo 50º.3.

Para mejor y para peor, la discrecionalidad inherente a los filtros de admisibilidad que hemos comentado le da un poder más amplio al Tribunal de decidir sobre qué casos fallará y, por lo tanto, de decidir su propia agenda¹⁶. Es claro que ello refuerza la habilidad de dichos tribunales para erigirse como entes de *policy-making*, en un contexto en el cual se busca equilibrar los distintos poderes del ordenamiento estatal.

En el escenario peruano, la especial trascendencia constitucional que deben presentar las causas ante el Tribunal Constitucional para merecer un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, de acuerdo con el precedente vinculante, se inspira directa o indirectamente en la práctica de los ordenamientos jurídicos antes reseñados. Para dilucidar este extremo, abordaremos a continuación la naturaleza de la especial trascendencia constitucional en el contexto peruano, a partir de su configuración en vía jurisprudencial.

3. La especial trascendencia constitucional: concepto jurídico indeterminado o directriz de actuación judicial

65

La pregunta por la naturaleza de la especial trascendencia constitucional en el precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional, pasa por recapitular la concepción y el funcionamiento del precedente en la cultura jurídica peruana, de acuerdo con los tipos de normas existentes en el ordenamiento jurídico. Conforme lo hemos dicho previamente, somos de la idea de que la especial trascendencia constitucional fijada en la sentencia no implica el establecimiento de un requisito procedural; sino más bien significa la provisión de razones para decidir, o sentenciar, comporta una guía para la motivación de la decisión judicial. Pues, en la medida en que el juez se encuentre frente a una demanda que no contenga especial relevancia constitucional, podrá emitir sentencia interlocutoria denegatoria, tras haber motivado por qué el caso en cuestión no es de relevancia constitucional.

¹⁶ E. A. HARTNETT, «Questioning Certiorari: Some Reflections Seventy-Five Years After the Judges' Bill», en *Law Review*, vol. 100, Columbia, núm. 7, noviembre-2000, p. 1719.

Habiendo tomado distancia frente a una lectura procedural del precedente, volvemos al análisis sustantivo. El enfoque neoconstitucional¹⁷ es casi uniforme al conceptualizar que el precedente vinculante se erige como una norma jurídica, establecida por el juez, en el ordenamiento. El precedente constitucional vinculante tiene además la fuerza del supremo intérprete de la Constitución, por lo que la eficacia vertical es menos controvertida que en el Poder Judicial. Los precedentes vinculantes en nuestra cultura jurídica, emergen frente a la práctica positivista del derecho y significan una victoria frente al viejo Estado de derecho para dar paso al Estado constitucional de derecho.

La dinámica entre poderes, en la lógica del Estado de derecho, aceptaba que el juez fuera la boca de la ley, sin posibilidad de discutirla o dotarla de contenido, únicamente aplicarla. En cambio, el rol del juez en el Estado constitucional de derecho postula que el juez es el garante de los derechos¹⁸; por tanto, es responsable de llenar de contenido el texto que el parlamento aprueba. De este modo se pretende que las normas sean interpretadas a la luz de la realidad y las necesidades de los ciudadanos que recurren ante el juez, y no de los representantes que pueden legislar de espaldas a la ciudadanía. Esta nueva dinámica postulada por la teoría del Estado constitucional de derecho incorpora una nueva relación entre jueces y parlamento. Postula una forma de derecho dinámico que no se encuentra más encerrado en los límites del texto emitido por el parlamento.¹⁹

La sola idea del precedente vinculante, en nuestra cultura jurídica, rompe el paradigma según el cual los poderes del Estado funcionan en compartimentos estancos. Por lo contrario, la idea de los pesos y contrapesos de la práctica jurídica norteamericana da luces sobre la posibilidad de que un poder corrija aquella actuación que se oponga a la Constitución. Este discurso ayuda a comprender la posibilidad de que mediante un precedente vinculante se establezca una nueva norma que signifique el desarrollo y evolución de la interpretación jurídica de los derechos fundamentales, cuya encargatura recae, en última instancia, en el Tribunal Constitucional.

¹⁷ M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2010.

¹⁸ A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*, Madrid, Trotta, 2009.

¹⁹ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2011.

Razones para comprender la «especial trascendencia constitucional»...

Dicho esto, se debería aspirar a que el funcionamiento de los precedentes constitucionales vinculantes sirvan para corregir o completar la legislación que puede ser contradictoria o presentar vacíos y de esta forma dirigir el curso interpretativo de los derechos fundamentales, para finalmente garantizar su ejercicio efectivo a los ciudadanos. No obstante ello, la cultura jurídica predominantemente formalista en el escenario peruano ha impregnado también la comprensión del precedente vinculante. En este sentido, se entiende que el establecimiento de un precedente vinculante incorpora una nueva norma de tipo regla al ordenamiento jurídico. Es decir, se entiende el precedente como una norma regla contenida por un supuesto y una consecuencia, como las que el legislativo aprueba. Paradójicamente, el precedente vinculante entendido como una norma regla, lo somete a la lógica de la subsunción, característica del Estado de derecho.

Habiendo quedado dilucidado que el juez puede emitir normas jurídicas mediante los precedentes vinculantes, corresponde preguntarnos qué tipo de norma resulta coherente con el Estado constitucional de derecho. Sobre el particular es necesario traer a la discusión las ideas de Ronald Dworkin, reconocido filósofo norteamericano del derecho, que nos dejó una teoría para comprender el derecho como integridad, exhibiendo una conexión con la moral. Según Dworkin²⁰, se puede diferenciar entre reglas, principios y directrices. De manera sucinta se puede decir que mientras las reglas son normas de aplicación de todo o nada, los principios brindan razones para decidir y las directrices orientan el desarrollo de objetivos sociales y políticos. Esta distinción servirá para dilucidar qué tipo de norma jurídica sería la establecida mediante el precedente vinculante.

67

Bajo la lógica de que el precedente ha sido establecido para enfrentar la carga procesal, la interpretación más coherente con esta finalidad, debería señalar que el precedente es una directriz que cumple la función de coadyuvar al objetivo de reducir la sobrecarga procesal. Se trata de un objetivo que responde a una política judicial establecida por este particular colegiado, que bien podría cambiar con un nuevo consenso de los mismos magistrados u otros, que no consideren prioritario enfrentar el problema de la sobrecarga

²⁰ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, cap. 2.

procesal. La directriz también responde a un objetivo social, o más bien, a un problema de interés público que tiene que ver con el adecuado funcionamiento del servicio de administración de justicia. Si la carga de causas pendientes de resolución hacen imposible que el Tribunal garantice efectivamente los derechos fundamentales de forma oportuna, no se podría cumplir con la dimensión subjetiva de los procesos constitucionales.

Además de la posibilidad de que el precedente vinculante sea una norma directriz, se ha esbozado que la especial trascendencia constitucional es un concepto jurídico indeterminado²¹. La característica primordial de un concepto jurídico indeterminado es el establecimiento de postulados abiertos a la interpretación, que dota de contenido lo postulado por el concepto. En este sentido, se puede afirmar que si la especial trascendencia constitucional es un concepto jurídico indeterminado, se asemeja más a la estructura de una norma-principio. Creemos que esta posibilidad es la más compatible con un Estado constitucional de derecho, pues al establecer el Tribunal Constitucional el precedente vinculante, no solo configura una norma jurídica sino que también establece un diálogo con las cortes inferiores. Una norma-principio como la especial trascendencia constitucional brinda razones –a otros jueces– para decidir o fallar determinados casos. Sin embargo, la norma-principio contenida en un precedente vinculante no suspende la obligación de motivar por qué se considera que determinado caso no reviste una especial trascendencia constitucional, conforme a lo señalado en el precedente vinculante. No podría entonces decirse que el precedente vinculante entraña algún atisbo de arbitrariedad, y que deja un espacio peligroso en el cual el juez decide qué casos son o no son de trascendencia constitucional. Esto bajo la consideración de que el precedente vinculante es una norma-principio, y no una norma-directriz. Aun frente a la existencia de discrecionalidad judicial, se debe entender que se trata de un espacio abierto a la motivación, que vuelve a dotar de contenido en cada decisión el precedente establecido por el Tribunal.

²¹ D. ORTEGA GUTIERREZ, «La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de junio». Publicado en en portal web de la *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México*.

4. El concepto de la especial trascendencia constitucional según nuestro Tribunal

Los fundamentos 50 y 51 de la sentencia *sub judice* plasman el contenido y el *telos* del concepto de especial trascendencia constitucional de la siguiente manera:

50. Existe una cuestión de especial trascendencia constitucional *cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental* (la cursiva es nuestra).

51. De este modo, el Tribunal Constitucional, a la luz de su jurisprudencia, cumplirá adecuada y oportunamente con su obligación de garantizar la supremacía de la Constitución y el efectivo respeto de los derechos fundamentales. Preservará, así, la autoridad que le ha confiado el pueblo a través del Congreso de la República.²²

La lectura de los dos fundamentos, de forma conjunta, hace manifiesta la doble finalidad que el Tribunal otorga a la especial trascendencia constitucional: una finalidad objetiva y otra subjetiva. Respecto a la finalidad objetiva, esta se expresa en el hecho de que «existe una cuestión de especial trascendencia constitucional cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia». Vale recalcar que no puede leerse la terminología empleada por el Tribunal, sin recordar la *important question* o *important matter*²³ de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que resulta bastante similar.

En su fundamento 51, el Tribunal también plantea explícitamente la finalidad objetiva de la aplicación del concepto de especial trascendencia constitucional cuando dice: «[...] de este modo, el Tribunal Constitucional, a la luz de su jurisprudencia, cumplirá adecuada y oportunamente con su obligación de garantizar la supremacía de la Constitución».

²² Sentencia recaída en el Expediente N° 000798-2014/PA-TC

²³ Véase el artículo 10º, *Rules of The Supreme Court of the United States*.

Sin embargo, el Tribunal también plantea el contenido y la finalidad subjetivos del concepto que nos interesa. Ello se evidencia en la importancia dada a la urgencia de una revisión específica atinente a derechos fundamentales y también a la obligación del Tribunal de asegurar el efectivo respeto de los derechos fundamentales.

Por tanto, se podría afirmar que, al formular el concepto de especial trascendencia constitucional, el Tribunal ha tomado en cuenta que los procesos constitucionales tienen dos finalidades, una objetiva y la otra subjetiva. La primera se refiere a la defensa de la Constitución y la segunda a la tutela de los derechos del caso concreto, según lo previsto en el Código Procesal Constitucional²⁴. Cabe recalcar que el Tribunal en una decisión posterior al establecimiento del precedente se refiere explícitamente a dichos criterios objetivos y subjetivos²⁵.

En la sentencia recaída en el Expediente N° 03221-2014-PHC/TC, al aplicar el concepto de especial trascendencia, el Tribunal estipula en su segundo fundamento que:

70

En el presente caso, se evidencia que el recurso de agravio no está referido a una cuestión de derecho de especial trascendencia constitucional. Al respecto, un recurso carece de esta cualidad *cuando su contenido no está referido al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental*; cuando se relaciona con un asunto materialmente excluido del proceso de tutela de que se trate; o, finalmente, cuando lo pretendido no alude a un asunto que requiere una tutela de especial urgencia (las cursivas son nuestras).

Expresado de otro modo, y teniendo en cuenta lo dicho en el fundamento 50 de la STC N° 00987-2014-PA/TC, una cuestión no revisite especial trascendencia constitucional: i) si una futura resolución del Tribunal Constitucional no soluciona ningún conflicto de relevancia constitucional, pues no existe lesión de derecho fundamental comprometida o se trata de un asunto que no corresponde ser resuelto en la vía

²⁴ Artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del Perú.

²⁵ Véase la sentencia recaída en el Expediente N° 03221-2014-PHC/TC.

constitucional; o, ii) si no existe necesidad de tutelar de manera urgente el derecho constitucional invocado, sin que medien razones subjetivas u objetivas que habiliten a este órgano colegiado a emitir un pronunciamiento de fondo.²⁶

En el primer párrafo del fundamento citado, pareciera que el TC está ampliando innecesariamente el contenido material de la especial trascendencia al incluir que un recurso carece de esta cualidad *cuando su contenido no está referido al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental*. Esta afirmación no se encuentra en el fallo que integra el concepto que nos interesa y resulta ser una reiteración, puesto que lo mismo ya está previsto por el inciso 1 del artículo 5º del Código Procesal Constitucional.

El mismo criterio fue reiterado por el Tribunal en varios otros expedientes²⁷, y se puede afirmar que cada uno de ellos provee motivación respecto al rechazo de la admisibilidad, fundamentado en la ausencia de especial trascendencia constitucional. Esta observación nos permite, por un lado, confirmar la naturaleza de norma-principio que hemos atribuido a la especial trascendencia constitucional, en el acápite anterior. Por el otro, sirve también para desestimar las preocupaciones relacionadas con los riesgos de la discrecionalidad que conlleva la aplicación de un concepto como el de especial trascendencia constitucional.

71

5. La especial trascendencia constitucional y el rol del Tribunal Constitucional

La discusión del concepto de la especial trascendencia constitucional ha traído a la palestra la pregunta sobre el rol que debe cumplir un Tribunal Constitucional como el nuestro, en el contexto de un Estado constitucional de derecho. La pregunta atiende a la consideración sobre el papel de una corte de vértice, ya sea para unificar la jurisprudencia mediante precedentes vinculantes que el Tribunal decida fallar, ya sea para resolver causas que involucren la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la Constitución.

²⁶ Exp. N° 03221-2014-PHC/TC.

²⁷ Véase, entre otros, los Exps. N° 00859-2014-PHC/TC, N° 0405 2014-PA/TC y N° 01151-2014-PHC/TC.

Según la Constitución, es atribución de este colegiado conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento²⁸. Consideramos que la improcedencia resulta un caso de resolución denegatoria particularmente vinculado con la especial trascendencia constitucional.

La causal de improcedencia contenida en el inciso 1 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional²⁹ se refiere a la falta de argumentación referida al contenido constitucionalmente protegido del derecho cuya vulneración se invoca. Ya que la improcedencia resulta una resolución denegatoria, cuando esta se fundamenta en la inexistencia del contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, el justiciable tiene la puerta abierta para recurrir en última y definitiva instancia al Tribunal Constitucional.

Es altamente probable que una resolución denegatoria que haya declarado improcedente una demanda por carecer de justificación vinculada al contenido constitucionalmente protegido de un derecho invocado, tampoco contenga especial trascendencia constitucional. En este sentido, los casos declarados improcedentes, como el de la señora Vásquez que motivó el establecimiento del precedente vinculante, suman a la carga procesal del Tribunal Constitucional. Aunque la norma procedural ha establecido filtros que permitan una rápida respuesta a casos de improcedencia por falta de argumentación sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, la función constitucional del Tribunal de ser última y definitiva instancia frente a las resoluciones denegatorias de procesos constitucionales exige del Tribunal un pronunciamiento en estos casos.

El incremento de la carga procesal es un problema innegable y se sabe que es una traba en la administración de justicia, sobre todo cuando se trata de tutelar los derechos fundamentales de las personas de forma efectiva, pues se requiere inevitablemente que la justicia sea oportuna. La función de tutela

²⁸ Artículo 202°, inciso 2, de la Constitución Política del Perú.

²⁹ Artículo 5°.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

Razones para comprender la «especial trascendencia constitucional»...

efectiva de los derechos fundamentales, que cumple la dimensión subjetiva de los procesos constitucionales, requiere que el Tribunal se encuentre en posibilidad de emitir decisiones que protejan los derechos, en un plazo razonable. De hecho, en razón de la desmedida carga procesal en el Poder Judicial es que se requiere nuevos procesos judiciales para la tutela de los derechos fundamentales, con lo cual se origina nuevamente una sobrecarga procesal en el Tribunal Constitucional. Si el Tribunal padece de este mismo problema institucional, flaco favor hará a la tutela de los derechos fundamentales, en su papel de última y definitiva instancia de los procesos constitucionales.

Es consistente la argumentación que sostiene que es rol del Tribunal Constitucional forjar una postura frente al problema de la sobrecarga procesal. De hecho, siguiendo la lógica según la cual el precedente se ha establecido para enfrentar la carga procesal, el rol del Tribunal Constitucional terminaría asemejándose más a la práctica norteamericana en el que los *writs of certiorari* son conocidos a sola elección de la Corte Suprema de Estados Unidos y sin motivación para el peticionante. Sin embargo, nuestro modelo de control constitucional y el papel que el Tribunal Constitucional cumple, parecen distintos.

73

Desde la perspectiva de la especial trascendencia constitucional como una norma-principio, se tiene que esta siempre conlleva una carga de argumentación y motivación. Lo cual difiere sustancialmente del modelo norteamericano precisamente por el rol que este desempeña en el escenario constitucional. No se podría hablar entonces de una elección de casos que el Tribunal Constitucional decida fallar, para de esta forma aminorar la carga procesal, y con ello afinar su producción de precedentes para guiar la interpretación de la Constitución en las cortes de inferior rango.

Por lo contrario, parece que la Constitución ha atribuido, de forma irrenunciable, el rol de ser una instancia judicial para la resolución de controversias vinculadas directamente con la garantía y efectiva vigencia de los derechos fundamentales y la Constitución. Lo contrario denegaría a los ciudadanos la posibilidad de recurrir en última instancia al supremo intérprete de la Constitución. Por otro lado, el rol de garante de la Constitución y los derechos fundamentales responde a un diseño institucional distinto al caso de la Corte Suprema de Estados Unidos, precisamente por el ejercicio de una discreción siempre adherida a la exigencia de motivación.

6. A modo de conclusión

Una aproximación comparada a la especial trascendencia constitucional permite observar las distintas soluciones que han emprendido los altos tribunales extranjeros, frente al problema común de la sobrecarga procesal de las cortes de vértece. Sin embargo, aunque el establecimiento del precedente vinculante sobre la sentencia interlocutoria denegatoria tenga la aptitud de impactar en la carga procesal, la naturaleza de la especial trascendencia constitucional responde más bien al de una norma-principio, antes que al de una norma-directriz. Esta confusión podría hacer pensar que el Tribunal Constitucional, con el establecimiento de este precedente, ha pretendido discutir el rol que cumple en el Estado constitucional. Más bien, la articulación de estas reflexiones llevaría a afirmar que la atribución de última y definitiva instancia de los procesos constitucionales que la Constitución le ha otorgado, exige que la especial trascendencia constitucional se entienda como una razón para decidir cuándo corresponde emitir sentencia interlocutoria denegatoria, sin que ello deje la puerta abierta al ejercicio de la discreción judicial, que puede llegar a la arbitrariedad. Más bien, tratándose de la aplicación de una norma-principio, se requiere, inevitablemente, de la debida motivación y justificación que la sostenga, dotándola además de legitimidad. Esta sería la única lectura posible de la especial trascendencia constitucional contenida en el precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional.

El régimen del recurso de agravio constitucional, los precedentes y las sentencias interlocutorias*

✉ ANÍBAL QUIROGA LEÓN**

Sumario:

1. Introducción; 2. Instrumentos del derecho procesal constitucional en el Perú, 2.1. Control orgánico, 2.1.1. Control difuso, 2.1.2. Acción de inconstitucionalidad de las leyes, 2.1.3. La acción de popular, 2.1.4. Contienda de competencia.

El Tribunal Constitucional es una pieza inventada de arriba abajo por el constitucionalismo norteamericano y reelaborada, en la segunda década de este siglo [XX], por uno de los más grandes juristas europeos, Hans Kelsen. Su punto de partida es, como se comprende, que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera de todas, *lex superior*, aquella que sienta los valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de erigirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA

Los dos modelos, el americano y el europeo, se aproximan paulatinamente, de manera recíproca, y como ejemplo podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de Estados Unidos, que en apariencia es el tribunal federal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso, por medio de su competencia discrecional denominada *certiorari* [...] pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional, ya que la mayoría, por no decir la totalidad de los asuntos de que conoce, tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos. Por otra parte, sus resoluciones son obligatorias para todos los jueces del país, de acuerdo con el principio que se califica de *stare decisis* (obligatoriedad del precedente), de manera que cuando la citada Corte Suprema declara la inconstitucionalidad de una Ley, dicho fallo posee en la práctica efectos generales, pues debido a su prestigio moral también las autoridades administrativas acatan sus resoluciones.

Héctor FIX-ZAMUDIO

* Esta es la primera parte del trabajo, cuyo segundo tramo se publicará en nuestro próximo número.

** Profesor Principal y ex Editor General de la Revista Derecho-PUC de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima. Abogado en ejercicio.

1. Introducción

El conjunto de cambios generados a nivel mundial en la comprensión de los elementos clave del constitucionalismo ha tenido en el Perú repercusiones insospechadas, frente a las cuales en su caso el Tribunal Constitucional (TC) ha debido dar respuesta. Dicha respuesta ha implicado, en algunos supuestos, la incorporación sin más de alternativas ya adoptadas en otros ordenamientos jurídicos nacionales; y en otros, la toma de elementos de la experiencia comparada para configurar una respuesta propia. Una de las expresiones de este tipo de soluciones fue la expedición del precedente «Vásquez Romero», que establece un procedimiento especial y expeditivo para el trámite del rechazo liminar de recursos de agravio constitucional, considerados manifiestamente improcedentes en función a la aplicación de determinadas causales.

Es ya conocido que en el Perú el derecho procesal constitucional (DPC) tiene un innegable desarrollo, no solo por la abundante doctrina que sobre la base de las diversas instituciones constitucionales se ha construido, sino también por la copiosa jurisprudencia especializada y muchas veces acertada, emitida por el supremo intérprete de la Constitución, en la defensa de los derechos fundamentales.

Así, la tutela procesal efectiva, como garantía básica y símil de un debido proceso, busca obtener a través de los procesos constitucionales, la defensa efectiva de los derechos fundamentales, consagrados explícita o tácitamente en la Constitución. No obstante ello, la obtención de una tutela procesal efectiva, parte del respeto de las diversas instituciones constitucionales, así como de la utilización de diversos instrumentos procesales que garanticen su correcta eficiencia.

Efectivamente, el presente trabajo tiene como contexto el evidente y notorio auge del DPC en el Perú de hoy y su innegable desarrollo, al punto de haberse emitido, en agosto último, un claro precedente vinculante recaído en el Exp. N° 0987-2014-AA/TC, que regula la emisión de las sentencias interlocutorias y cuyo objeto es emitir un filtro para el conocimiento de fondo de todas aquellas peticiones constitucionales que evidencien la vulneración del contenido constitucionalmente protegido del derecho alegado de concurrencia o amenaza de vulneración.

Es pues esta joven disciplina escindida del derecho constitucional y del derecho procesal de la que ya no se discuten sus perfiles propios, tanto en su actividad académica o doctrinaria, cuanto en su desarrollo jurisprudencial por medio de los tribunales de justicia o del TC, lo cual se ha visto reflejado en los posteriores e incontrastables trabajos de investigación con el primordial objetivo de desarrollar, en un primer momento, la definición y adecuada comprensión de los diversos «instrumentos» que el derecho constitucional ofrece en la actualidad para su determinación, defensa, adecuada interpretación, control interórganos y desarrollo; tal como lo informa la propia Constitución, y que finalmente se ha plasmado en el Código Procesal Constitucional. En este panorama resulta de vital importancia la función y el rol que se ha recomendado al TC, entendido como el máximo órgano de control y de interpretación de la Carta Magna.

2. Instrumentos del derecho procesal constitucional en el Perú

El contenido del derecho procesal constitucional está dado, como lo afirma César Astudillo¹, por aquellas categorías mediante las cuales se tutela la Constitución, optándose así por una tesis amplia. Esta rama engloba el estudio dogmático-teórico de los diversos procesos constitucionales, la magistratura constitucional, así como la jurisdicción constitucional y las instituciones procesales específicas que incluye, claro está, el debido proceso; y que tiene como fin satisfacer dos bienes jurídicos tutelados: los derechos fundamentales de los ciudadanos y el principio de supremacía constitucional².

77

Así pues, debido a la uniformidad de criterio existente, debemos afirmar que el DPC constituye hoy por hoy, una disciplina novísima que ha logrado una identidad y fisonomía propias, contando con una carga genética que difiere de las demás ramas del derecho procesal (civil, laboral,

¹ C. ASTUDILLO, «Doce tesis en torno al derecho procesal constitucional», en E. FERRER MAC-GREGOR, y A. ZALDIVAR LELO DE LARREA, *La ciencia del derecho procesal constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, «Tomo I: Teoría general del derecho procesal constitucional», México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pp. 247-302.

² O. ALFREDO GOZAINI, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 33-70.

contencioso-administrativo, penal, entre otros), en la medida que ha surgido de la exigencia impuesta por la corriente neoconstitucional imperante en los sistemas democráticos.

Sin duda, esta rama científica es considerada a nivel latinoamericano –incluido nuestro país– como la más importante, pese a su juventud respecto de las demás ramas del derecho procesal vigente, e incluso superando al clásico derecho procesal civil. Así pues, «la vertiginosa presencia del Derecho Procesal Constitucional viene cobrando un vigoroso fortalecimiento dentro del concierto de las demás procesales; al extremo que de *capitis diminutio* frente al desarrollo epistémico del procesalismo ortodoxo y clásico, hoy bien puede afirmarse que ella, sin proponérselo, se está convirtiendo en la *primus inter pares* en relación con las clásicas disciplinas del derecho procesal civil, penal, laboral, etc.»³

Indistintamente de la importancia que viene gestando esta rama jurídica a nivel del derecho procesal moderno, resulta trascendente mencionar el carácter autónomo del DPC, al menos en el ámbito pedagógico; autonomía que se refleja, como lo afirma Escobar Fornos⁴, en la consolidación de los cuatro aspectos que determinan que una disciplina llegue a formar una rama autónoma: legislación, magistratura especializada, doctrina y el sentido común.

En este punto podemos determinar que aquellos instrumentos procesales que contiene una Carta constitucional para su defensa y control han sido incorporados en el curso de la historia y reciente evolución constitucional, con la finalidad de brindar a los justiciables la posibilidad de solicitar, como pretensión procesal, la defensa y prevalencia efectiva de la norma constitucional. Ello, claro está, se encuentra determinado por ciertos límites, que en principio los podremos encontrar en el propio texto constitucional y

³ G. ETO CRUZ, *El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales/JUSPER, 2008, p.19.

⁴ I. ESCOBAR FORNOS, *Fundamentos del derecho procesal constitucional*, en E. FERRER MAC-GREGOR y A. ZALDIVAR LELO DE LARREA, *op. cit.*, pp. 420-422.

que responden en algunos casos a una opción política, habida cuenta que el texto constitucional es una norma de eminente contenido político con una expresión y un ropaje jurídico; en tanto que, en otros casos, estos límites podremos encontrarlos en las normas legales que regulan y desarrollan dichos procesos constitucionales, que, no obstante no ser parte integrante del texto formal de la Constitución, materialmente deberán ser consideradas como normas de rango constitucional, puesto que su contenido se refiere al mismo, desarrollándose sin que ello signifique que tengan el mismo nivel jerárquico de la Carta constitucional, de la que, como hemos visto, emana la naturaleza normativa de esta.

Una primera y rápida revisión de la Constitución vigente nos podría llevar erróneamente a apreciar que solo se han determinado como instrumentos procesales de protección constitucional, o procesos constitucionales, a aquellos enumerados en el art. 200° de la Carta constitucional; puesto que, si revisamos con mayor minuciosidad, encontraremos que en adición a los procesos constitucionales contenidos en el ya mencionado art. 200°, tenemos que el art. 138° en su segunda parte, el art. 148° y el inc. 3 del art. 202°, forman parte también del derecho procesal constitucional peruano.

79

Así, encontramos que este esquema nos determina que son nueve los procesos constitucionales contemplados en la Constitución, los que a continuación pasamos a enumerar:

Control difuso o judicial review de la constitucionalidad de las normas legales (art. 138°);

Hábeas corpus (art. 200°, inc. 1);

Acción de amparo (art. 200°, inc. 2);

Hábeas data (art. 200°, inc. 3);

Acción de inconstitucionalidad de las leyes (art. 200°, inc. 4);

Acción popular (art. 200°, inc. 5);

Acción de cumplimiento (art. 200°, inc. 6); y,

Contienda de competencia constitucional (art. 202°, inc. 3).

Por ello, y en atención a lo referido en el análisis del primer ítem del presente ensayo, podremos organizar a todos estos procesos constitucionales

en dos diferentes clases: i) las acciones propiamente de garantía o defensa de las libertades, por un lado; y, ii) las acciones de control constitucional o de control orgánico, por el otro.

La diferencia entre ambos tipos de procesos constitucionales radicará en su objeto, finalidad y en el foro de ubicación de su debate y desarrollo; manifestando además el tipo de proceso a través de la pretensión específica –y sus efectos– que se vaya a solicitar al juzgador constitucional.

2.1. Control orgánico

2.1.1. Control difuso

El llamado sistema difuso o de *judicial review* de la constitucionalidad de las leyes, basa su esencia y calidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características, una funcional y otra espacial. La primera se halla sistemáticamente ubicada como atributo constitucional innombrado de toda Constitución escrita.

80

Hoy en día, en los países en que se la ha incorporado, aparece expresamente y siempre dentro del capítulo del Poder Judicial (por eso la denominación de sistema difuso, esto es, atributo distribuido o difundido entre todos los órganos del Poder Judicial, entre todos sus agentes en cuanto funcionen u operen como tales, toda vez que no hay ningún órgano específico ni un procedimiento directo que la acapare). Aparece como un atributo del Poder Judicial y no es susceptible de transvase por la vía interpretativa o analógica a otros órganos del Estado. En segundo lugar, es absolutamente unánime que en su modelo de origen, el sistema solo opera en el escenario de un proceso judicial concreto y real. Esto es, la facultad judicial de oponer su interpretación de un principio o postulado constitucional a su interpretación de una ley del congreso, dando por resultado la descalificación de la segunda, siempre para el caso concreto y solo con efectos inter partes y mediante declaración judicial de inaplicación, solamente será constitucionalmente válida y jurídicamente posible, en los márgenes de un caso concreto donde la ley sea duditada por ser precisamente aquella con la que el juzgador ordinario debe decidir ineluctablemente la controversia judicial. Esto es, el único escena-

rio válido en el que el juzgador ordinario abre su facultad constitucional de juzgar la inconstitucionalidad de una ley será su confrontación, en un caso concreto, con los bienes jurídicos tutelados materia de una real controversia judicial, solo en tanto y en cuanto esa ley entre necesariamente al examen en su aplicación concreta, real y tangible⁵. Así aparece de modo expreso tanto en la segunda parte de la Constitución de 1993 y en el art. 14º del TUO de la LOPJ, que a la letra dice: «de conformidad con el art. 236º de la Constitución, cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera». Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no quepa recurso de casación

En todos estos casos los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

81

Esto quiere decir que la justicia constitucional determinada bajo el esquema o modelo anglosajón de la *judicial review* es, en realidad, una justicia constitucional subsidiaria, residual y fundamentalmente subjetiva. *Subsidiaria* porque sucede necesariamente a la tarea judicial ordinaria de los tribunales de justicia y es una facultad discrecional del juez ordinario, además del juez constitucional. *Residual* porque la actividad de control constitucional que hace el juez ordinario está añadida a su tarea principal, donde el control constitucional indirecto y limitado al caso concreto, interpartes, nunca le puede relevar de su función de hacer reparto o distribución de los bienes jurídicos tutelados –cualquiera sea la naturaleza, dimensión o denominación

⁵ D. FURNISH, «La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos», en *Themis*, Lima, núm. 7, 1967, p. 88.

de estos— materia de la controversia judicial. Y *subjetiva* porque la determinación de la constitucionalidad o no de una norma legal, está en manos del juez ordinario, que recrea su función judicial con la de contralor concreto de la Constitución como parte adicional de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario, y con una pretensión material y concreta.

2.1.2. Acción de inconstitucionalidad de las leyes

El parámetro constitucional de análisis en la constitucionalidad de las leyes viene dado por la premisa de la cual se parte, como elemento de referencia básico y, a la vez, comparativo, para determinar si una norma es constitucional o, si por el contrario, carece de tal calidad, por encontrarse incursa en alguna causal de inconstitucionalidad que la invalide. Ello es así, en razón de que el análisis de constitucionalidad es, en esencia, un ejercicio comparativo entre dos elementos: uno del cual se parte y se toma como referente o parámetro; y otro que se compara con aquel para determinar si se desarrolla dentro de su marco o colisiona con él.

En tal sentido, el parámetro constitucional en el caso del Perú está dado por la Constitución vigente, que data del año 1993, en tanto norma suprema que es expresión del poder constituyente, cuyo titular primigenio y auténtico es el pueblo; Constitución que debe ser tomada no solo como un conjunto normativo, sino, además, como un conjunto de principios y valores, cuyo sentido y alcances son determinados por el TC en su condición de supremo intérprete de esta.

Un concepto esencial que debe precisarse cuando se realiza el examen de una norma confrontándola con el parámetro constitucional –a fin de determinar si incurre en alguna causal de infracción constitucional– es el de la constitucionalidad. Debemos, pues, determinar primero qué es la constitucionalidad, máxime si el DPC, rama del derecho procesal y del derecho constitucional –que estudia los denominados procesos constitucionales–, la ofrece como una de las categorías conceptuales más importantes en la tarea de lograr la eficacia de la supremacía constitucional, vale decir, en la tarea de alcanzar el pleno imperio de la Constitución, en tanto fuente suprema del

derecho y expresión del poder constituyente; supremacía constitucional que es vital en el modelo de Estado constitucional moderno que pretende ser el Perú, cimentado, precisamente, en la doctrina jurídica de la soberanía de la Constitución.

Ahora bien, desde la óptica del DPC, la eficacia o vigencia de la supremacía constitucional comprende dos planos: el plano fáctico y el plano normativo.

En el primero de ellos, en el plano *fáctico*, la supremacía constitucional se traduce en el pleno y cabal acatamiento de la normativa constitucional, por quienes conforman el Estado-nación, traducido en conductas concretas de gobernantes, gobernados y, en general, del cuerpo social, de objetivación de las reglas constitucionales. En este plano, la Constitución se hace realidad tangible, se concretiza. Por consiguiente, podrá hablarse con propiedad de supremacía constitucional en la medida que, existiendo una conciencia de la jerarquía de la Constitución, como expresión del poder constituyente, y de su rol, como herramienta político-jurídica social clave del sistema adoptado, se traduzca en los hechos de la vida cotidiana. La supremacía constitucional en lo fáctico exige una Constitución en vivo, actuante y presente en la realidad de cada día, encarnada en cada uno de los miembros del Estado constitucional.

83

En el segundo de ellos, en el plano *normativo*, la supremacía constitucional se traduce en la estructuración y plasmación de una normativa infraconstitucional de implementación, complementación y reglamentación, en sus diversos niveles, estrictamente ajustada a los valores, principios y normas de la Constitución, que asegure la coherencia del sistema jurídico y la preservación de la norma suprema.

En este plano, la supremacía constitucional se efectiviza en las normas jurídicas reglamentarias de la Constitución y en las normas que de aquellas se decanten, en la medida que se encuadren dentro del parámetro constitucional y constituyan normas de rescate, de resguardo y de defensa de la Constitución. Esto es, en la medida que tales normas estén impregnadas de la constitucionalidad, que opera como elemento tipificante y habilitador de la eficacia constitucional de la norma infraconstitucional.

La ausencia de constitucionalidad en una norma infraconstitucional, cualquiera que sea su rango, revela la presencia de la inconstitucionalidad, que es un elemento altamente pernicioso para la salud constitucional (diríase cancerígeno, en términos comparativos) que daña la supremacía constitucional y pone en riesgo al Estado constitucional. Por tanto, su extirpación es inevitable, si realmente se trata de mantener una efectiva supremacía constitucional en el plano normativo.

Así pues, la acción de inconstitucionalidad es un proceso constitucional que tiene como finalidad que las leyes, decretos legislativos y otras normas con rango de ley (decretos de urgencia, tratados internacionales, resoluciones legislativas, etc.) no contravengan a la Constitución. Se presenta al TC que resuelve en instancia única y declara en su sentencia si la norma que ha sido impugnada, efectivamente, contradice o no la Constitución. Si el TC declara inconstitucional una norma, esta pierde efecto desde el día siguiente de la publicación de la sentencia, lo que equivale a decir que, a partir de ese momento, deja de existir en el ordenamiento jurídico.

84

Como se aprecia, la justicia constitucional concentrada, o *ad-hoc*, bajo el modelo kelseniano, que corresponde al TC, es un ejercicio constitucional, mental y metodológico absolutamente opuesto al anterior. Son entonces conceptos antitéticos, y hasta opuestos, con el denominado «control difuso». Y ello surge así desde la no receptividad del sistema americano en la Europa de finales del siglo pasado e inicios de la presente centuria (la doctrina francesa la denominó despectivamente «la dictadura de los jueces» aludiendo a su no legitimación popular directa), y que se hacen sobre la base de metodologías opuestas. No cabe hacer un juicio valorativo, axiológico, de calidad de la una sobre la otra, ni viceversa; simplemente cabe enunciar sus diferencias objetivas. Mientras aquella es subjetiva, esta es abstracta puesto que no requiere de conciencia subjetiva ninguna ni se hace en sede judicial. Mientras aquella es para el caso concreto, esta es *erga omnes*. Mientras aquella está difuminada entre todo el sistema judicial con todas sus variantes, esta se halla concentrada en un solo órgano diseñado en la Constitución para ese efecto. Mientras aquella surge del valor que determina el derecho en conflicto con la realidad, la realidad que enmarca su proceso judicial, esta proviene de un examen objetivo de subsunción dentro de la simple confrontación de las interpretaciones del referente constitucional y de la interpretación de la norma duditada.

2.1.3. La acción popular

La acción popular es uno de los instrumentos de control constitucional y legal del DPC que provee la Constitución a los justiciables para el control de la legalidad y constitucionalidad de la legislación derivada, esto es, para el control en sede judicial de las normas administrativas con carácter general cuando estas contravengan la Constitución o las leyes. Es, por tanto, una acción de control directo de la legislación derivada (ley en sentido material), de orden abstracto (de puro derecho en trabajo de subsunción interpretativa) y de legitimación abierta sin requerir factor de conexión entre la norma dubitada y el agente que aparece como reclamante, cuya titularidad, en puridad, corresponde al Poder Judicial como agente del control constitucional.

No es esta, reiteramos, en propiedad, una acción de garantía constitucional (como erróneamente se expresa en el texto del art. 200º de la Carta constitucional y se repite con el mismo error por muchos), sino una de control directo por parte del Poder Judicial sobre de la legalidad y/o la constitucionalidad de las leyes administrativas (reglamentos en especial, y normas reglamentarias en sentido lato) de la administración pública en general, cualquiera sea su origen o posición.

85

La doctrina y la legislación ponen en sede del Poder Judicial, la posibilidad que este, de un modo abstracto, pueda determinar si aquello normado por la administración pública, en la denominada legislación derivada se adecua o no a los parámetros establecidos en la ley y la Constitución.

El control directo que la acción popular establece dentro del ámbito de competencia del órgano jurisdiccional es, en primer lugar, un control legislativo; en tanto que, en segundo lugar, este puede llegar a ser un control constitucional y convierte al órgano jurisdiccional en juez constitucional de la legislación derivada de la administración pública. Ello supone que no siempre el control que ha de establecerse mediante una acción popular será de orden constitucional, puesto que puede ser de orden legal (*v. gr.* reglamento *vs.* ley) sin necesidad de afrontar principio constitucional alguno.

Nuestra Carta constitucional ha optado por otorgar competencia al Poder Judicial para que en su sede se determinen, a través de la acción popu-

lar, si los reglamentos y normas administrativas que tienen efectos generales colisionan con la ley y la Constitución, debiéndose realizar el examen de legalidad y constitucionalidad de la norma acusada de violación, en el orden antes señalado, pues no toda ilegalidad supone siempre una necesaria inconstitucionalidad.

Como consecuencia de lo antes expuesto, la acción popular no tendrá otra finalidad que la de preservar la legalidad y constitucionalidad de los reglamentos y normas administrativas de carácter general. Y para que ello sea determinado por el juzgador constitucional deberá necesariamente llevarse a cabo un exhaustivo análisis de subsunción de la norma que supuestamente vulnera la ley y/o la Constitución, partiendo este de la indispensable labor interpretativa de la ley y la Constitución. Débese considerar necesariamente en este análisis la premisa básica de interpretación de que toda norma nace siempre bajo la presunción de ser válida y constitucional.

2.1.4. Contienda de competencia

86

Como hemos señalado, el conflicto de competencia es también un proceso constitucional, cuya finalidad es la interpretación del texto constitucional y con ello el control por parte del TC del ejercicio de las facultades que le son atribuidas a las diferentes entidades del sector público. Es un proceso que podemos clasificar dentro de la jurisdicción constitucional como un proceso de control de la constitucionalidad, legalidad y cumplimiento de las competencias constitucionales y legales.

Los procesos constitucionales sobre conflicto de competencia pueden ser clasificados en dos: a) *conflicto negativo de competencia*, cuando un órgano demanda ante el TC que se le atribuya una competencia a su contendor, quitándosela de encima mediante una interpretación vinculante; y, b) *conflicto positivo de competencia*, cuando un órgano constitucional demanda al TC que se le atribuya una competencia determinada, que es contestada o disputada por su contendor, a quien se la deberán restar explícitamente mediante interpretación vinculante.

Sobre la base de lo expuesto, conforme a lo dispuesto en el inc. 3 del art. 202º de la Constitución, los conflictos de competencia que serán juzga-

dos por el TC solamente se refieren a aquellos que se susciten dentro de las atribuciones que la Carta constitucional confiere a los diferentes estamentos del Estado, a raíz de la distribución o asignación de facultades que todo texto constitucional conlleva intrínsecamente.

Al desarrollarse legislativamente la norma constitucional antes mencionada se ha determinado que la competencia del TC en esta materia se limita a los siguientes conflictos de competencia: i) entre el Poder Ejecutivo y uno o más gobiernos regionales o municipales; ii) entre dos o más gobiernos regionales, municipalidades, o de ellos entre sí; y, iii) entre los poderes del Estado entre sí o cualquiera de los otros órganos constitucionales, o de estos entre sí.

Sin embargo, no ha habido una importante intervención del TC en el ejercicio de esta facultad. Cabe señalar que la propia Ley Orgánica del TC ha determinado que si el conflicto que es sometido a su conocimiento proviene de una ley o de una norma con rango de ley, la vía procesal para la solución de dicha controversia constitucional se reconduce a la acción de inconstitucionalidad, y se la tramitará como tal. Lamentablemente hasta la fecha nuestro TC no ha desarrollado una jurisprudencia considerable respecto a esta competencia. Este proceso constitucional no ha tenido tal vez la importancia que, por ejemplo, ha logrado en España a raíz de los conflictos que cotidianamente surgen entre el gobierno central y las diversas comunidades autónomas.

Límites y alcances de la «especial trascendencia constitucional»

 CÉSAR LANDA ARROYO*

Sumario:

1. Antecedentes; 2. Fundamentos del recurso de agravio constitucional; 3. El precedente Vásquez Romero del Expediente N° 00987-2014-PA/TC; 4. La trascendencia constitucional en la jurisprudencia española; 5. La trascendencia constitucional en el caso Vásquez Romero, 5.1. Lineamientos generales, 5.2. Lineamientos específicos; 6. Conclusiones.

Con ocasión del rechazo del recurso de agravio constitucional (RAC) que presentó Francisca Lilia Vásquez Romero por la supuesta vulneración de su derecho al debido proceso, sin demostrar cómo ocurrió esta afectación o cuál era el contenido del derecho vulnerado ilegítimamente, el Tribunal Constitucional (TC) dictó un precedente vinculante (Exp. N° 00987-2014-AA/TC¹); en el que se han establecido cuatro supuestos por los cuales el supremo intérprete de la Constitución puede rechazar un recurso de agravio constitucional.

89

Así, el pleno del TC, ha señalado en el fundamento 49 del Exp. N° 00987-2014-PA/TC, que se emitirá sentencia interlocutoria denegatoria cuando: i) la supuesta vulneración que se invoque carezca de vulneración; ii) la cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional; iii) la cuestión de derecho invocada contradiga un precedente vinculante del TC; o, iv) se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

* Expresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de derecho constitucional de las facultades de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

¹ Cfr. fundamento 38.

La decisión estuvo motivada en que «la atención de estos casos produce demoras que impiden atender oportuna y adecuadamente aquellos otros en los cuales verdaderamente existen vulneraciones que exigen una tutela urgente»² y que «[...] la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela (...) y por lo tanto [el TC] debe concentrar sus recursos en la atención de reales vulneraciones que requieren tutela urgente»³.

En efecto, considerando cuantitativamente que a la fecha del año 2013, la carga procesal acumulada era de 6 659 casos pendientes por resolver (ver Cuadro N° 1), resultaba necesario un mecanismo que permita que la justicia constitucional llegase de manera oportuna al justiciable pese a la sobrecarga procesal.

Cuadro N° 1	
Carga procesal del Tribunal Constitucional	
(2004-2013)	
Años	Carga Procesal
2004	4,515
2005	3,739
2006	7,492
2007	8,489
2008	6,747
2009	6,097
2010	3,655
2011	1,314
2012	2,351
2013	3,461
TOTAL	6,659

90

Fuente: *Memoria del Tribunal Constitucional, año 2013*⁴.

Precisamente, el precedente recaído en el caso Vásquez Romero se fundamentó en resolver esta necesidad cuantitativa que limita la tutela urgente, antes que por una necesidad cualitativa de la protección sustantiva de los derechos fundamentales. Sin embargo, no es la primera vez que el TC implementa mecanismos procesales para lograr que la justicia se imparta en el momento preciso, así como, proteger sustantivamente los derechos funda-

² Cfr. fundamento 44.

³ Cfr. fundamento 47.

⁴ Este cuadro ha sido extraído de la *Memoria del Tribunal Constitucional, 2013*. Disponible en: <http://tc.gob.pe/portal/institucional/memoria/memoria-2013.pdf>. Consultada por última vez el 20 de mayo de 2015.

mentales a través de la tutela de su contenido constitucionalmente protegido. Ya lo había hecho antes mediante los Exps. N° 2877-2005-PHC/TC y N°. 04853-2004-PA/TC que se analizarán a continuación.

1. Antecedentes

Los procesos constitucionales, al igual que los derechos fundamentales, tienen una dimensión subjetiva y otra objetiva. Así, estos deben garantizar los derechos fundamentales de la persona (dimensión subjetiva), pero también deben garantizar la supremacía constitucional (dimensión objetiva).

Partiendo de la dimensión subjetiva de los procesos constitucionales, el artículo 18º del Código Procesal Constitucional define al recurso de agravio constitucional como aquel presentado «contra la resolución del segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda». No obstante, si este artículo es interpretado también a la luz de la dimensión objetiva de los procesos constitucionales, la definición del RAC se amplía, estableciéndose a su vez dos dimensiones de este:

91

Dimensión positiva

Según esta dimensión, el TC debe resolver los RAC cuando: i) los operadores jurisdiccionales o administrativos resuelvan con criterios opuestos a los precedentes vinculantes, sentencias normativas y doctrina jurisprudencial del TC; ii) una sentencia estimatoria es contradictoria a los fallos del TC porque existe un vacío normativo o varias interpretaciones posibles; o, iii) se pretende cambiar la jurisprudencia establecida por el TC. En este caso, el recurso de agravio constitucional es un instituto procesal de la supremacía constitucional⁵.

Dimensión negativa

Según esta dimensión, el TC debe resolver el RAC cuando se cumplan los requisitos de admisibilidad y procedencia señalados en la norma. A diferencia de la dimensión positiva, el recurso de agravio constitucional es un recurso del justiciable.

⁵ C. LANDA, «Corsi e ricorsi del certiorari constitucional», en *El debate en torno a los límites del recurso de agravio constitucional. Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional*, núm. 9, Lima, Palestra, noviembre 2014, pp. 60-63.

- *Requisitos de admisibilidad*

El RAC es admisible cuando: i) sea interpuesta por el demandante, ii) la resolución de segundo grado que vulnera el contenido esencial del derecho fundamental tutelado está claramente identificada, iii) sea interpuesta en un plazo de 10 días.

- *Requisitos de procedibilidad*

El RAC procede cuando: i) exista una vulneración manifiesta al contenido esencial del derecho fundamental tutelado; ii) no se trate de una demanda manifiestamente infundada; iii) el TC no haya resuelto casos similares declarándolos improcedentes o infundados.

Ambas dimensiones fueron acogidas, aunque no en su totalidad, por el TC. Así, se estableció en el Exp. N° 2877-2005-PHC/TC, caso Luis Sánchez Lagomarcino, que el RAC, en tanto mecanismo procesal que permite al TC actuar oportunamente, debía ser planteado cuando además de cumplir los requisitos formales establecidos en el artículo 18º del Código Procesal Constitucional, se cumpliese con los siguientes requisitos:

- *Estar directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental.*
- *No ser manifiestamente infundado.*
- *No estar inmerso en una causal negativa de tutela claramente establecida por el TC⁶.*

De esta manera, el TC acogió íntegramente la dimensión negativa del recurso de agravio constitucional. Sucedió posteriormente lo mismo con la dimensión positiva de este, pues en el fundamento 40 del Expediente N° 04853-2004-PA/TC, caso Dirección Regional de Pesquería de La Libertad, se estableció que el RAC procedería no solo frente a resoluciones desestimatorias, sino también cuando:

La resolución estimatoria ilegítima de segundo grado, emitida por el Poder Judicial en el trámite de un proceso de amparo donde se haya pro-

⁶ Expediente N° 2877-2005-PHC/TC, fundamento 31.

ducido la violación manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, o que haya sido dictada sin tomar en cuenta o al margen de la mejor protección de los derechos establecida en la doctrina jurisprudencial de este Colegiado, desnaturalizando la decisión sobre el fondo, convirtiéndola en inconstitucional⁷.

De esta manera, se introdujo el rechazo liminar del RAC sin más trámite en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, lo cual se consolidó aún más con la modificación del artículo 11º del Reglamento del Tribunal Constitucional mediante la Resolución Administrativa N° 031-2006-P/TC. Esta estableció que una de las Salas del TC se encargaría de determinar si se debía resolver el fondo de un RAC, para lo cual:

[...] aparte de los criterios establecidos en el artículo 18º del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse.

93

Lamentablemente, estos notables avances en aras de la protección de una tutela oportuna y sustantiva de los derechos fundamentales, se vieron afectados por dos decisiones que el Tribunal Constitucional tomó posteriormente. Así, mediante el Exp. N° 3173-2008-HC/TC, caso El Frontón I, se sostuvo que solo era válido el recurso de agravio constitucional cuando la resolución fuera desestimatoria⁸. Y, finalmente, el precedente que establecía la admisión de RAC en sentencias no solo desestimatorias, sino también estimatorias, fue dejado sin efecto por el Exp. N° 3908-2007-PA/TC.

Pero, como la necesidad del combate contra el narcotráfico, el lavado de activos y el terrorismo fue más contundente que la obstinada interpretación literal del inciso 2 del artículo 202º de la Constitución⁹, el TC se vio obligado a revertir esta decisión posteriormente, para permitir la admi-

⁷ Expediente N° 04853-2004-PA/TC, fundamento 29.

⁸ C. LANDA, «Corsi e ricorsi del certiorari constitucional...», *op. cit.*, p. 62.

⁹ «Artículo 202º.- Corresponde al Tribunal Constitucional: [...]

sión del RAC ante sentencias estimatorias en casos de narcotráfico (Exp. N° 02663-2009-HC/TC), lavado de activos (Exp. N° 02748-2010-HC/TC) y terrorismo (Exp. N° 01711-2014-PHC/TC)¹⁰.

Ahora bien, resulta necesario precisar que todas estas decisiones respondieron a la necesidad de tutelar las violaciones al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales que requieren tutela urgente; tutela que al enfrentar una preocupante sobrecarga procesal genera dilaciones judiciales indebidas en la impartición de la justicia constitucional.

2. Fundamentos del recurso de agravio constitucional

En la actualidad es pacífico sostener que los derechos fundamentales de la persona humana constituyen la piedra angular de nuestro edificio constitucional; por eso, no solamente son los cimientos de este, sino también las vigas maestras sobre las que se sostiene nuestra institucionalidad democrática. Por eso, la Constitución otorga a los derechos fundamentales y demás bienes constitucionales, la fuerza normativa que irradia nuestro ordenamiento jurídico, vinculando a poderes públicos y privados, directa e indirectamente a través de los procesos constitucionales¹¹.

De hecho, la Constitución consagra como un principio-derecho fundamental al debido proceso que garantiza un proceso justo, y dentro de este se encuentra el derecho a un plazo razonable, que está íntimamente ligado con el problema de la sobrecarga procesal y con la necesidad de una tutela oportuna del contenido esencial constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. Por lo tanto, un primer argumento para rechazar sin más trámite los RAC en algunos supuestos, es la relación entre el proceso y la Constitución.

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

¹⁰ C. LANDA, «Corsi e ricorsi del certiorari constitucional...», *op. cit.*, p. 63.

¹¹ K. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 20, neubearbete Auflage, 1995, pp. 125-137; asimismo, M. LOTHAR y M. MORLOK, *Grundrechte*, Germany, Nomos, 2008, pp. 39-43 y 76-79.

Límites y alcances de la «especial trascendencia constitucional»

También debemos tomar en cuenta que la naturaleza misma del Tribunal Constitucional lo habilita a tomar este tipo de decisión. En efecto, este tiene una triple naturaleza: constitucional, jurisdiccional y política. Por un lado, al ser un órgano constitucional, sus funciones vienen establecidas por nuestra Carta Magna que le atribuye el control de la constitucionalidad y la garantía de la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales.

Por otro lado, como órgano jurisdiccional, al resolver casos, concreta las normas establecidas en la Constitución. Y finalmente, como órgano político, crea, vía interpretación jurisdiccional, normas constitucionales adscritas. Lo cual está sumamente ligado a la autonomía procesal que goza el TC y que también sirve de fundamento para este tipo de decisiones. Esta última es entendida como:

[...] De este modo, *prima facie*, puede entenderse la autonomía del Tribunal Constitucional como aquella garantía institucional mediante la cual se protege el funcionamiento del Tribunal Constitucional con plena libertad en los ámbitos jurisdiccionales y administrativos, entre otros, de modo que en los asuntos que le asigna la Constitución pueda ejercer libremente las potestades necesarias para garantizar su autogobierno, así como el cumplimiento de sus competencias.¹²

95

Esto lo facilita para crear reglas como las establecidas en los precedentes recaídos en los Exps. N° 2877-2005-PHC/TC, N° 04853-2004-PA/TC y N° 00987-2014-PA/TC, pues la autonomía procesal le concede esta atribución siempre y cuando estas reglas tengan como finalidad el perfeccionamiento de los procesos constitucionales y no vulneren ningún principio o derecho establecido por la Constitución¹³.

Ahora que ya hemos analizado cuáles fueron los antecedentes de la sentencia interlocutoria denegatoria y sus fundamentos, pasaremos a analizar el Exp. N° 00987-2014-PA/TC, el cual es materia central de este artículo.

¹² Expediente N° 0005-2007-PI/TC, fundamento 37.

¹³ J. LEÓN, «El Tribunal Constitucional y la configuración de su derecho procesal»; C. LANDA, «Autonomía procesal del Tribunal Constitucional»; y, M. MENDOZA, «La autonomía procesal constitucional», en *Justicia Constitucional*, Año II, núm. 4, Lima, Palestra, 2006, pp. 29-61, 63-95 y 97-129, respectivamente.

3. El precedente Vásquez Ramos del Expediente N° 00987-2014-PA/TC

El caso Vásquez Romero estableció, como ya señalamos antes, los supuestos en los cuales el TC podía declarar improcedente un recurso de agravio constitucional, pero como también indicamos, esta no fue la primera vez que el TC estableció estas reglas, sino que anteriormente lo había hecho en otros expedientes y en su mismo Reglamento (ver el siguiente cuadro).

Cuadro N° 2 Requisitos para que proceda el recurso de agravio constitucional	
Exp. N° 2877-2005-PHC/TC	Exp. N° 4853-2004-PA/TC
<ul style="list-style-type: none"> - Requisitos de admisibilidad (art. 18º del Código Procesal Constitucional). - Relación con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. - No ser manifestamente infundado. - No estar inmerso en una causal negativa de tutela claramente establecida por el TC. 	<ul style="list-style-type: none"> - Contra resolución estimatoria siempre que en el trámite de esta se haya vulnerado el contenido esencial de un derecho o sea contraria a la jurisprudencia del TC. - Contra resolución desestimatoria.
Res. Administrativa N° 031-2006-P/TC¹⁴	Exp. N° 0987-2014-PA/TC
<p>Se declara su improcedencia si:</p> <ul style="list-style-type: none"> - No se refiere a la protección del contenido esencial. - Es manifestamente infundado. - Se ha desestimado en casos sustancialmente idénticos. 	<p>Se declara su improcedencia si:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Carece de sustentación. - No tiene especial trascendencia constitucional. - Contradice precedentes. - Se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

Como se aprecia del cuadro anterior, el nuevo precedente en principio mantiene los mismos supuestos generales y/o específicos como causales de improcedencia diferente que el precedente anterior; sin embargo, la principal diferencia del nuevo RAC versa sobre la incorporación del requisito de contar con un asunto de «especial trascendencia constitucional» versus «la protección del contenido esencial» del derecho fundamental postulado en el modelo anterior.

¹⁴ Los supuestos de improcedencia, establecidos por esta resolución en el artículo 11º del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, fueron modificados por la Resolución Administrativa N° 141-2014-P/TC, que conforme al Exp. N° 00987-2014-PA/TC, estableció las mismas causales de improcedencia que el nuevo precedente.

No obstante, existen algunos cuestionamientos respecto a los nuevos supuestos que plantea el TC como sentencia interlocutoria denegatoria. Por ejemplo, la carencia de sustentación de las causales se constituiría en un límite al principio del *ius novit curia* y al de suplencia de queja deficiente que le corresponde cumplir al TC; lo cual sería razonable siempre que existan excepciones para proteger los casos que requieran una tutela urgente para la protección del núcleo esencial de un derecho fundamental, pero que no están establecidas en el nuevo precedente.

Además, como ya se ha señalado, este supuesto es sumamente subjetivo, por lo que el TC deberá ser sumamente cauteloso a la hora de determinar cuándo un RAC carece de sustentación y, sobre todo, cuándo no contiene especial trascendencia constitucional; en cuyo caso sería recomendable que establezca ciertos parámetros generales y/o específicos para crear certeza y predictibilidad jurídicas, que son componentes básicos del principio de seguridad jurídica y del principio de igualdad de trato judicial¹⁵.

Igualmente, surgen dudas respecto a los RACs que contradigan precedentes. Los precedentes vinculantes son sentencias dictadas con efecto *erga omnes* por el TC, se incluyen en esta también a las sentencias sobre acciones de inconstitucionalidad. Sin embargo, debemos recordar que nuestro sistema constitucional de precedentes considera la llamada doctrina jurisprudencial y los precedentes vinculantes con efectos normativos de los artículos VI *in fine* y VII del Código Procesal Constitucional, con diferentes grados de fuerza e intensidad vinculante, y, en consecuencia, en distintos grados de exigibilidad y/o cumplimiento de estos¹⁶.

Los jueces ordinarios podrían variar la doctrina jurisprudencial siempre y cuando exista una debida motivación; dando lugar a que el TC pudie-

¹⁵ R. GARCÍA MANRIQUE, *El valor de la seguridad jurídica*, Madrid, Iustel, 2012, pp. 19-25 y 337-340.

¹⁶ C. LANDA, «Los precedentes constitucionales»; V. MONTOYA; «El *stare decisis* constitucional. Entre la vinculación de las sentencias constitucionales y las sentencias vinculantes constitucionales»; y, C. DONAYRE, «Precedente constitucional vinculante a la peruana. Algunas observaciones a la regulación del precedente constitucional vinculante en el Código Procesal Constitucional»; en *Justicia Constitucional*, Año III, núm. 5, Lima, Palestra, 2007, pp. 29-69, 71-100, y, 101-120, respectivamente.

ra aclarar o cambiar su doctrina. En ese entendido, solo se podría declarar improcedente un recurso de agravio constitucional cuando contradiga un precedente vinculante con efecto normativo del TC.

Ahora bien, llegado este punto, cabe analizar la fuente española de donde emana la incorporación del concepto de la trascendencia constitucional, que al igual que los otros dos puntos analizados anteriormente, tampoco está exenta de cuestionamientos.

4. La trascendencia constitucional en la jurisprudencia española

El aporte del Exp. N° 0987-2014-PA/TC tiene su origen en la Ley Orgánica 6/207 que estableció como requisito de admisibilidad que el recurso de agravio constitucional versará sobre una materia de «trascendencia constitucional». Como es de notar, a diferencia del precedente que se discute en el presente artículo, esta ley tiene un sentido positivo. Es decir, mientras que la sentencia interlocutoria denegatoria establece cuándo el TC debe declarar improcedente el recurso de agravio constitucional, la Ley Orgánica 6/207 establece que este solo procederá positivamente en el supuesto que exista «trascendencia constitucional». Inmediatamente surgen los problemas, porque al igual que la carencia de fundamentación, la trascendencia constitucional es un criterio subjetivo, cuyo principal peligro es caer en la arbitrariedad, que tanto en el sistema español como en el peruano se encuentra proscrita.

No obstante, debemos recordar que «[...] la discrecionalidad en la selección de los asuntos importantes para el desarrollo constitucional del Estado no es en sí misma una característica necesariamente negativa. Por lo contrario, es el único mecanismo que permite a un auténtico Tribunal Constitucional consciente de su papel asumirlo»¹⁷. Por tanto, en sí misma, esta subjetividad no sería peligrosa, sino beneficiosa, por ejemplo para la tutela

¹⁷ J. URÍAS MARTÍNEZ, «Seleccionar lo (menos) importante. Nota sobre la construcción por el Tribunal Constitucional de un nuevo régimen de admisibilidad del recurso de amparo, y sus paradojas», en J. M. MORALES ARROYO, *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional (El camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España)*. Aranzadi, s/l, 2014, p. 76.

de los derechos de los grupos vulnerables; pero, devendría en arbitraría si su función se distorsiona, si no existiera una debida motivación, que constituye un derecho fundamental propio del principio del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ahora bien, en un primer momento, no hubo un criterio determinado por el Tribunal Constitucional español (TCE) para saber cuándo se trataba de un caso de trascendencia constitucional, por lo cual, se corría el riesgo de que primero se determine que cierta materia goza de trascendencia constitucional, pero luego se establezca que no es así. A pesar de este problema, el TCE se vio beneficiado en esta época, porque la carga procesal disminuyó sustancialmente¹⁸.

Posteriormente, el TCE creó, a través de la STC 155/2009, un listado de los supuestos en los que existía trascendencia constitucional. Dicha lista no tenía un ánimo cerrado, pero para incorporar nuevas causales, estas tenían que ser discutidas por el Pleno del TCE¹⁹. Así, se estableció que se deberá hacer un análisis del fondo de un recurso de amparo cuando:

99

- *El recurso plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental sobre la cual no exista doctrina del Tribunal Constitucional.*
- *Dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina.*
- *Se vulnere un derecho fundamental por una ley u otra disposición de carácter general.*
- *Se vulnere un derecho fundamental por una interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho y crea necesario cambiar la interpretación para que sea conforme a la Constitución.*
- *La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega esté siendo incumplida de modo general.*
- *Un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional.*
- *El asunto sobre el cual verse el recurso no esté incluido en los anteriores y trascienda del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevancia.*

¹⁸ *Ibid.*, p. 80.

¹⁹ *Ibid.*, p. 81.

vante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales²⁰.

No obstante, esta lista tuvo un resultado contraproducente, ya que llevó a un extremo formalismo dentro del TC, que llegó al punto de no admitir un recurso si es que en este no se mencionaba expresamente una de las causales que había establecido en la sentencia que se analizó en líneas anteriores²¹.

Asimismo, el concepto de «trascendencia constitucional» en el contexto español presenta algunos otros problemas. Por ejemplo, a pesar de las especificaciones que realizó la STC 155/2009, no hay una definición de la esencia de este concepto y muchas veces cuando este concepto ha sido utilizado no ha habido la suficiente transparencia para explicar la decisión²².

5. La trascendencia constitucional en el caso Vásquez Romero

100

Si bien el TC desde el inicio ha tratado de precisar el sentido de la trascendencia constitucional no lo ha logrado. En efecto, el fundamento 50 del Exp. N° 0987-2014-PA/TC señala que «existe una cuestión de especial trascendencia constitucional cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental»²³.

No obstante, estas precisiones generales no quitan el carácter subjetivo de esta causal, porque no se da respuesta a las siguientes preguntas del justiciable: ¿cuándo resulta indispensable resolver un conflicto?, ¿cuándo un conflicto es de relevancia?, y, ¿cuándo es urgente la revisión sobre el contenido de un derecho fundamental? Estas son preguntas que solo los magistrados del TC pueden responder y que son dejadas a su criterio subjetivo. El TC debe tomar en cuenta que la tutela diferenciada que detentan los procesos

²⁰ STC 155/2009, fundamento 2.

²¹ J. URÍAS MARTÍNEZ, «Seleccionar lo (menos) importante...», *op. cit.*, p. 82.

²² *Ibid.*, p. 83.

²³ Exp. N° 00987-2014-AA/TC, fundamento 50.

constitucionales de la libertad²⁴, debe evitar que la discrecionalidad ofrecida por estos conceptos tan amplios devenga en arbitrariedad, y, por ende, contravenga la función última del Tribunal Constitucional: la protección de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional.

Por eso, desde la perspectiva de la dimensión objetiva de los procesos de la libertad, el Tribunal Constitucional debería desarrollar estos conceptos dentro de su jurisprudencia y, en todo momento, aprender críticamente de la experiencia comparada. Si bien es cierto que se necesita precisar conceptos como son: «indispensable», «urgencia» o «conflicto de relevancia», no es posible crear una lista cerrada que no admita excepciones y que en lugar de lograr una tutela jurisdiccional efectiva la prohíba. Tampoco es posible que en aras de concretizar estos conceptos, se llegue al formalismo extremo y mucho menos se puede tolerar que no exista transparencia a la hora de explicar cuándo un asunto es trascendente constitucionalmente o no. Por eso, es importante que «cuando el Estado constitucional otorga a su máximo órgano jurisdiccional la libre facultad de elegir sobre qué asuntos quiere pronunciarse, a cambio ha de poder controlar cómo se está usando este poder y saber qué asuntos se están rechazando»²⁵.

101

En ese sentido, cabe formular para el debate académico y/o jurisdiccional algunos lineamientos generales y luego específicos que podrían otorgar certeza y predictibilidad al quehacer de la justicia constitucional. Para lo cual es necesario partir de entender que en un orden constitucional pluralista existe un amplio espectro de alternativas que podrían institucionalizar el supuesto de la especial trascendencia constitucional para la procedencia del RAC, a partir de lineamientos generales y específicos.

5.1. Lineamientos generales

Al respecto, el pensamiento de las posibilidades orienta sus alternativas constitucionales no solo hacia el futuro, sino también mirando el pasado;

²⁴ O. GOZAÍNI, «El juez ordinario y el Tribunal Constitucional», en O. A. GOZAÍNI *et al*, *Derecho constitucional comparado. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle*, San José, IJSA, 2015, pp. 78-81.

²⁵ J. URÍAS MARTÍNEZ, «Seleccionar lo (menos) importante...», *op. cit.*, p. 90.

debido a que, como señala Häberle: «Precisamente en el *tesoro de la historia* hay material para la solución de problemas que ha sido frecuentemente olvidado y desplazado por la posibilidad hecha realidad. Pero, hay también renacimiento y regeneración de las disposiciones constitucionales»²⁶. En ese entendido, en primer lugar, corresponde analizar la causal de la cuestión de especial trascendencia constitucional con el auxilio del Exp. N° 2877-2005-PHC/TC y la Resolución Administrativa N° 031-2006-P/TC, antes mencionadas (punto 3.).

En segundo lugar, como el pensamiento de las posibilidades debe ejercerse siempre guiado por una actitud abierta o receptiva al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es necesario delimitar la cuestión de especial trascendencia constitucional, a la luz del derecho al debido proceso desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en particular en lo referido al derecho a un recurso sencillo, rápido y eficaz, según dispone el artículo 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁷.

Este Tribunal ha establecido que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. En este sentido, el artículo 25º.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. A su vez, estos recursos deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8º.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 (artículo 1º.1). La existencia de esta garantía «constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención». Lo contrario, es decir, la inexistencia de tales recursos efectivos, coloca a una persona en

²⁶ P. HÄBERLE, *El Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú/Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 51.

²⁷ C. LANDA, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia: Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Tribunal Constitucional del Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Fondo Editorial Academia de la Magistratura, 2012, pp. 110-114.

Límites y alcances de la «especial trascendencia constitucional»

estado de indefensión particularmente al enfrentarse al poder punitivo del Estado²⁸.

Para tal efecto, se debe partir de reconocer que el derecho a la protección judicial constituye uno de los pilares básicos de todo sistema de impartición de justicia; de modo que las excepciones a este adquieran igual o mayor relevancia debido a que de no estar delimitadas producirá la afectación o anulación del derecho a la protección judicial. De donde se colige que, por un lado, es un derecho fundamental del justiciable conocer de manera expresa e inequívoca –cual principio de legalidad– cuándo se incumple con los presupuestos para no tener acceso a la jurisdicción del TC, y, por otro lado, constituye un derecho saber cuándo un recurso de agravio constitucional no es «indispensable», «urgente» o no comporta un «conflicto de relevancia».

En consecuencia, es una obligación del TC ofrecer a todos los litigantes que consideren necesario ejercer su derecho de acceso a la justicia constitucional, en su última y definitiva instancia, a ser tratados en condiciones de igualdad con quienes sí han tenido acceso a la jurisdicción del TC. Más aún, si cuando se rechaza la admisión del RAC con una «sentencia interlocutoria denegatoria», el justiciable que impugna con un recurso de reposición recibe como respuesta un auto en el que se señala que: «Contra la sentencia interlocutoria no procede recurso de reposición, por no encontrarse dentro de los alcances del artículo 121º, tercer párrafo, del Código Procesal Constitucional»²⁹.

103

Si bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que «el Estado está obligado a proveer recursos efectivos que permitan a las personas impugnar aquellos actos de autoridad que consideren violatorios de sus derechos humanos»; también ha señalado que sería «irrazonable establecer dicho recurso si se exige a los justiciables saber de antemano si su situación será estimada por el órgano judicial como amparada por un derecho específico»³⁰.

²⁸ Corte IDH. Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 207, párrafo 128.

²⁹ Expediente N° 07830-2013-AA/TC, fundamento 2.

³⁰ C. STEINER y P. URIBE (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, El Salvador, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 613.

Entonces, *prima facie*, para la Corte IDH no sería exigible que el justiciable deba saber en qué casos su recurso va a ser estimado o no, sino tan solo contar con un recurso que le permita acceder al TC para recibir un pronunciamiento de mérito sobre el fondo y/o la forma de su pretensión, referida a la violación de un derecho fundamental.

[...] independientemente de si la autoridad judicial declarare infundado el reclamo de la persona que interpone el recurso por no estar cubierto por la norma que invoca o no encontrare una violación del derecho que se alega vulnerado, el Estado está obligado a proveer recursos efectivos que permitan a las personas impugnar aquellos actos de autoridad que consideren violatorios de sus derechos humanos previstos en la Convención, la Constitución o las leyes.³¹

En consecuencia, si resulta razonable para la Corte IDH que los recursos deban ser creados por una norma o, diríamos extraordinariamente, por un precedente con efectos normativos del TC, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el alto tribunal puede coadyuvar a la regulación legal del recurso de agravio constitucional, señalando los elementos formales y sustantivos de su admisibilidad constitucional, en tanto última y definitiva instancia competente para dirimir los conflictos sobre la protección de un derecho fundamental.

En tal entendido, la Corte IDH ha señalado «la importancia de que los Estados regulen los recursos judiciales de forma tal que las personas tengan certeza y seguridad jurídica de sus condiciones de acceso»³². Esto quiere decir que el TC debería establecer los presupuestos y los criterios específicos de admisibilidad y procedencia del recurso de agravio constitucional, conforme lo dispone la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución; esto es, que los derechos y libertades se interpretan de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación que de

³¹ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman v. México. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184, párrafo 101.

³² C. STEINER y P. URIBE (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos..., op. cit.*, p. 613.

ella haya realizada la Corte IHD, como así lo ha establecido pacíficamente la jurisprudencia del propio TC³³.

5.2. Lineamientos específicos

a. *Conflictos de relevancia*

Se podría señalar que existe un «conflicto de relevancia» por el fondo cuando se vulnera particularmente el contenido esencial de un derecho fundamental, es decir, aquel núcleo básico sin el cual un derecho queda vaciado de contenido o es anulado. De modo que corresponderá a la jurisprudencia constitucional tutelar dicho contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales, distinto del contenido no esencial o incluso adicional de un derecho fundamental, según lo ha señalado el TC en el Exp. N° 1417-2005-PA/TC (fundamento 20).

Ahora bien, no se debe olvidar que los derechos fundamentales tienen una configuración no solo constitucional, sino que por la cláusula de *numeris apertus* del artículo 3º y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se tutelan también derechos de configuración internacional, como sería, por ejemplo, el caso del derecho a la consulta, consagrada en el Convenio OIT N° 169. Pero tampoco se puede desconocer la protección de los derechos fundamentales de configuración legal, si consideramos que la delimitación abierta de algunos derechos fundamentales prestacionales (por ejemplo los de naturaleza social, económica o cultural), requieren de una delimitación legislativa para su pleno goce y ejercicio³⁴; esto sin perjuicio de la tutela del contenido esencial de los derechos fundamentales de configuración jurisprudencial.

105

Ello demanda que el TC contruya, a partir de su jurisprudencia, una teoría constitucional de los derechos fundamentales a ser protegidos, a través de la definición, por cada derecho fundamental, no solo de su contenido esencial y no esencial, sino también de su concepto, naturaleza, titularidad,

³³ Exps. N° 5854-2005-PA/TC, fundamento 25; N° 0679-2005-PA/TC, fundamento 28; y N° 2730-2006-PA/TC, fundamentos 9-11.

³⁴ Cfr. Exp. N° 1417-2005-AA/TC, fundamentos 33-35.

tutela, límites y límites de los límites; todo lo cual podría ayudar a otorgar predictibilidad y seguridad jurídica a los justiciables que presenten el recurso de agravio constitucional argumentando que su caso contiene un «conflicto de relevancia».

b. *Materia indispensable*

Aceptar el recurso de agravio constitucional cuando hay una materia de especial trascendencia constitucional, esto es, cuando contenga una materia «indispensable» para un pronunciamiento del TC; nos plantea las interrogantes sobre *qué, por qué y cuándo* resulta «indispensable» un agravio para ser considerado de especial trascendencia constitucional.

Para intentar dar una respuesta a la pregunta sobre cuándo un RAC resulta indispensable, se puede apelar a la doctrina constitucional pluralista de lo necesario, lo real y lo posible, propio del racionalismo crítico³⁵. Así, la necesidad del RAC surge como producto de una demanda judicial no satisfecha en la realidad (por ejemplo, cuando la violación de un derecho fundamental no encuentre satisfacción en las instancias judiciales previas).

Así, se podría señalar que un RAC resultaría indispensable cuando la pretensión que postula un demandante pretende superar un agravio real o de certeza inminente al contenido constitucionalmente protegido de su derecho fundamental, que incluso podría ser producto de un estado de cosas inconstitucionales, pero que no ha recibido tutela en las instancias administrativas y/o judiciales previas. Entonces, se haría posible la admisión del RAC cuando se haga necesario en un sentido fuerte que el TC se pronuncie sobre la declaración de inconstitucionalidad y/o expulsión del acto lesivo cierto que motiva la petición de un proceso constitucional de la libertad.

³⁵ P. HÄBERLE, «Demokratische Verfassungstheorie im Lichte des Möglichkeitesdenken», en *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein, Athenäum, 1980, pp. 1-43. El pensamiento de lo posible, es entendido también como un pensamiento pluralista de las alternativas (*pluralistisches Alternativdenken*); el pensamiento de la necesidad es propio de la concepción instrumental –procesal– del derecho, entendido como un medio para alcanzar un fin (*Notwendigkeitsdenken*); y, el pensamiento de la realidad es característico de un pensamiento constitucional de las instituciones u orientado a la concretización de una situación existente (*Wirklichkeitsdenken*).

Límites y alcances de la «especial trascendencia constitucional»

Es cierto que a partir de la teoría de la realidad, las necesidades y las posibilidades aplicadas al derecho procesal constitucional, podría señalarse que una vez satisfecha la demanda de tutela de un derecho fundamental, los interesados no siempre quedan plenamente satisfechos, debido a que la tutela de la justicia constitucional esta prevista para el contenido esencial constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, y no alcanza necesariamente a su contenido no esencial y menos adicional que tienen las vías ordinarias para su tutela.

Pero, sobre la base de las necesidades, posibilidades y urgencia de revisar una resolución judicial ordinaria, corresponderá al TC saber o estimar o no la admisibilidad del RAC también en función del paso del tiempo sobre los derechos fundamentales y, sobre todo, en razón de la persona vulnerada en sus derechos fundamentales. Porque lo que ayer pudo no ser un agravio constitucional, hoy o mañana puede que constituya un agravio constitucional; como también, lo que ayer fue un agravio a un derecho fundamental, mañana puede no serlo³⁶, en función de lo cual todo tribunal debería tener una mirada en el horizonte temporal y otra en la voluntad popular, según la Constitución³⁷.

107

Asimismo, si bien todos somos iguales ante la ley, el inc. 2º del art. 2º y el art. 103º de la Constitución proscriben la discriminación, no la diferenciación entre las personas; sobre todo, si el derecho procesal constitucional –a diferencia del derecho procesal civil– está orientado a la tutela de la víctima de una violación de su derecho fundamental. Más aún, en sociedades aún discriminadoras e inequitativas donde existen grupos vulnerables históricamente, por los patrones sociales tradicionales, que son contrarios a los valores del pluralismo, la tolerancia y la inclusión propios de un Estado constitucional y democrático³⁸.

³⁶ B. AHARON, *The judge in a democracy*, USA, Princeton University Press, 2006, pp. 299-300.

³⁷ «Artículo 45º.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen». Asimismo: «Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo...»

³⁸ C. LANDA, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Palestra, 2007, tercera edición, pp. 512-517.

Así, cabe una protección especial a la población indígena, las mujeres, los niños y adolescentes, los mayores de la tercera edad, los discapacitados y a las personas con una opción sexual diferente a quienes se les discrimina y estigmatiza usualmente en el trato, sino también en las normas. De allí que, un DPC tributario del derecho constitucional, debe considerar no solo la admisión de un RAC en función de la materia (*ratione materiae*) de un derecho fundamental, sino que también debe ser valorada la condición de la persona (*ratione personae*), en la medida que los arts. 2º, incisos 2, 4, 5 y 7 de la Constitución, les otorga una especial protección.

c. *Urgencia*

La urgencia de la tutela de un derecho fundamental como otra de las causales de configuración de la especial trascendencia constitucional, en principio, no es un concepto estrictamente temporal sino legal; por eso, se encuentra vinculado directamente a uno de los dos factores antes mencionados: uno material, debido a que la naturaleza del agravio, es decir, la afectación al contenido esencial del derecho fundamental protegido directamente por el poder constituyente, constituye una falta grave –real o inminente– que hace posible su tutela inmediata –necesaria–, a diferencia de un agravio de un derecho de naturaleza legal, que además de la complejidad del derechos amparado en una norma infraconstitucional, requiere de una estación probatoria para acreditar el derecho reclamado; otro personal, cuando la afectación producida del contenido esencial de un derecho fundamental protegido directamente por la Constitución, se produzca contra personas pertenecientes a los grupos vulnerables históricamente, reconocidos en la Constitución directa e indirectamente, configura la urgencia de la procedencia del RAC y la necesidad de su admisión para resolver el agravio del derecho fundamental en sede del TC.

Esto no debe llevar a concluir que se excluirían a otras personas naturales y/o jurídicas, sino que estas categorías vulnerables constituyen un *plus* no un *prius* para la admisibilidad del RAC. Esto es, que procesalmente hay dos consecuencias: una primera, que en caso de duda sobre la admisibilidad de su recurso de agravio constitucional opere la presunción *favor procesum*³⁹.

³⁹ «Artículo III. Principios procesales [...].

Otra segunda, que el escrutinio del TC para su admisibilidad debe ser estricto, debido a que constituyen una categoría sospechosa de discriminación; con lo cual la carga probatoria del rechazo de su RAC debería recaer en el TC, mediante una debida motivación basada en la congruencia procesal, con un razonamiento fundado en derecho, reflejo de una interpretación normativa, razonada internamente y justificada externamente⁴⁰.

6. Conclusiones

Las causales de la sentencia denegatoria interlocutoria establecidas como precedente en el caso Vásquez Romero responden a la necesidad de enfrentar una carga procesal alarmante y brindar una tutela oportuna, antes que buscar tutelar el contenido esencial del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, en particular de los grupos vulnerables.

El precedente Vásquez estuvo precedido de otros que establecían también requisitos para declarar procedente un recurso de agravio constitucional; sin embargo, ha agregado causales sin un desarrollo necesario o suficiente para rechazar sin más trámite estas demandas. Por ello, resulta necesario que el TC se pronuncie sobre estos nuevos supuestos para precisar los conceptos abiertos que los componen.

109

Especialmente, en el caso de la trascendencia constitucional, concepto abstracto, extraído de la experiencia española que ha presentado algunos cuestionamientos en este país. El TC tiene la importante tarea de evitar que este intento por lograr una mejor tutela de los derechos fundamentales, se torne contraproducente por una falta de certeza jurídica y, en consecuencia, de falta de motivación de sus autos, configurando un supuesto para demandar la interdicción de la arbitrariedad.

Finalmente, en concreto, si a fines de 2013 existían 6 659 expedientes acumulados pendientes de resolución, a la fecha existen 9 559 expedientes

Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.»

⁴⁰ A. AARNIO, *The rational as reasonable, a treatise on legal justification*, Netherlands, Riedel Publishing Co., 1987, p. 5 y ss. Asimismo, M. TARUFFO, *La motivación de la sentencia civil*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, pp. 345-360.

acumulados en el TC. Lo que pone en evidencia en principio dos cosas. Una, el incremento exponencial de las causas del último año es una tendencia que estaría poniendo en evidencia la confianza de los justiciables en la nueva composición del TC; u, otra, que a pesar del nuevo precedente vinculante, el TC, al no haber definido el contenido de la «especial transcendencia constitucional», los justiciables impugnan los rechazos permanentes a sus RACs, generando una espiral de causas pendientes.

Con lo cual, el propósito cuantitativo del TC de satisfacer la tutela urgente de los derechos fundamentales, se ha tornado en un drama como en la mitología griega. Así, como en el mito de Sísifo, por su extraordinaria rapidez el TC está condenado a perder de vista su horizonte jurisprudencial, y, en consecuencia, a empujar perpetuamente una montaña de expedientes primero arriba hasta la cima, solo para que los vuelva a bajar al juez *a quo*; pero, para inmediatamente recoger y empujar otra montaña mayor de expedientes nuevamente hasta la cumbre y así indefinidamente, si es que no precisa los alcances de la «especial trascendencia constitucional».

La exigencia de «especial trascendencia constitucional» en el ordenamiento constitucional peruano

*Indeterminación y reconstrucción del precedente vinculante 0987-2014-PA/TC**

 EDWIN FIGUEROA GUTARRA**

Sumario:

1. Introducción; 2. El precedente vinculante contenido en la STC 0987-2014-PA/TC y su efecto en el ordenamiento constitucional peruano; 3. *Certiorari* y denegatoria de pronunciamiento de fondo; 4. La «especial trascendencia constitucional» en el ordenamiento español; 5. Criterios sobre la causal de «especial trascendencia constitucional»; 6. Necesaria reconstrucción del precedente vinculante 0987-2014-PA/TC; 7. Ausencia de mensaje a los jueces del Poder Judicial; 8. A título de conclusión.

111

1. Introducción

Es propósito de este estudio analizar las nuevas dimensiones del ordenamiento constitucional peruano a raíz de las exigencias planteadas a través del precedente vinculante STC 0987-2014-PA/TC, en relación con la exigencia específica del requisito de «especial trascendencia constitucional» como condición a ser cumplida por las pretensiones de orden iusfundamental.

Es importante anotar que nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto a pretensiones constitucionales se refiere, ha planteado a través de un precedente vinculante, una decisión con efectos *erga omnes* y de vinculación

* In memorian Miguel Ángel Montañés Pardo (1957-2011).

** Doctor en derecho. Juez Superior Titular de la Sala Constitucional de Lambayeque. Profesor asociado de la Academia de la Magistratura. Profesor de derecho constitucional de la Universidad de San Martín de Porres.

fuerte para todos los actores del ordenamiento jurídico: la exigencia de cumplir las demandas sobre derechos fundamentales, con justificar una «especial trascendencia constitucional», como cuestión de forma y fondo, para que la controversia pueda ser resuelta por el Tribunal Constitucional (TC), y no se emita, en su caso, sentencia interlocutoria denegatoria, figura que a su vez traduce un pronunciamiento desestimatorio sin más trámite. El alto margen de existencia de conceptos jurídicos indeterminados en el precedente vinculante en mención nos hace reflexionar, desde lo antes acotado, en la necesidad de llenar de contenidos a las premisas de las cuales parte un precedente de esta naturaleza, con mayor razón si este tipo de pronunciamientos tiene un fuerte efecto de vinculación normativa para todos los poderes públicos.

Nuestro análisis se basa en dos premisas: de un lado, pretendemos señalar que el origen normativo y jurisprudencial de esta figura parte del ordenamiento español, en referencia a la LO 6/2007 y la STC 155/2009 del Tribunal Constitucional español; y de otro lado, la importancia de construir precedentes desde una perspectiva bifronte, en alusión a la necesidad de puntualizar un mensaje más elaborado de los precedentes vinculantes, abordando el rol que les corresponde, también, a los jueces del Poder Judicial, como garantes de los derechos fundamentales y primeros bastiones de defensa de los derechos tutelados por nuestra Carta fundamental.

112

En efecto, el precedente vinculante en mención no incluye un mensaje específico a los jueces en cuanto a su delicada tarea de remitir procesos constitucionales vía recurso de agravio al TC, más aún cuando la «especial trascendencia constitucional» se convierte en mecanismo de rechazo de la demanda sobre afectación de derechos fundamentales. La premisa es muy puntual: así como existe un órgano que deniega demandas (el TC) existe a su vez un estamento jurisdiccional que remite tales demandas (el Poder Judicial), aspecto que denota la exigencia de construcción más calificada de los criterios argumentativos de los precedentes vinculantes.

2. El precedente vinculante contenido en la STC 0987-2014-PA/TC y su efecto en el ordenamiento constitucional peruano

Advirtamos desde el inicio que el precedente vinculante STC 0987-2014-PA/TC reconstruye una nueva dimensión procesal de las pretensiones

constitucionales¹, a partir de la exigencia de que las demandas constitucionales no incurran en determinadas causales de rechazo que configuren la emisión de una sentencia interlocutoria denegatoria², lo cual involucra una desestimación de la demanda sin pronunciamiento sobre el fondo. La causal que nos interesa, entre las varias que son desarrolladas por el TC, es la referida a la «especial trascendencia constitucional», que debe revestir la demanda vinculada con derechos fundamentales, a efectos de que pueda transitar por la vía constitucional con la aspiración de una decisión de fondo sobre la controversia iusfundamental que plantea.

Es necesario e importante, desde nuestro punto de vista, darle contenido a esta denominación de «especial trascendencia constitucional», pues de lo contrario, nos encontraremos ante un escenario de indeterminación en el derecho³, entendida como una figura que afecta la comprensión cabal del significado de los términos, dada la no precisión de sus contenidos. Esta noción inclusive es asimilable, en clave de problemas adicionales, a la idea de inseguridad jurídica⁴.

En efecto, si una figura tan relevante como la fijación de causales de rechazo no es adecuadamente construida desde la función de órgano rector

¹ STC 0987-2014-PA/TC, caso Francisca Vásquez.

49. El Tribunal Constitucional emitirá sentencia interlocutoria denegatoria cuando:

- a) Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque;*
- b) La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional;*
- c) La cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional;*
- d) Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.*

La citada sentencia se dictará sin más trámite.

50. Existe una cuestión de especial trascendencia constitucional cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental.

² E. BLUME, *La sentencia interlocutoria denegatoria*. Materiales de trabajo de la Academia de la Magistratura de Perú. Módulo Teoría Constitucional y Democracia. XVII Programa de Ascenso, 2015. Recuperado de <http://aulavirtual.amag.edu.pe/course/view.php?id=634>. Fuente visitada por última vez el 25 de mayo de 2015.

³ A. RÓDENAS, *Los intersticios del derecho*, Barcelona/España, Marcial Pons, cap. I, 2012, pp. 21-50.

⁴ M. HERNÁNDEZ, «La especial trascendencia constitucional como criterio de admisión del recurso de amparo ¿concepto jurídico indeterminado o inseguridad jurídica?» Versión re-

que le compete al TC, en el ejercicio de sus tareas de orden, valoración y pacificación, el riesgo inmediato es dejar al libre albedrío de los intérpretes del sistema la construcción de los alcances, términos y condiciones de aplicación de la causal en descripción como causa de rechazo de una demanda iusfundamental. De esa forma, un análisis pormenorizado del nuevo precedente vinculante en comento, nos deja la preocupación de una falta de desarrollo dogmático orientativo de esta causal de «especial trascendencia constitucional», como causal de rechazo para una decisión de fondo.

En propiedad, el TC ha de arrogarse la facultad de denegar un pronunciamiento de fondo respecto de la pretensión planteada, si no se cumple la condición determinante de justificar la demanda porque existe en la cuestión de derecho contenida en el recurso de agravio constitucional una «especial trascendencia constitucional». Resulta así necesario que el precedente vinculante en mención sea complementado en la fijación de los conceptos integrantes del contenido atribuido, a fin de evitar escenarios de vaguedad o ambigüedad⁵, y ello tiene lugar desarrollando una fundamentación más amplia de las causales de rechazo de demandas que el precedente vinculante establece.

En el primer caso, aludiendo a la vaguedad, nos encontramos frente a ausencia de significados, en tanto transmite la causal en mención una referencia solo genérica sobre la exigencia de cumplir determinada trascendencia constitucional. En el caso de la ambigüedad, la no precisión de contenido justamente da lugar a interpretaciones diversas, y los actores del sistema pueden advertir la existencia de varios significados entre los cuales ha de preferirse una posición que justifique la decisión. Esto puede conducir a la adopción de premisas que no necesariamente coincidan con los supuestos de los cuales habría partido el precedente vinculante.

sumen. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derecho Público Comparado. Recuperado de [http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/ins_derecho_público_comparado/seminarios_cursos/seminarios_conferencias_científicos/Resumen%20ponencia%20Hernandez%20Ramos.pdf](http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/ins_derecho_publico_comparado/seminarios_cursos/seminarios_conferencias_cientificos/Resumen%20ponencia%20Hernandez%20Ramos.pdf). Fuente visitada por última vez el 20 de mayo de 2015.

⁵ *Vid.* D. ORTEGA, «La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado: de la reforma de 2007 de la L.O.T.C a la STC 155/2009, de 25 de junio», en *Teoría y realidad constitucional*, núm. 25, UNED, 2010, p. 498.

Ahora bien, en lo tocante a este precedente consideramos una cuestión de orden precisar que no existe una definición integral del concepto «sentencia interlocutoria denegatoria», pues la posición de aproximación más cercana a su contenido es la referencia en el propio precedente a que la citada sentencia se dictará sin más trámite. En rigor, el término «interlocutorio», aun cuando puede abordar la referencia a una sentencia, es regularmente una decisión *intra proceso*, más propia de un incidente. Importa entonces evitar esta vaguedad en ciernes. De otro lado, no existe mayor fundamentación respecto a la extensión del concepto «especial trascendencia constitucional», salvo algunas líneas muy introductorias, aspecto que nos ocuparemos de definir en el resto de este examen.

3. Certiorari y denegatoria de pronunciamiento de fondo

Una primera cuestión a la que nos conduce este nuevo precedente vinculante se refiere a si el Tribunal Constitucional ha optado por una especie de *certiorari*, en alusión a la definición de Oteiza⁶ como potestad discrecional regulada⁷ de tribunales de alto rango como sucede con la Corte Suprema de EE.UU., entre otros importantes tribunales, que escoge aquellos procesos que únicamente resuelve en comparación con los casos que en total son admitidos por la misma Corte⁸.

115

⁶ E. OTEIZA, «El certiorari o el uso de la discrecionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sin un rumbo preciso», en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, 1998, p. 71. Recuperado de http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revisa_juridica/n3N1-Abril1998/031Juridica06.pdf. Fuente visitada por última vez el 01 de junio de 2015.

⁷ El *certiorari* o herramienta de «sana discreción» en la característica que le asigna Eduardo Oteiza, es un mecanismo del derecho anglosajón que se expresa en la abreviatura *certiorari volumus* (deseamos informarnos) y que en Estados Unidos permite que, a través de la aplicación del *writ of certiorari*, la Corte Suprema de ese país requiera a un Tribunal de grado inferior la remisión de una causa.

⁸ En promedio unos 130 procesos (80 con audiencias y 50 sin audiencias) son resueltos por año de un estimado de 7 000 a más ingresos. La media es similar en los últimos años en los cuales un promedio general sería 100 procesos resueltos sobre un aproximado de ingresos de 10 000 causas al año. Un tercio de casos proviene de apelaciones de cortes supremas estatales y 2/3 son de cortes federales de grado inferior. La Corte Suprema de EE.UU. es la principal Corte Federal de EE.UU. y representa la máxima instancia de conocimiento judicial. Recuperado de <http://www.civilrights.org/judiciary/courts/supreme.html>. Fuente visitada por última vez el 01 de junio de 2015.

La distinción es importante para nuestro estudio: el *certiorari* constituye una potestad de un alto tribunal de ceñirse al establecimiento de determinadas reglas para abordar cuáles casos (en realidad muy pocos) han de constituir líneas jurisprudenciales determinantes para un ordenamiento jurídico; en tanto que el sistema de la sentencia interlocutoria denegatoria prefijado por el TC, implica que todos los casos remitidos a esta instancia, deban ser cuando menos examinados, y aquellos que incurran en las causales de rechazo que fija el tribunal, son a su vez desestimados. En propiedad, el *certiorari* implica el no conocimiento de la causa, pues la Corte Suprema considera un conjunto de decisiones que han de determinar un mensaje a los órganos subordinados, encontrándose estos verdaderamente vinculados –en un ámbito de *stare decisis*– con los fallos que con carácter orientador ha de emitir la Corte Suprema.

El *certiorari* traduce, entonces, dos consecuencias relevantes: de un lado es un mensaje de confianza en los jueces *a quo*, quienes conocen de cerca el proceso y son quienes cumplen efectivamente el principio de inmediación al haber estado en contacto con las partes y las pruebas aportadas por estas, y de otra manera, implica un mensaje de racionalidad, en cuanto observamos que el principio de pluralidad de instancias ya ha sido cumplido previamente, al haber sido conocida la pretensión por un juez de fallo y un juez de revisión.

116

Por tanto, la pregunta es imperiosa si nos referimos a las ventajas comparativas del *certiorari* y su efecto de reducción de las controversias que deben ser necesariamente conocidas por los órganos jurisdiccionales: ¿es absolutamente necesario un nuevo pronunciamiento de la Corte Suprema cuando instancias previas ya conocieron el caso? La respuesta más congruente es «no», toda vez que si nos referimos a los principios del *common law* y el *due process of law* (debido proceso), la satisfacción del principio de pluralidad de instancias, ya ha sido cumplida vía el conocimiento de la pretensión por las instancias inferiores. En consecuencia, no deviene absolutamente necesario el conocimiento del proceso, en términos estrictos de emisión de una nueva resolución de fondo, por parte de la Corte Suprema norteamericana.

La sentencia interlocutoria denegatoria no constituye, por tanto, una forma de *certiorari*, aunque sí concede al alto tribunal, esa potestad de con-

notación amplia, de decidir que si un caso incurre en determinada causal de exclusión, pues tiene lugar la emisión de un pronunciamiento interlocutorio denegatorio cuya consecuencia es la de devolver sin más trámite, la causa al órgano *a quo*.

4. La «especial trascendencia constitucional» en el ordenamiento español

Un estudio cuidadoso de nuestro amigo y profesor Miguel Ángel Montañés Pardo^{8,9}, corrobora que la causal de configuración entendida como la «especial trascendencia constitucional», ha sido tomada de la experiencia constitucional española, que igualmente abordó inclusive distintos problemas durante el proceso de incorporación¹⁰.

Montañés alude a las modificaciones de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español hechas por la LO 6/2007, en alusión al trámite de admisión del recurso de amparo, que introduce como requisito de admisibilidad la exigencia de que el recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional, en razón de su «especial trascendencia constitucional». Al respecto, nuestro autor aborda algunos fundamentos de la STC 155/2009, del 25 de junio de 2009¹¹, y menciona el propósito de

⁸ Miguel Ángel Montañés Pardo, Fiscal Letrado y Secretario General Adjunto del Tribunal Constitucional español, fue promotor, director y docente del curso «Procesos de tutela de derechos fundamentales» dictado en Montevideo (Uruguay) en el año 2011, por intermedio de la Cooperación Española, experiencia en la cual tuvimos oportunidad de participar. Su deceso se produjo muy poco después de concluido el dictado de este curso. Estas líneas van en homenaje a sus altas calidades personales y docentes.

⁹ M. MONTAÑÉS, «La “especial trascendencia constitucional” como presupuesto del recurso de amparo». Materiales de trabajo de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID en Montevideo, Uruguay. Recuperado de http://www.google.com.pe/?gfe_rd=cr&ei=fXBsVbeVM6Ww8wfd_IDwBA#q=MONTA%C3%91%C3%89S%2C+Miguel+.+La+E2%80%9Cespecial+trascendencia+constitucional%E2%80%9D+como+presupuesto+del+recurso+de+amparo. Fuente visitada por última vez el 20 de mayo de 2015.

¹⁰ A. ESPINOSA, «El recurso de amparo. Problemas antes, y después, de la reforma», en *INDRET. Revista de análisis del derecho*, Barcelona, marzo 2010, pp. 12-19. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/722_es.pdf. Visitada por última vez el 23 de mayo de 2015.

¹¹ Destacan como antecedentes de este fallo las sentencias 188/2008, de 21 de julio; 289 y 290/2008, del 22 de setiembre; y 70/2009 del 23 de marzo. *Vid.* D. ORTEGA, «La especial trascendencia constitucional...», *op. cit.*, p. 499.

«contribuir a que los abogados, cuando formulen sus demandas, tengan en cuenta que deben razonar, como siempre, la existencia de las lesiones que invoquen, pero también, y sobre todo, justificar que su recurso, más allá del caso concreto, presenta una «especial trascendencia constitucional»¹².

Las anotaciones de Montañés no son menores y constituyen consecuencias de relevancia para nuestro ordenamiento constitucional: el legado procedural de fondo del precedente vinculante 0987-2014-PA/TC, en relación con los abogados en nuestro ordenamiento constitucional, es propiamente la justificación que ha de cumplir toda demanda constitucional vinculada a procesos constitucionales de la libertad (en nuestro caso hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento) de fundamentarse adecuadamente la «especial trascendencia constitucional» que el proceso a su cargo reviste. No cumplida esta formalidad, se configura la potestad habilitante del Tribunal Constitucional para emitir decisión interlocutoria denegatoria y devolver la demanda al órgano *a quo* para su archivamiento.

118

El autor también anota que «se ha invertido el juicio de admisibilidad (en tanto el nuevo sistema) conlleva la objetivación del recurso de amparo, pues, aunque el amparo siga siendo un recurso subjetivo de tutela de los derechos fundamentales, para su admisión se exige algo más: que tenga una especial trascendencia constitucional»¹³. La pregunta que fluye naturalmente aquí para nuestro estudio es: ¿la exigencia del requisito de «especial trascendencia constitucional», como cláusula objetiva, implicará que las demandas constitucionales puedan perder su carácter de medios de defensa subjetiva de los derechos fundamentales? Intentaremos responder ello en el curso de este estudio.

A propósito de este tema, el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional peruano, hasta la dación del precedente vinculante 0987-2014-PA/TC, señalaba:

11. Una de las Salas se encargará de calificar la procedencia de las causas que lleguen al Tribunal. La Sala determinará si, tras la presentación

¹² M. MONTAÑES, *op. cit.*, p. 1.

¹³ M. MONTAÑES, *op. cit.*, p. 2.

de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el artículo 18º del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse.¹⁴

La regla en sede nacional fue a su turno bastante objetiva. El precedente vinculante en comento redimensiona el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, para abordar una propuesta de objetivación de las pretensiones constitucionales, aunque reiteramos, sin cumplir dicho precedente aún el propósito central de fundamentar mejor cada una de las causales abordadas como elementos configuradores de una decisión interlocutoria denegatoria.

Siguiendo las líneas precedentes, Montañés describe la doctrina constitucional que desarrolla la sentencia 155/2009, en concordancia con la modificación de la LOTC, y considera que esta doctrina puede resumirse en los siguientes pasos:

a) Es cargo del recurrente justificar la trascendencia constitucional

Considera el autor la «ineludible exigencia impuesta por el art. 49º.1 *in fine* de la LOTC de justificar de manera expresa, en la demanda de amparo, la especial trascendencia constitucional del recurso, cuya naturaleza sustantiva se refleja en la expresión “en todo caso” empleada por el precepto».

Aportamos en este ítem que es obligación del demandante cumplir esta tarea de justificación, no siendo viable aplicar los principios *iura novit curia* y suplencia de queja deficiente, es decir, no es delegable en el Tribunal la tarea de reconstruir el alcance de la pretensión.

¹⁴ STC 0987-2014-PA/TC, fundamento 45.

b) Se trata de un requisito insubsanable

No es procedente la apertura del trámite de subsanación. Esto implica que determinada la causal de inadmisión la demanda es rechazada. Vemos aquí una regla de rigurosidad pues incumplida la exigencia, la demanda debe ser desestimada. La pauta para los abogados es más enfática aún: no hay posibilidad de enmienda en caso de omisión.

c) No es suficiente razonar la vulneración de un derecho fundamental

Acota el maestro ibérico que «el recurrente, por tanto, aparte de razonar la vulneración invocada, habrá de justificar expresamente, en su demanda de amparo, la especial trascendencia constitucional del recurso, sin que corresponda al TC reconstruir de oficio la demanda». ¹⁵ Observamos aquí una exigencia de objetivación. No bastará, entonces, la alegada vulneración de derechos públicos subjetivos, sino será una exigencia determinar el alcance de trascendencia especial que la demanda involucra.

120

5. Criterios sobre la causal de «especial trascendencia constitucional»

De otro lado, constituyen criterios sobre la «especial trascendencia constitucional» según Montañés y en desarrollo de la STC 155/2009:

a) La lesión del derecho fundamental como punto de partida

Señala Montañés que «esa exigencia se refiere el inciso inicial del art. 49º.1 LOTC cuando establece, como contenido de la demanda, la exposición clara y concisa de los hechos que la fundamenten y la cita de los preceptos constitucionales que se estimen infringidos». ¹⁶

En propiedad, acotamos, toda lesión efectivamente parte de la lesión ostensible, manifiesta y grave de un derecho fundamental. Constituye esta exigencia el presupuesto base para el tránsito de una controversia ante la justicia constitucional.

¹⁵ M. MONTAÑES, *op. cit.*, p. 4.

¹⁶ *Ibid.*

b) Supuestos de especial trascendencia constitucional

Acota Montañés: «El carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de especial trascendencia constitucional como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, hacía preciso que el Tribunal Constitucional concretara el concepto y alcance del nuevo requisito de la “especial trascendencia constitucional”, y así lo ha hecho en la STC 155/2009»¹⁷. El conjunto de supuestos a que hace referencia la STC 155/2009, de 25 de junio, fundamento 2, es el siguiente, en términos de Montañés:

- Cuestión constitucional nueva

Entendemos configurada esta situación «cuando el recurso plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional»¹⁸. En adición a ello «lo que se exige [...] es que se plantea una “cuestión constitucional nueva”, y no una casuística nueva en cuestiones ya resueltas por la jurisprudencia constitucional». La referencia del maestro español alude a que no se trate de nuevos supuestos fácticos sino al contenido o elemento del derecho fundamental invocado y sobre el cual no haya aún doctrina constitucional.

121

- Aclaración o cambio de doctrina constitucional

El autor pone aquí énfasis en dos cuestiones: una primera referida al surgimiento de nuevas realidades sociales o bien a cambios normativos relevantes. Acota: «Este es [...] el caso de la STC 155/2009, que comentamos, en la que el TC cambia su doctrina sobre el principio acusatorio»¹⁹. No podemos negar la función social que cumple el Tribunal Constitucional y por tanto, sus decisiones han de causar efectos trascendentales sobre las diversas instituciones jurídicas existentes, entre aquellas que afectan a las comunidades, o cuando se trata de un giro importante en el aspecto normativo. Es pertinente recordar, a este respecto, la función pedagógica que cumple el Tri-

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ M. MONTAÑES, *op. cit.*, p. 5.

bunal, cuyas decisiones han de ser tenidas en cuenta como la interpretación última de la *norma normarum*.

- *Cuando la vulneración provenga de la ley o norma aplicada*

Señala Montañés que la configuración de este supuesto ocurre «cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general»²⁰.

La experiencia del caso peruano plantea la procedencia del amparo contra normas autoaplicativas²¹, es decir, aquellas que no exigen reglamentación, a diferencia de las normas heteroaplicativas, cuya exigencia reglamentaria no permite, regularmente, la entrada en vigencia de la norma hasta que se cumpla el deber positivo de reglamentar esta.

- *Interpretación jurisprudencial de la ley lesiva del derecho fundamental*

122

Se entiende configurada esta causal «cuando la vulneración del derecho traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley, que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución»²². En relación con este extremo funciona una calidad correctora de las interpretaciones contrarias de los jueces respecto del contenido constitucional de una norma, y más si esa interpretación de la norma viola derechos fundamentales.

Indagemos, sin embargo, sobre la razón por la cual prevalentemente pueda existir esta causal de interpretación lesiva. A juicio nuestro, ello tiene

²⁰ *Ibid.*

²¹ Artículo 3º del Código Procesal Constitucional.- Procedencia frente a actos basados en normas:

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada [...].

²² M. MONTAÑES, *op. cit.*, p. 5.

su explicación en la existencia de conceptos jurídicos indeterminados en el contenido de un precedente vinculante. La consecuencia inmediata, entonces, no tiene soslayo: es exigible para el Tribunal que fija precedentes la toma de inmediata posición para la asignación de contenidos de desarrollo del precedente.

Esto no obsta, sin embargo, y veámolo en perspectiva integradora, que buenas decisiones judiciales puedan asignar contenidos constitucionales idóneos a la vaguedad de un precedente. No es menor pues la cuestión en nuestro país, en ese orden de ideas, respecto a que el Poder Judicial representa el bastión de defensa inicial de los derechos fundamentales, asumiendo el TC la condición de garante último en la tutela de estos derechos.

- Incumplimiento general y reiterado de la doctrina constitucional

Según Montañés «este criterio, que también se refiere a la inaplicación o incorrecta aplicación de la Constitución, parece distinguir, de una parte, entre el incumplimiento general (por varios órganos judiciales) y el incumplimiento reiterado (por un mismo órgano judicial) de la jurisprudencia constitucional, aunque no queda del todo claro si ambos deben concurrir conjuntamente»²³.

123

Esta causal se condice con la anterior pues una interpretación en contrario de los principios, valores y directrices de la Constitución, sea de la Administración o del Poder Judicial, encuentra su explicación, muchas veces, en la ausencia de contenidos de un precedente o bien en la ausencia de pautas rectoras del último intérprete de la Constitución.

Sin perjuicio de ello, estamentos de la Administración y del Poder Judicial emiten sus propios precedentes en el ámbito de sus funciones²⁴. Ello ayuda a crear predictibilidad en la justicia administrativa y ordinaria.

²³ M. MONTAÑES, *op. cit.*, p. 6.

²⁴ La Administración, entre otras instituciones como el Tribunal Fiscal por ejemplo, emite precedentes de aplicación obligatoria para las controversias sometidas a su conocimiento. El Poder Judicial en el Perú emite precedentes judiciales en diversos plenos jurisdiccionales o ca-

- *Negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina constitucional*

Señala Montañés que «podría producirse el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del TC que impone el art. 5º de la Ley Orgánica del Poder Judicial)»²⁵.

Creemos que estos son casos de suma excepción. Aun existiendo el choque de trenes entre la justicia constitucional y la ordinaria, recurrente por conflictos de interpretación entre el TC y las salas supremas del Poder Judicial, no podemos dejar de observar que el Tribunal es el último intérprete de la Constitución, lo que le confiere potestad correctora respecto de las decisiones del Poder Judicial. En relación con ello, un caso muy particular de oposición a la doctrina del TC en materia de precedentes vinculantes, fue el Pleno Jurisdiccional Distrital de la Corte Superior de Justicia de Lima, que se realizó los días 15 y 16 de julio de 2010²⁶.

Dos posiciones fueron objeto de debate. Una primera propuesta se definía de la siguiente forma: según una primera ponencia, los jueces deben aplicar los precedentes constitucionales vinculantes establecidos por el TC. Una segunda ponencia señalaba que los jueces pueden desvincularse de los precedentes constitucionales vinculantes establecidos por el TC, en virtud de la independencia de la que gozan –reconocida por mandato constitucional– siempre que con su decisión se proteja de mejor manera al accionante, en cuanto al derecho fundamental violado. Las ponencias 1 y 2 obtuvieron 3 y 10 votos, respectivamente, y una tercera posición, muy similar a la segunda, obtuvo 16. Esta última señalaba que los jueces como regla deben aplicar los precedentes vinculantes establecidos por el TC; pero, pueden desvincularse de dichos precedentes, siempre que con su decisión se proteja de mejor manera al accionante, en cuanto a su derecho fundamental violado.

124

satorios, e inclusive las salas supremas asumen la potestad de emitir precedentes en relación con los casos que conocen, entendidos todos estos criterios como vinculantes a nivel de la justicia ordinaria.

²⁵ M. MONTAÑES, *op. cit.*, p. 6.

²⁶ Pleno Jurisdiccional intitulado «El precedente vinculante frente a la autonomía judicial».

Observemos que prosperó esta última posición en contra de la obligación ineludible de aplicar los precedentes vinculantes del TC, a pesar de que fallos como la STC 006-2006-CC/TC caso Casinos Tragamonedas, establecen responsabilidad funcional de los jueces en caso que estos no observen la aplicación del precedente vinculante.

- *Trascendencia general de los efectos del amparo*

Precisa nuestro autor español que este supuesto se produce «cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en alguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto, porque plantee una cuestión jurídica relevante y de general repercusión social o económica, o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios»²⁷.

La repercusión social ha sido anotada líneas arriba. Solo nos queda acotar que buenos tribunales emiten buenas sentencias y, por tanto, es fundamental un sistema óptimo de selección de los mejores profesionales en materia constitucional como magistrados del TC.

125

6. Necesaria reconstrucción del precedente vinculante 0987-2014-PA/TC

Los avances de la doctrina española en referencia al requisito de la «especial trascendencia constitucional» nos conducen a un requerimiento de modificación de los itinerarios de un precedente vinculante tan importante como el que ahora es materia de comentario, en tanto la necesidad que diagnosticamos en este estudio se traduce en una impostergable reconstrucción de los significados de los supuestos de configuración²⁸ del requisito de «especial trascendencia constitucional» y, por tanto, de una más adecuada definición de la decisión interlocutoria denegatoria que aborda el precedente en estudio.

²⁷ M. MONTAÑES, *op. cit.*, p. 6.

²⁸ Entre otras críticas, *vid.* R. CAVANI, «Función del TC peruano, modelos de cortes de vértice y la “especial trascendencia constitucional”», en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, núm. 81, Lima, 2014, pp. 47-56.

El caso español implicó un período aproximado de dos años entre la modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de ese país y la fijación de los supuestos de configuración del requisito de «especial trascendencia constitucional», en propiedad a través de la sentencia 155/2009. El caso peruano no solo fija para la emisión de una decisión interlocutoria denegatoria el requisito que abordamos en este estudio, en relación a la «especial trascendencia constitucional», sino que aborda otros supuestos y causales de no menor relevancia y ello nos permite llegar a la conclusión de que es pertinente, con mayor razón aún, desarrollar una tarea de mejores especificaciones de estos supuestos.

Abordar esa tarea implica, a su vez, el cumplimiento del denominado «deber especial de protección» que demanda a los órganos que imparten justicia constitucional, una exigencia cualificada de sus actuaciones frente a los excesos de los poderes públicos, o a su vez, respecto de las trasgresiones *inter privatos* a que también aluden los derechos fundamentales.

En efecto, en desarrollo de la misma noción, la emisión de una decisión en sede constitucional conlleva implícito el deber de protección²⁹, figura que ha sido desarrollada jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional de nuestro país y por el Tribunal Constitucional Federal alemán³⁰, bajo

²⁹ Esta noción es abordada en la STC 0858-2003-AA/TC, caso Eyler Torres del Águila, que señala:

6. [...] debido al influjo de diversas teorías que han servido de base al constitucionalismo, y muy significativamente de las doctrinas pactistas, desde sus orígenes, el Estado moderno ha sido concebido como un ente artificial, una de cuyas tareas encomendadas ha sido, desde siempre, proteger los derechos fundamentales. Podría decirse, incluso, que se trata de su finalidad y deber principal, pues, en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un «deber especial de protección».

Por cierto, este «deber especial de protección» del Estado no es solo una cuestión teórica derivada de la existencia de una o más teorías sobre la legitimidad del Estado. Constitucionalmente sustenta la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. En efecto, como antes lo ha señalado este Tribunal, los derechos fundamentales no solo tienen una dimensión subjetiva [esto es, no valen solo como derechos subjetivos], sino también una dimensión objetiva, puesto que los derechos fundamentales constituyen el orden material de valores en los cuales se sustenta todo el ordenamiento constitucional (cf. STC 0976-2001-AA/TC, 0964-2002-AA/TC, entre otras).

³⁰ BVerfGE 39, 1 (p. 42), caso del aborto I, sentencia de 25 de febrero de 1975; BVerfGE 49,89 (p. 142), caso Kalkar I, sentencia de 08 de agosto de 1978.

la doctrina del *Schutzwicht*, en el sentido interpretativo de un mandato para los jueces constitucionales frente a eventuales vulneraciones a la dimensión objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales, en rigor, mandatos de actuación que configuran auténticos deberes de protección de los derechos constitucionales. Esa labor de mejor fundamentación apunta, de igual modo, a configurar, de manera más óptima, los límites entre la objetivación de los procesos constitucionales, y la fijación de los contenidos de extensión de los derechos subjetivos que protegen los derechos fundamentales.

Este requerimiento es mayor inclusive si la experiencia comparada marca una evolución de este debate en las experiencias española y alemana. En efecto, dichos ordenamientos constitucionales en su momento debieron establecer la oscilación de evolución de su justicia constitucional en relación a si marcaba un énfasis respecto de la justicia constitucional desde una perspectiva objetiva de las pretensiones constitucionales, o si bien debía prevalecer el contenido siempre relevante del grado de afectación de los derechos subjetivos.

127

En el caso español la denominada excesiva objetivación del amparo³¹ mereció una búsqueda del punto de equilibrio con el objeto de no acabar con el denominado amparo subjetivo, es decir, la efectiva defensa ante una vulneración constitucional sufrida por los ciudadanos. En relación con la experiencia alemana, Ortega cita a Hernández Ramos señalando que en Alemania por «seguir reconociendo un derecho de los ciudadanos de acceder a la jurisdicción del BVerfG³², pero dando protagonismo a aquellos recursos que plantearan cuestiones especialmente trascendentales tanto en un sentido objetivo como en un sentido subjetivo»³³.

La experiencia en nuestro país demanda salidas similares pues la tendencia de objetivación que siguen de ahora en adelantas los procesos cons-

³¹ D. ORTEGA, «La especial trascendencia constitucional...», *op. cit.*, p. 501.

³² *Bundesverfassungsgericht* es la denominación del Tribunal Constitucional Federal alemán, compuesto por 16 magistrados, con sede en Karlsruhe, Alemania, órgano emblemático cuya jurisprudencia desde los años 50 del siglo pasado, fue marcando importantes contenidos para la justicia constitucional, entre ellos, el contenido esencial de los derechos fundamentales y el Estado Democrático y Social de Derecho, abordados en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

³³ D. ORTEGA, «La especial trascendencia constitucional...», *op. cit.*, p. 504.

titucionales con el precedente vinculante 0987-2014-PA/TC, igualmente tienen que necesariamente encontrar puntos de equilibrio y coincidencia entre ambas tendencias: la defensa y vigencia efectiva de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, de un lado, y el requerimiento que plantea el precedente en comento para una objetivación de los procesos constitucionales. Ello no debe implicar, a juicio nuestro, un rango de menor defensa de los derechos tutelados por la Carta fundamental. Respecto a ello, le compete a nuestro TC una delicada tarea de construcción de los puntos de coincidencia, equilibrio y armonía entre ambos escenarios.

7. Ausencia de mensaje a los jueces del Poder Judicial

El precedente materia de nuestro comentario indudablemente asume una posición restrictiva en cuanto a su propuesta de objetivación de las pretensiones constitucionales, y se reconduce a eliminar un importante número de causas ingresadas al TC por no cumplirse determinadas condiciones, una de las cuales es el requisito de «especial trascendencia constitucional». En ese rango de ideas, la configuración del precedente vinculante 0987-2014-PA/TC debe lograr un número menor de pronunciamientos del TC, reservándose para decisiones de fondo solo aquellos procesos que justifiquen una «especial trascendencia constitucional», entre otras causales antes anotadas.

Asumimos con cierto nivel de persuasión que esta decisión del TC se explica por el incremento de causas ingresadas a este en los últimos años, cuya tendencia creciente habría justificado efectivamente fijar causales de restricción para el conocimiento de pretensiones a motivar en decisión de fondo.

Y sin embargo, así como existe un órgano de cierre (el TC) que asume una posición más *clausus* de las decisiones que se justifican ser emitidas, dada la naturaleza restrictiva del precedente, asume igual nivel de importancia que igualmente existen un conjunto de órganos constitucionales (las salas superiores del Poder Judicial) que a su vez remiten los procesos constitucionales, vía recurso de agravio, a la máxima instancia de los derechos fundamentales

Efectivamente, si el TC fija reglas de desvinculación para la emisión de sentencias de fondo, de manera que no debe pronunciarse en determinados

casos por incumplimiento de los requisitos fijados, era igualmente necesario construir el precedente en análisis, también, desde la posición de mensaje a los jueces del Poder Judicial, para determinar, con mayor énfasis, la configuración de las causales propias de una decisión interlocutoria denegatoria.

Es pertinente recordar, en esta ruta de razonamiento, que el Poder Judicial constituye el primer bastión de defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos y, como tal, justifica esa competencia negativa³⁴ del TC respecto de los procesos que conoce, pues en propiedad toda sentencia estimatoria en un proceso iusfundamental, en la cual se determina la restitución del derecho conculado, termina en esa segunda instancia que representan las salas superiores, luego de haber examinado la demanda un juez especializado que asume la condición de juez constitucional.

En ese sentido, el TC conoce solo aquellos fallos en los cuales el Poder Judicial ha expresado una posición denegatoria³⁵ y desestimatoria de los

³⁴ Artículo 202º de la Constitución.- Atribuciones del Tribunal Constitucional

«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 [...].»

³⁵ La STC 01711-2014-PHC 7TC, caso Víctor Polay Campos y otros, prevé:

«5. [...] debe tenerse presente que si la adopción del Recurso de Agravio Constitucional para casos vinculados al Tráfico Ilícito de Drogas y lavado de activos se basó en instrumentos internacionales tales como la Convención Internacional para la represión del financiamiento del terrorismo, resulta a todas luces atendible que habiéndose ampliado el RAC para el delito fuente, deberá también ampliarse para el delito fin que constituye el terrorismo [...].»

7. Por lo expuesto, 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 N° 2748-2010- HC/TC, y en tal sentido entender que, más allá de los supuestos establecidos en el artículo 202º de la Constitución, este Tribunal es competente para revisar, vía Recurso de Agravio Constitucional, las sentencias estimatorias expedidas en procesos constitucionales relativos al delito de terrorismo que en segunda instancia hayan declarado fundada la demanda.»

El decisorio precisa:

«3. Establecer como doctrina jurisprudencial conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en los procesos constitucionales relacionados con

decisores del *corpus iuris* judicial, o bien se ejecuta en sus propios términos la decisión y, por lo tanto, se cumple el resarcimiento de la vulneración grave reconocida; o bien se opta por el recurso extraordinario del proceso constitucional contra sentencia constitucional³⁶, aspecto que asume una naturaleza cerrada, pues las causales de interposición de una pretensión constitucional contra otra decisión constitucional son absolutamente excepcionales.³⁷

De allí la enorme importancia de que las reglas de conocimiento de las pretensiones constitucionales, más aún en un caso de suma relevancia como el precedente 0987-2014-PA/TC, incluyan a los jueces del Poder Judicial en lo relacionado con las reglas a considerar para la determinación de las causales de rechazo, pues una lectura acuciosa del precedente en comento, nos revela algunas cuestiones que es preciso comentar.

En efecto, no existe un conjunto de pautas que justifiquen la no remisión de procesos al TC, vía recurso de agravio constitucional, en aplicación directa del requisito de especial relevancia constitucional. A su vez y en relación a la condición de «especial trascendencia constitucional», el precedente en análisis no desarrolla con mayor énfasis esta causal de rechazo de conocimiento de la pretensión iusfundamental, lo cual deja a los jueces del Poder Judicial en una labor incompleta de aplicación de reglas del precedente, con mayor énfasis si asumimos que el TC fija reglas respecto de su condición de órgano de conocimiento pero descuida que existen órganos previos que han conocido el proceso.

130

el delito de terrorismo en los que se haya dictado sentencia estimatoria de segundo grado, la Procuraduría del Estado correspondiente se encuentra excepcionalmente habilitada para la interposición del recurso de agravio constitucional, el mismo que debe ser concedido por las instancias judiciales, conforme a lo señalado en el fundamento 7 de la presente sentencia.»

³⁶ *Vid.* STC 4853-2004-PA/TC, caso Dirección Regional de Pesquería de la Libertad, fundamento 39.

³⁷ STC 4853-2004-PA/TC.

«39. B) *Regla sustancial: Para la procedencia, por única vez, de una demanda de “amparo contra amparo”, el juez constitucional deberá observar los siguientes presupuestos: [...]*

c) *En ningún caso puede ser objeto de una demanda de “amparo contra amparo” las resoluciones del Tribunal Constitucional, en tanto instancia de fallo última y definitiva en los procesos constitucionales.»*

Tampoco existe una precisión de rigor respecto al *nomen* de dictado de sentencia sin más trámite. A este respecto, si los jueces del Poder Judicial remiten procesos al TC, apreciemos que esa tarea es ejercida luego de un pronunciamiento de rigor, vía sentencia definitiva usualmente, y autos que ponen fin al proceso en otros casos. Bajo esta pauta, no es congruente que los jueces remitan procesos con sentencia definitiva a los cuales correspondería, en aplicación de la causal referida, un rechazo casi liminar por parte del Tribunal, en tanto ha de emitirse decisión interlocutoria denegatoria sin más trámite.

8. A título de conclusión

Ortega Gutiérrez, ya citado líneas arriba, cuestiona si estamos ante una «saturación del poder corrector»³⁸ como justificación en la experiencia española de la fijación del requisito de «especial trascendencia constitucional» en las pretensiones de amparo. En rigor, es importante diferenciar la necesidad del poder corrector del TC de nuestro país, de un probable hiperactivismo de este por reducir su carga procesal, en alusión a un rol que no le corresponde. Si el poder corrector es ejercido irrazonablemente y se desampara y desprotege derechos fundamentales sin una mayor justificación de la necesidad de esta, estamos ante una saturación de esa labor correctora bajo el único propósito de reducir la carga procesal. El hiperactivismo aquí es perjudicial pues el recurso de reducir la carga procesal vía la devolución de expedientes al Poder Judicial, sin una debida justificación, resulta contradictorio respecto al objetivo primordial de defensa y vigencia efectiva de los derechos fundamentales que constituye un fin de los procesos constitucionales.

131

Hace referencia Ortega, por otro lado, a la «cuasiparalización del Tribunal Constitucional fruto del exceso de demandas de amparo»³⁹. En propiedad la expedición de precedentes vinculantes implica una tarea delicada, minuciosa y prolífica de argumentación de las causales de fijación de criterios del precedente. Advertimos que esa labor no ha sido suficiente en el precedente en mención, pues apenas desarrolla el TC una descripción enunciativa

³⁸ D. ORTEGA, *op. cit.*, p. 499.

³⁹ *Ibid.*

de las causales de configuración de la decisión interlocutoria denegatoria. Tal escenario demanda, en consecuencia, la necesidad de una posición de desarrollo del precedente vinculante en mención, a fin de adoptarse un claro mensaje hacia el resto de actores del ordenamiento constitucional (jueces, fiscales y abogados) a fin de aplicar reglas claras en relación a los ámbitos del precedente establecido.

Nos preguntamos, también, si estamos frente a una excesiva objetivación de los procesos constitucionales, y si ello va en desmedro de la naturaleza subjetiva de los procesos constitucionales. Creemos que aquí corresponde igualmente un desarrollo argumentativo que reivindique la condición, estatus y contenido de los derechos subjetivos protegidos por la Norma Fundamental. Las experiencias española y alemana nos demuestran, con suficiencia, los intentos de la justicia constitucional de esos países, por encontrar el necesario punto de equilibrio entre ambos modelos de protección de derechos fundamentales.

132

Creemos importante decir, por último, que faltó un período de *vacatio legis* para este precedente. Es importante que los actores del sistema, en comunión con la idea haberleana de impulsores de una fraternidad de intérpretes constitucionales y de la sociedad abierta de intérpretes de la Constitución, dispongamos de pautas rectoras que vayan configurando progresivamente los nuevos contenidos de la Carta fundamental, con mayor razón si un precedente cambia la faz procesal de nuestro ordenamiento. Entonces es necesario que ante precedentes vinculantes cuya naturaleza aplicativa va a significar una incidencia extraordinaria en la realidad constitucional de nuestro país, impliquen también, cual *overruling* prospectivo, un período racional además de razonable, de *vacatio legis*, para ordenar una mejor aplicación de los precedentes.

El rol del Tribunal Constitucional

*Balances, problemas y perspectivas a partir de un precedente**

 EDGAR CARPIO MARCOS**

Sumario

1. Introducción; 2. La supremacía del legislador y la sumisión judicial: ley y Constitución en los siglos XIX y XX; 3. El Tribunal Constitucional y modelo de jurisdicción constitucional, 3.1. El Tribunal Constitucional como órgano de vértice de la jurisdicción constitucional de la ley, 3.1.1. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la ley: el monopolio de la expulsión, 3.1.2. La proyección del «monopolio de la expulsión» de la ley sobre el control de validez de las normas reglamentarias, 3.1.2.1. El Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, 3.1.2.2. Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional, 3.2. El Tribunal Constitucional y la protección de los derechos fundamentales, 3.2.1. El Poder Judicial como guardián «natural» de las «promesas», 3.2.2. El Tribunal Constitucional como instancia de «merito», 3.2.3. El Tribunal Constitucional como órgano subsidiario de protección de los derechos, 3.2.4. El Tribunal Constitucional como «órgano de cierre» del sistema; 4. La crisis de la justicia constitucional de las libertades: ¿colapso del modelo de «tribunal de casos»?, 4.1 La carga del Tribunal Constitucional, 4.2. Las técnicas empleadas para hacer frente a la carga procesal: la vía legislativa, 4.3. Las técnicas empleadas para hacer frente a la carga procesal: la vía jurisdiccional, 4.3.1. Los precedentes en materia pensionaria, 4.3.2. El precedente 0206-2005-PA/TC y la materia laboral, 4.3.3. Las reglas de admisibilidad del proceso de cumplimiento y la STC 0168-2005-PC/TC, 4.3.4. El precedente como instrumento de descarga procesal, 4.3.5. El precedente 0987-2014-PA/TC: ¿una vuelta heterodoxa a la decisión legislativa?; 5. Epílogo.

133

1. Introducción

En nuestro Continente, la creación de los tribunales constitucionales está asociada al restablecimiento de la democracia de finales de la década de los 70' y principios de los 80' del siglo pasado¹. Con anterio-

* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación N° 10794-2015-CEDC/USMP, sobre «La protección de los derechos fundamentales en el Perú: balance, inventario y crítica», del Centro de Estudios de Derecho Constitucional de la Universidad de San Martín de Porres.

** Profesor de derecho constitucional en la Universidad de San Martín de Porres.

ridad, en diversos momentos se realizaron esfuerzos por institucionalizarlos, como sucediera en los casos de Cuba (1940) y luego Ecuador (1945 y 1967), que introdujeron órganos con estas características, si bien en ambos casos la copia se limitó al nombre más que a las funciones para las que originalmente se crearon los tribunales constitucionales².

En el caso peruano, fue la Constitución de 1979 la que instauró por primera vez un órgano *ad hoc* de control de constitucionalidad de las leyes, al que denominó Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC). Sobra decir que al igual que sus predecesores cubano y ecuatoriano, también el diseño de este recibió una fuerte influencia del Tribunal del mismo nombre creado por la Constitución española de 1931, así como del debate constituyente que a finales de los setenta se realizaba en el país ibérico³. Con dicha Carta se quebró toda una tradición en materia de defensa de la Constitución, que osciló entre el modelo político –sobre todo durante los convulsos años del siglo XIX– y la *judicial review*, asentada en las primeras décadas del siglo XX⁴.

134

Su creación, sin embargo, no obedeció a una moda sino a exigencias prácticas de una democracia constitucional en ciernes. Y es que si algo caracterizó a buena parte del siglo XIX y del siglo XX de nuestra historia republicana, ha sido la falta de continuidad democrática, la existencia de sucesivos gobiernos de facto y de prácticas gubernamentales prescindiendo de buena

¹ Este fenómeno coincide con la tercera fase u «oleada» a la que se ha referido Tania Groppi (*Introduzione: alla ricerca di un modello europeo di giustizia costituzionale*), en AA.VV., *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 5 y ss.), en su intento por periodificar la evolución de la jurisdicción constitucional.

² Cfr. D. GARCÍA BELAUNDE, «Los tribunales constitucionales en América Latina», en *Revista de Derecho Político*, núm. 61, Madrid, 2004, p. 309 y ss. *Idem*, *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Lima, 2002.

³ Cfr. D. GARCÍA BELAUNDE, «La influencia española en la Constitución peruana (a propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales)», en *Teoría y práctica de la Constitución peruana*, t. 1, Lima, Eddili, 1989; F. EGUILUREN, «El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad», en *Lecturas sobre temas constitucionales*, núm. 7, Lima, CAJ, 1991, p. 15 y ss. C. LANDA, «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional», en *Pensamiento Constitucional*, núm. 2, Lima, PUCP, 1995, p. 73 y ss.

⁴ Cfr. D. GARCÍA BELAUNDE, «Nota sobre el control de constitucionalidad en el Perú: antecedentes y desarrollo (1823-1979)», en *Historia Constitucional. Revista Electrónica*, núm. 4, Madrid, 2003.

parte del ordenamiento jurídico, empezando por las varias constituciones que nos hemos dado a lo largo de todo este periodo.

Son demandas acumuladas en el tiempo, relacionadas con el respeto de la institucionalidad democrática, la supremacía de la Constitución y el respeto de los derechos fundamentales, los que convergen en la Asamblea Constituyente de 1979 y terminan con la creación de un órgano *ad hoc*, como el TGC⁵.

El actual Tribunal Constitucional (TC), creado por la Constitución de 1993, es el «sucesor testamentario» del viejo TGC. Aun cuando en 1993, que se decidió volver a institucionalizarlo ya no existía el nivel de expectativas que a finales de la década de los 70' en aquel se tenía, de todos modos, detrás de la insistencia en el TC, subyacía la intención de remediar déficits de constitucionalidad del sistema, que el modelo de revisión judicial no pudo resolver.

La tarea encomendada a este último se planteó en términos relativamente aceptables. Cualquiera sea el grado de constitucionalización del ordenamiento jurídico que hoy podamos constatar, este ciertamente se debe al impulso dado por el TC y, en particular, a su obra de los primeros años de la década pasada⁶. Sin embargo, el TC también ha sido víctima de su éxito. El activismo que desplegó por esos años desencadenó que se genere una serie de expectativas, que pronto se vieron reflejadas en el incremento sustancial de su carga procesal y en el desbordamiento de su capacidad funcional para atenderla.

135

Del año 2002 datan las primeras alertas sobre esta precaria situación, pero también los primeros intentos por racionalizar el acceso al más alto

⁵ D. GARCÍA BELAUNDE y F. EGUILUREN, «La evolución político constitucional del Perú: 1976-2005», en *Estudios Constitucionales*, Año 6, núm. 2, Talca, 2008, p. 371 y ss.

⁶ Cfr. C. LANDA, «La constitucionalización del derecho peruano», en *Derecho PUCP*, núm. 71, Lima, 2013, p. 13 y ss. (El volumen completo de esta revista está dedicado a analizar este proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano). M. RUBIO CORREA, «El lugar del Tribunal Constitucional en la sociedad política peruana», en G. ETO CRUZ (coordinador), *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*, t. 2, Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2014, p. 827 y ss.

Tribunal. Como se verá a lo largo de este trabajo, fuera de los intentos de reforma propiamente dichos, que incluso llegaron al nivel de las propuestas de reforma constitucional, han sido varias las vías que se han utilizado en esta última década, aunque no siempre de modo coherente⁷.

A las razones pragmáticas en los que aquellos se fundaban, en los últimos años se han agregado argumentos de orden estructural, que si bien tienen en consideración la sobrecarga que lo abruma, sin embargo, están orientadas a rediseñar el papel que el TC debiera cumplir en el sistema jurídico.

Esta propuesta se reduce a transformar al TC de un «tribunal de casos», es decir, de un tribunal preocupado (y agobiado) por impartir justicia en el *affaire concreto* –que es su actual condición, al estar configurado como un órgano que actúa en calidad de última *instancia* en los procesos de tutela de derechos fundamentales–, a un «tribunal de precedentes», es decir, a uno orientado a servirse de los casos para dar unidad y previsibilidad al derecho constitucional, que se caracteriza por ser esencialmente un «derecho dúctil»

136

El debate sobre estos menesteres se ha reavivado últimamente de la mano del precedente dictado en el caso «Vásquez Romero» (STC 0987-2014-PA/TC). La decisión de que en lo sucesivo el TC rechazará de plano las cuestiones de derecho que no revistan «especial trascendencia constitucional», ha sido entendida por algunos como la institucionalización de un «*certiorari criollo*»⁸; en tanto que, para otros, como una oportunidad malograda para saltar de un modelo de TC a otro, al haberse quedado a mitad de camino.

El presente trabajo no pretende analizar el precedente que contiene la STC 0987-2014-PA/TC y tampoco si se ha dado el brinco que se esperaba⁹. Es más modesto. Aspira a dar cuenta de las razones histórico-políticas por las

⁷ Cfr. C. LANDA, «*Corsi e ricorsi del certiorari constitucional*», en AAVV., *El debate en torno a los límites al recurso de agravio constitucional*, Lima, Palestra, 2014, pp. 42-43.

⁸ Cfr. CHRISTIAN DELGADO SUÁREZ, «Acceso al Tribunal Constitucional, filtros recursales y *certiorari made in Perú*», en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, t. 84, Lima, 2014, p. 33 y ss.

⁹ Cfr. E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, «Notas sobre el precedente ‘Vásquez Romero’, su finalidad, el contexto de su configuración y sus alcances», en AAVV., *El debate en torno a los límites al recurso de agravio constitucional*, citado, p. 103 y ss.

cuales se creó el Tribunal Constitucional, el modo cómo ha afrontado su rol, especialmente, en lo relacionado con la tutela de los derechos fundamentales, pues –como entiendo el problema–, cualquier intento por rediseñarlo no puede perder de vista las razones históricas de su creación, pero tampoco los problemas que actualmente afronta. Y es que, como ha recordado el malogrado Francisco Tomás y Valiente, «No hay dogmática sin historia, o no debería haberla; porque los conceptos y las instituciones no nacen de un vacío puro e intemporal, sino en un lugar y fecha conocidos y a consecuencia de procesos históricos de los que arrastran una carga quizá invisible, pero condicionante»¹⁰.

2. La supremacía del legislador y la sumisión judicial: ley y Constitución en los siglos XIX y XX

El Tribunal Constitucional es una institución cuya función y rol no pueden explicarse prescindiendo de nuestra tradición en defensa de la Constitución. La primera centuria del constitucionalismo peruano (1821-1921) se caracterizó por confiar la defensa de la Constitución a un órgano político. De la mano del constitucionalismo francés, la Constitución de 1823 institucionalizó un «Senado Conservador», al que se dotó de la competencia de «Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, y sobre la conducta de los magistrados y ciudadanos». Las cartas posteriores (de 1826, 1828 y 1834) no alteraron la apuesta por este modelo político, si bien algunas de ellas [como las de 1828 y 1834] establecieron que la guarda de la Constitución y la responsabilidad de hacer efectiva las infracciones a la Ley Fundamental, quedara en manos de un «Consejo de Estado».

137

Si en un primer momento (1828) dicho Consejo no era otra cosa que un órgano del Parlamento (una suerte de la actual Comisión Permanente, al estar compuesto por miembros de ambas cámaras y solo entrar en funcionamiento durante el lapso que el Congreso estaba en receso [art. 92]), ya con la Constitución de 1834 aquel alcanzó un status distinto. Sin llegar a convertirse en un órgano judicial, trátose de un órgano de carácter consultivo, que además de absolver opiniones al Ejecutivo, velaba «sobre la observancia

¹⁰ F. TOMÁS Y VALIENTE, «Independencia judicial y garantía de los derechos fundamentales», en *Constitución. Escritos de introducción histórica*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 149.

de la Constitución y de las leyes, requiriendo al Poder Ejecutivo para su cumplimiento; y en caso de contumacia formar expediente para dar cuenta al Congreso» (art. 101.3).

La Carta de 1839 volvió a insistir en él [art. 103.1]. Y durante su vigencia, breve como casi todas las leyes fundamentales del siglo XIX, el Consejo de Estado alcanzó su máximo brillo y esplendor. Al extremo, como ha puesto de relieve Daniel Soria Luján¹¹, que fue víctima de su éxito, pues al discutirse la sucesiva Constitución de 1856, no se insistió más en el Consejo de Estado, tras cuestionarse su poder y su carencia de legitimidad democrática.

Seguramente por ello es que, al aprobarse la Constitución de 1856, esta se limitó a establecer –lo que muchos consideran que es el antecedente más remoto del control judicial de constitucionalidad de las leyes– que «Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga a la Constitución» (art. 10)¹².

La subsiguiente Constitución, que es la que tuvo existencia más larga (la de 1860), volvió a confiar su defensa en el Congreso¹³, hecho que se mantuvo incólume con las primeras constituciones del siglo XX, esto es, con las de 1920 y 1933, pese a la propuesta de dos comisiones, conformadas en 1919 y en 1931, respectivamente, de que se introduzca el modelo americano de *judicial review*¹⁴.

138

¹¹ D. SORIA LUJÁN, *Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: el poder conservador y el Consejo de Estado (1839-1855)*; tesis para obtener el título de abogado presentada en la Universidad Católica, Lima, 1997; «Los mecanismos iniciales de defensa de la Constitución en el Perú: el poder conservador y el Consejo de Estado (1839-1855)», en *Pensamiento Constitucional*, núm. 5, Lima, PUCP, 1998, p. 355 y ss. *Idem*, «La defensa política de la Constitución del Perú en el siglo XIX (1839-1855)», en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, núm. 23, Valparaíso, 2001, p. 525 y ss.

¹² Cfr. T. PACHECO, *Tratado de Derecho Civil*, Imp. del Estado, t. I, Lima, 1872 (la primera edición es de 1860), pp. 47-49.

¹³ Los debates parlamentarios para dejar de lado el famoso artículo 10º de la Constitución de 1856, pueden verse en *Diario de los Debates del Congreso reunido en 1860*, Lima, Tip. del Comercio, 1860, p. 170 y ss.

¹⁴ Es el caso de las comisiones presididas por J. PRADO (cf. *Proyecto de reforma de la Constitución del Perú presentado por la Comisión de Constitución*, Lima, Edición oficial, 1919) y por M. VICENTE VILLARÁN (Cf. *Anteproyecto de Constitución política del Estado*, Lima, Imp. Torres Aguirre, 1933). Tanto Prado como Villarán eran, en la segunda década del siglo XX, atentos observadores del desarrollo del constitucionalismo americano, en una época donde nuestros

La introducción del modelo judicial de control de constitucionalidad de las leyes es, en esencia, una obra del derecho público del siglo XX. Si bien con antecedentes, la versión de la *judicial review* norteamericana se introduciría de modo explícito y en el plano legislativo, por primera vez, en 1936. El artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil establecería que «[...] cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera»¹⁵.

Desde entonces, a nivel legislativo, disposiciones legales de esa naturaleza se repitieron con cierta constancia (cfr. art. 8º de la LOPJ de 1963), de la misma manera que la falta de audacia judicial para desafiar la «soberanía» del legislador y las presiones de los diversos gobiernos de facto que se sucedieron¹⁶.

De hecho, la decisión de incluir en la Constitución de 1979 la autorización normativa para que los jueces realicen el control judicial de constitucionalidad de las leyes no puede entenderse sino con relación a las diversas razones que los tribunales esgrimieron en el *affaire* del expresidente José Luis Bustamante y Rivero, resuelto a finales de 1955 y principios del año siguiente.

139

Tras siete años de exilio, luego del golpe militar de octubre de 1948 perpetrado por el general Odría, el expresidente Bustamante y Rivero pretendió retornar al país, lo que no pudo hacer, pues se le negó la visa que entonces resultaba necesaria para poder hacerlo. Este hecho se consideró que

publicistas básicamente prestaban atención al constitucionalismo francés. Cf. de J. PRADO, *La nueva época y los destinos históricos de los Estados Unidos*, Lima, Casa Editora Emp. Tip. Unión, s/f (1919?), p. 44; y de M. VICENTE VILLARÁN, *Lecciones de derecho constitucional*, Lima, PUCP, 1998 (son sus lecciones de clases dictadas en el segundo semestre de 1915), pp. 328-332.

¹⁵ Los antecedentes y debates del Código Civil de 1936 se encuentran en Comisión Reformadora del Código Civil Peruano, *Actas de las sesiones*, Lima, Imp. Castrillón, t. 1, 1928 y en *Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que ha recibido*, Lima, Imp. Gil, 1926.

¹⁶ Un caso excepcional es el resuelto por la Corte Suprema en el proceso seguido a Luis Pardo, hacia 1920. Cfr. O. SAR, «La jurisdicción constitucional en el Perú», en G. ETO CRUZ, Coordinador, *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*, citado, tomo 2, p. 843 y ss. Pedro Planas Silva, «El caso 'Luis Pardo'. Leading case sobre el control de inaplicabilidad de las leyes en el Perú», en *Ius et Veritas*, núm. 25, Lima, 2002, pp. 367-368. Asimismo, C. RAMOS

vulneraba los artículos 67º y 68º de la Constitución de 1933, que garantizaban la libertad de tránsito y el derecho a no ser expatriado sino por sentencia ejecutoriada o por aplicación de la ley de extranjería. Así, pues, tras interponerse un habeas corpus en su favor, el Segundo Tribunal Correccional de Lima, el 25 de noviembre de 1955, declaró que «dado el carácter penal de la Ley 11049, el derecho de entrar y salir del país, amparado por el artículo 67º de la Constitución, era susceptible de una limitación preventiva» y que, en cualquier caso, el Tribunal no estaba «facultado para derogar leyes vigentes ni para discutir la constitucionalidad de sus disposiciones y tiene la obligación ineludible de aplicarlas».

Cuando el *affaire* llegó a la Corte Suprema, mediante sentencia del 7 de enero de 1956, esta declaró que el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil, al amparo del cual se argumentó que debía realizarse el control de constitucionalidad de la Ley de Seguridad Interior, «no puede regir sino en el campo restringido del derecho civil, ya que dicho Código no es un Estatuto Constitucional, sino una ley que norma las relaciones de la vida civil». Fue de la opinión que «para que el Poder Judicial pudiera aplicar la facultad que se le atribuye, sería necesario que ella emergiera consignada en forma expresa o inequívoca de la propia Constitución, formando parte del Derecho Constitucional positivo como acontece en los contados países cuyas Cartas Fundamentales consagran tal prerrogativa»¹⁷.

Aunque el impedimento de retorno concluyó poco después, la sensación de falta de compromiso del Poder Judicial con el respeto de la constitucionalidad, trajo como consecuencia que, restablecida la democracia, el control judicial de constitucionalidad de las leyes se incorporara en la Ley Orgánica del Poder Judicial (dictada durante el primer mandato del presidente Belaunde Terry) y luego, cuando se convocó al poder constituyente, que este se constitucionalizara en el artículo 236º de la Carta de 1979.

NÚÑEZ, *Ley y justicia en el oncenio de Leguía*, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 2015, pp. 218-227.

¹⁷ Cfr. ambos fallos, en D. GARCÍA BELAUNDE, *El habeas corpus interpretado*, Lima, PUCP, 1971, pp. 165-172. Las vicisitudes del caso, narrados por uno de los magistrados que valientemente se opusieron a servir al gobierno de facto, puede revisarse en D. GARCÍA RADA, *Memorias de un juez*, Lima, Editorial Andina S.A., 1978, p. 171 y ss.

Durante los debates constituyentes de 1978-1979, el adocenamiento judicial de 1956 fue recordado en diversos momentos¹⁸:

Creo que con el camino de la acción y el camino de la excepción para inconstitucionalizar una ley –sostenía en pleno debate constituyente Javier Valle Riestra– tenemos bastante de novedad, aunque también sería gran novedad darle la atribución de inconstitucionalizar a la Corte Suprema, porque jamás la ha tenido en el Perú. Nunca jamás; no existe ni ha tenido la facultad de inconstitucionalizar leyes y reglamentos, facultad que ha despreciado diciendo que no tenía la reglamentación. Incluso ha llegado a extremos tan graves, como una jurisprudencia en el caso del doctor Bustamante y Rivero, en que el Tribunal Supremo con las firmas de Sayán, Kajatt y otras personas [...], dijeron que no siendo el artículo 23º del título preliminar del Código Civil un estatuto de carácter constitucional, no tenían por qué aplicarlo. Por eso digo que vamos a responder a todas esas argucias constitucionalizando el artículo 23º del Título Preliminar del Código Civil, tal como lo propone el doctor Cáceres¹⁹.

El temor a enfrentarse al poder de turno así como la formación formalista de quienes lo integraban, consolidó una franca desconfianza en los jueces, que desencadenó en la creación de un Tribunal *ad hoc*, si bien conservando la competencia judicial de oponerse a la aplicación de las leyes que colisionen con la Constitución²⁰.

141

La Constitución de 1979, pues, inauguró una nueva etapa, rompiendo con la lógica de los antecedentes. Fue ella la que inauguró entre nosotros la tendencia –poco funcional por cierto– de institucionalizar, en un mismo sistema jurídico, la *judicial review*, como existe y se ha consolidado en los Estados Unidos, y el modelo europeo de jurisdicción constitucional. Es decir, incorporó al lado de la *judicial review*, el modelo austriaco de jurisdicción constitucional, al institucionalizar el TGC, encargándosele la tarea de

¹⁸ J. VALLE RIESTRA, *El Tribunal de Garantías Constitucionales: el caso de los votos nulos y blancos*, Lima, Editorial Labrusa, 1986.

¹⁹ J. VALLE RIESTRA, intervención en la 55^a. Sesión, de 28 de mayo de 1979, en Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente 1978-1979, *Diario de los Debates*, t. VII, Lima, s/f, p. 259.

²⁰ Cfr. D. GARCÍA BELAUNDE, «¿Qué es un Tribunal Constitucional y para qué sirve?», en G. ETO CRUZ (coordinador), *op. cit.* t. 2, p. 613 y ss.

declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley, pero también la de conocer en casación las resoluciones denegatorias dictadas en los procesos de hábeas corpus y amparo, agotada la vía judicial.

No es el caso que aquí realicemos un inventario de los problemas y las dificultades que se observaron en el funcionamiento del TGC, por otra parte ya desarrollados en diversos momentos por la doctrina nacional. Es suficiente con recordar que las expectativas cifradas en el funcionamiento de este Tribunal especializado pronto fueron desengañadas²¹.

La instauración del modelo europeo de jurisdicción constitucional no terminó con la impunidad de la legislación inconstitucional. Las cifras que muestra el funcionamiento del TGC ya eran, en el momento en que fue abruptamente desactivado (abril de 1992), frustrantes²².

Problemas de diseño de distinto calado impidieron que el TGC se consolide como el supremo «protector» de los derechos fundamentales y como el «garante» de la constitucionalidad del sistema, pese a estar configurado orgánica y funcionalmente para que cumpliera tales roles. Contribuyeron a su mediocre desempeño no solo factores de orden institucional y de diseño normativo, sino también de cultura democrática de muchos de quienes lo conformaron²³. El resultado de todo ello, sumado al ansia del gobierno de turno de no ser controlado, fue su abrupta disolución con el autogolpe acaecido el 5 de abril de 1992.

²¹ Cfr. una defensa de la labor del TGC en Manuel Aguirre Roca, «El Tribunal de Garantías Constitucionales ante la Crítica», en *Derecho. Revista de la PUCP*, Lima, 1988, p. 187 y ss.

²² G. GUILLÉN, «Tribunal de Garantías Constitucionales: información estadística», en *Ius et Praxis*, núm. 17, Universidad de Lima, 1991. C. LANDA, «Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional (el caso peruano)», en *Pensamiento Constitucional*, núm. 2, Lima, PUCP, 1995, p. 73 y ss. F. EGUILUREN, «El Tribunal de Garantías Constitucionales: de las limitaciones del modelo a las decepciones de la realidad», en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Lima, CAJ, 1991, p. 15 y ss.

²³ F. EGUILUREN, «Desarrollo y vigencia de los derechos y garantías en diez años de régimen constitucional (1980-1990)», en *Derecho*, núm. 43-44, Lima, PUCP, 1989-1990, p. 130 y ss. Ver igualmente, M. RUBIO CORREA *et al.*, «Evaluación de cuatro años de hábeas corpus y amparo en el Perú: 1983-1986», en AA.VV., *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, PUCP, 1990, p. 221 y ss.

Más adelante, estas falencias pesaron demasiado cuando el Congreso Constituyente Democrático reanudó el debate sobre el control de constitucionalidad de las leyes, apostando finalmente por restablecer la institución, aunque la mayoría oficialista se asegurara, por otros medios, que entre el modelo y la realidad existieran notables discrepancias, lo que se hizo evidente en los primeros años de funcionamiento, que son los que coinciden con la mutilación del Tribunal Constitucional²⁴.

3. El Tribunal Constitucional y modelo de jurisdicción constitucional

La Constitución de 1993 es fruto de la presión, sobre todo internacional, de restablecer la democracia en el Perú, luego del autogolpe de abril de 1992. En sus trazos generales, ella repite el modelo de jurisdicción constitucional que la Carta del 79 estableciera, si bien con algunas reformas.

En términos generales, en este modelo, que algún sector de la doctrina ha calificado de «dual» o «paralelo»²⁵, los jueces del *Poder Judicial*, en el marco de un caso o controversia, y siempre que se trate de una norma relevante sobre el cual no sea posible realizar una interpretación conforme con la Constitución, tienen el deber-poder de dejar de aplicar una ley en caso ésta colisione con la Ley Fundamental. Y el TC, dentro de un proceso de inconstitucionalidad, y siempre que se le haya planteado una pretensión abstracta, declarar la invalidez, con efectos generales, de una ley o norma con rango de ley²⁶.

143

Cuando a principios de 1993 empezó el debate constituyente, la percepción acerca del papel de los jueces en una democracia constitucional no había cambiado mucho. Tras el autogolpe, cientos de magistrados fueron

²⁴ Los pormenores de esos luctuosos sucesos en E. CARPIO MARCOS, «Constitución y reelección presidencial (el caso peruano)», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 98, México, 2000, p. 447 y ss.

²⁵ D. GARCÍA BELAUNDE, «La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo», en AA.VV., *La justicia constitucional a finales del siglo XX*, Huancayo, Palestra, 1998, p. 139 y ss.

²⁶ Esto no implica, como es obvio, que el Tribunal no pueda ejercer el llamado control difuso en caso de que la vulneración de un derecho se produzca como consecuencia de la aplicación de una norma legal.

cesados, se expedieron una serie de leyes que prohibían que se tutelase los derechos mediante los procesos constitucionales y, entre otras tropelías, se subordinó la vigencia y aplicabilidad de la Constitución a la Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional (Decreto Ley N° 25418), sin que la Corte Suprema los cuestione.

Sí, en cambio, variaron las expectativas con un órgano *ad hoc* de control de constitucionalidad. Si en 1978-1979 la viabilidad de la democracia constitucional se confió al TGC, hacia 1993 el desempeño mediocre de aquel estuvo a punto de terminar con el olvido de la institución:

Una evaluación objetiva de la tarea desplegada por el TGC arroja, sin duda, un balance más bien desfavorable. No es exagerado afirmar que muchas expectativas que se cifraron en la creación del Tribunal quedaron defraudadas y que los males que se quisieron corregir no fueron significativamente superados²⁷.

No sorprendió, por ello, que cuando se inició el debate constituyente en enero de 1993, el Tribunal Constitucional no estuviese contemplado en los anteproyectos iniciales del Congreso Constituyente Democrático (CCD). Por supuesto que para la mayoría oficialista del CCD no eran razones basadas en el desempeño del TGC lo que realmente pesaba para que no se insistiera en él sino, sobre todo, razones de conveniencia. La propia de un gobierno autocrático al que le incomoda cualquier vestigio de control y, por tanto, que le desazona la sola idea de mantener a un Tribunal que, por su especialidad, solo está llamado a controlar la constitucionalidad en el sistema.

La incorporación del Tribunal Constitucional en lo que después sería la Constitución de 1993, solo se produjo casi al finalizar el trabajo constituyente. De hecho, los dos primeros Anteproyectos de Constitución así como el Proyecto de Constitución, este último aprobado por la Comisión de Constitución, apostaron por encargar las tareas del desaparecido TGC a una de las Salas de la Corte Suprema. El artículo 220º del Proyecto de Constitución, de julio de 1993, que es el equivalente al actual artículo 201º, establecía que:

²⁷ F. EGUIUREN, «Relaciones entre el poder judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú: la evolución del modelo y los nuevos problemas», en *Pensamiento Constitucional*, núm. 5, Lima, PUCP, 1998, p. 123.

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.

La incorporación del Tribunal, con ciertas modificaciones, solo se realizó al final del trabajo constituyente, cuando el Congresista Carlos Ferrero (por entonces en las filas de la Alianza Cambio 90-Nueva mayoría), afirmó:

[...] la permanencia en la Corte Suprema de una Sala que dentro del Poder Judicial estuviera dedicada a declarar la inconstitucionalidad o no de las leyes, no es el camino más adecuado para que este Tribunal tenga absoluta independencia [...] es preferible tener un tribunal independiente que no esté dentro del organismo jurisdiccional del Poder Judicial; pero, además, la Comisión cree necesario reconocer que la mayoría, en nuestras consultas a especialistas en derecho constitucional, han opinado a favor de mantener el Tribunal de Garantías Constitucionales²⁸.

Sin embargo, el azaroso andar del Tribunal apenas empezaba. Y es que si bien el texto constitucional fue aprobado mediante el referéndum del 31 de octubre de 1993, la ley orgánica de este solo se aprobó en enero de 1995 y el Tribunal no comenzaría a funcionar sino hasta junio de 1996, en que se designó a sus primeros siete magistrados²⁹.

Entre las principales novedades que trajo consigo la Constitución de 1993, con relación al Tribunal Constitucional, se encuentran³⁰: a) la variación del nombre; b) se redujo a siete el número de sus magistrados; c) se

²⁸ La propuesta de la mayoría sería rebatida por Enrique Chirinos Soto y por grupos de la oposición quienes expresaban su preocupación por la amplitud de las facultades del órgano. Puede verse la discusión del punto en el *Diario de los Debates*, t. III, sesiones del 10-08-93 al 3-09-93, p. 1967 y ss.

²⁹ Cfr. M. AGUIRRE ROCA, «Nacimiento, vía crucis y muerte del Tribunal Constitucional del Perú», en AA.VV., *Derechos fundamentales e interpretación constitucional*, Lima, CAJ, 1997, p. 115 y ss.

³⁰ S. ABAD YUPANQUI, «El nuevo modelo de jurisdicción constitucional en el Perú: Antecedentes, balance y perspectivas», en AA.VV., *Quinto Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México D.F., UNAM, 1998, p. 1 y ss.

dispuso que la designación de sus magistrados sea efectuada exclusivamente por el Parlamento unicameral; d) se modificó algunas de sus competencias, al mudar de un tribunal de casación en materia de derechos fundamentales a un tribunal de casos, al establecer que constituiría la última instancia; e) se le confirió la competencia de conocer, en calidad de instancia única, los conflictos de competencias y atribuciones constitucionales; y, finalmente, f) se dotó a las sentencias de inconstitucionalidad la capacidad de dejar sin efecto, a partir del día siguiente de su publicación, las normas declaradas inválidas.

Este marco constitucional, que alberga dos modelos originarios de jurisdicción constitucional y que en principio no tienen entre sí nexos funcionales, sin embargo, ha sido complementado por una serie de leyes de desarrollo, que han terminado por configurar al TC como un órgano de cierre del sistema, tanto desde la perspectiva de la jurisdicción constitucional de la leyes como de las libertades.

3.1. El Tribunal Constitucional como órgano de vértice de la jurisdicción constitucional de la ley

146

La inserción del Tribunal Constitucional en la Constitución de 1993, como antes se ha anunciado, no sigue los cánones propios e identificadores del modelo austriaco de jurisdicción constitucional, pues los jueces también mantienen la competencia judicial para no aplicar las leyes inconstitucionales.

En sus trazos generales, todos los jueces, con ocasión de un caso, pueden declarar la incompatibilidad constitucional de la ley con efectos particulares (art. 138º de la CP). Una disposición legal, preconstitucional, el artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial –y más tarde el artículo 3º del Código Procesal Constitucional–, han añadido que cuando aquello ocurra, la sentencia que declare la invalidez de la ley deberá ser elevada en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, ya sea que se trate de la sentencia de primer grado que no haya sido impugnada o de la resolución de la Sala, aun cuando no quiera interponer recursos. De esta forma, ya sea por la vía de la consulta o incluso de la casación, la declaración judicial de inconstitucionalidad de la ley siempre pasa por el filtro de la Corte Suprema, que en este ámbito tiene la última palabra del Poder Judicial.

Por su parte, los artículos 200º.4 y 202º.1 de la Constitución, establecen que el Tribunal Constitucional es competente para conocer, en instancia única, del proceso de inconstitucionalidad de las leyes. Con tal ocasión, si el Tribunal declara que la ley o norma con rango de ley es inválida, el resultado de la publicación de la sentencia es dejarla sin efecto a partir del día siguiente de que ello suceda, sin que dicho pronunciamiento tenga efectos retroactivos o que, al amparo de dicha sentencia, se puedan revivir procesos judiciales feneidos, salvo que se trate en materia penal (art. 103º y 203º CP).

Como antes se ha dicho, el modelo peruano se ha caracterizado por ser uno «dual» o «paralelo» de jurisdicción constitucional de la ley, pues permite que en un mismo ordenamiento jurídico coexistan, sin ningún tipo de roces ni interferencias, tanto el modelo americano como el kelseniano de control constitucional de la ley³¹. A nivel constitucional, el ejercicio de la jurisdicción constitucional de la ley por uno u otro órgano, efectivamente, no está sujeto a ningún tipo de interferencias, superposiciones o yuxtaposiciones.

Sin embargo, como se ha anticipado, este diseño, que en esencia responde al modelo constitucionalizado, debe admitirse sujeto a beneficio de inventario. Las leyes de desarrollo constitucional que se han dictado en estos poco más de veinte años de vigencia de la Constitución de 1993, han flexionado y modulado estas relaciones de aparente autarquía entre ambos órdenes jurisdiccionales. Hoy se reconoce, incluso entre los críticos más ácidos del desempeño del TC, que este es el órgano que cierra el vértice de la justicia constitucional de la ley. Y ello se debe a una serie de factores.

147

3.1.1. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la ley: el monopolio de la expulsión

El primero de ellos se deriva de los efectos que se atribuyen a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la ley. Ningún tribunal de justicia, ni siquiera la Corte Suprema a través de su Sala de Derecho Constitucional, tiene la competencia para declarar la inconstitucionalidad de la ley. La competencia para declarar la inconstitucionalidad de la ley es exclusiva del Tribunal Constitucional.

³¹ Cabría sin embargo tener en cuenta que aún cuando se recoge el sistema americano y el europeo en paralelo, no operan exactamente igual que en los modelos de origen, ya que en los Estados Unidos no existe elevación en consulta y en nuestro medio no existe la autoconvocatoria de la cuestión de constitucionalidad propia de los Tribunales europeos.

tucional, tiene asignado el ejercicio de una competencia tan delicada como la de expulsar, por la vía de un proceso jurisdiccional, la ley o las normas con rango de ley.

Si bien los jueces del Poder Judicial, como el TC, tienen en común la competencia para declarar la inconstitucionalidad, es decir, declarar que una ley o una norma con rango de ley es, por la forma o por el fondo, incompatible con la Constitución, sin embargo, el monopolio de su expulsión solo lo tiene el TC.

Esta capacidad del TC para actuar como «legislador negativo» impide, de modo casi natural, que ciertas diferencias en torno a la validez constitucional de las leyes puedan presentarse entre ambos órdenes jurisdiccionales. En particular, aquellas que podrían derivarse del hecho que los jueces del Poder Judicial consideraran que una ley es constitucionalmente legítima, en tanto que el TC sea de la opinión contraria.

Por lo menos en relación a los hechos y situaciones generadas con posterioridad a la publicación de la sentencia estimatoria pues, es claro que dichas situaciones no podrán regirse por una norma que no existe más en el ordenamiento jurídico.

Problema aparte es el que podría presentarse en relación a hechos aún no agotados pero iniciados con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad por el TC. Una hipótesis de esa naturaleza plantea la cuestión de si pese a la expulsión de la ley inválida, los jueces tienen (o no) la obligación de aplicarla pues, de acuerdo con el artículo 204 de la Constitución, el pronunciamiento del TC no tiene efecto retroactivo³².

Sin embargo, creo que se trata de un problema más aparente que real. «Dejar sin efecto» una ley por ser inconstitucional no es equivalente a sostener que la norma haya sido derogada y, por tanto, que como consecuencia

³² Este es el caso que se presentó con posterioridad a la expedición de la STC 00019-2005-AI/TC, donde el TC se pronunció sobre la inconstitucionalidad de los efectos que continuaban produciéndose a pesar de la derogación de la disposición analizada (en ese caso el artículo 47 del Código Penal en cuanto se asimilaba la prisión efectiva con la detención domiciliaria).

de la declaración de inconstitucionalidad, esta solo haya sido privada de su «vigencia»³³. Dejar sin efecto una ley, por ser inconstitucional, significa que el Tribunal privó de aplicabilidad a la ley viciada, de manera que con posterioridad a la sentencia, aquella no tiene más la capacidad de servir como norma aplicable, incluso en relación a hechos o situaciones jurídicas aún no consumados y que acontecieron antes de que tal declaración del TC se hiciera pública. La expulsión de la ley, en cambio, es un efecto que se deriva no tanto de la declaración de inconstitucionalidad propiamente dicha, sino como un efecto posterior del acto procesal de publicación de la sentencia en el diario oficial El Peruano³⁴.

3.1.2. La proyección del «monopolio de la expulsión» de la ley sobre el control de validez de las normas reglamentarias

Por cierto, el «monopolio» que tiene el Tribunal en la expulsión de la ley inconstitucional no ha impedido que se confiera al Poder Judicial un poder análogo con ocasión del control de validez de los reglamentos y normas de carácter general. El control abstracto de este tipo de normas reglamentarias se realiza en el seno de un proceso denominado «Acción Popular», en homenaje al modelo de legitimación procesal con que se ha planteado su acceso (*actio popularis*).

149

A diferencia de los demás procesos constitucionales, la Acción Popular es un proceso que recae en la competencia exclusiva del Poder Judicial a través de sus dos últimas instancias. El proceso está ensamblado en términos generales sobre el esquema de la acción abstracta de inconstitucionalidad de las leyes. Es decir, se trata de un control abstracto, en vía principal y de efectos generales³⁵.

³³ E. CARPIO MARCOS, «Inconstitucionalidad y derogación», en *Legal Express*, núm. 56, agosto 2005.

³⁴ E. CARPIO MARCOS, «El proceso de inconstitucionalidad de las leyes en el Código Procesal Constitucional», en AA.VV., *Introducción a los procesos constitucionales*, Lima, Jurista Editores, 2005, pp. 224-225.

³⁵ S. SALINAS CRUZ, «El proceso constitucional de acción popular», en AA.VV., *Estudios y jurisprudencia del Código Procesal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2009, p. 301 y ss. L. CASTILLO CÓRDOVA, «Marco dogmático del proceso constitucional de acción popular», y L. HUERTA GUERRERO, «La acción popular: un proceso que merece atención», ambos en L. HUERTA GUERRERO, *Sentencias del Poder Judicial frente a normas ilegales e inconstitucionales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013, pp. 71 y 53 respectivamente.

Tal vez la más importante diferencia con aquel, tenga que ver con los efectos en el tiempo de la decisión que declara la ilegalidad o inconstitucionalidad del reglamento. Este no tiene carácter constitutivo sino declarativo, de modo que los efectos de la decisión pueden retrotraerse hasta el mismo momento en que se expidió, pues la invalidez es asociada normalmente con la nulidad del reglamento³⁶.

Ciertamente, el TC carece de toda competencia para revisar lo resuelto por el Poder Judicial, no solo cuando este último inaplica una ley por ser contraria a la Constitución, sino también cuando declara la invalidez de los decretos mediante la Acción Popular. No hay forma que la determinación judicial acerca de la validez de las leyes y los reglamentos pueda ser de conocimiento por el TC. Y, sin embargo, tanto en uno como en el otro caso, la sombra de este no está ausente.

Esa influencia es indirecta y puede darse al menos desde dos frentes. Por un lado, a partir de la configuración del Tribunal como intérprete supremo de la Constitución (art. 1º de la LOTC); y de otro, a partir de los efectos atribuidos a sus sentencias, estimatorias como desestimatorias.

150

3.1.2.1. El Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución

El artículo 1º de la LOTC declara que el TC es el intérprete supremo de la Constitución. Esto no quiere decir que este sea el único órgano que interprete la Ley Fundamental. De hecho, todos los poderes públicos, y aun los particulares, la interpretan cada vez que, respectivamente, ejercen sus competencias o sus derechos fundamentales³⁷.

Ser intérprete supremo no significa, pues, tener la competencia exclusiva de desentrañar el significado de los preceptos constitucionales. Solo

³⁶ Cfr. F. DE TRAZEGNIES, «La nulidad de los decretos supremos», en AA.VV., *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, PUCP, 1990, p. 191 y ss. J. C. MORÓN URBINA, *El control jurídico de los reglamentos de la administración pública. El proceso constitucional de acción popular*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014.

³⁷ La idea de sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución fue desarrollada por P. HÄBERLE, *El Estado constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 149 y ss.

significa que la última palabra en torno a la Constitución la tiene el Tribunal. Ello es consecuencia de la función asignada por el poder constituyente, que en los términos mejor precisados por el artículo 1º de su LOTC, es «el órgano de control de la constitucionalidad».

Una tarea de esta naturaleza supone tener el mandato de cuidar que los designios del poder constituyente, objetivados en la Constitución, no sean rebasados por la actuación de cualquiera de los poderes constituidos. Determinar cuándo se ha rebasado lo constitucionalmente admisible presupone identificarse los límites que la Constitución impone, lo que presupone su interpretación y tener la última palabra acerca de lo que ella significa.

Desde luego que de esa condición se derivan importantes consecuencias³⁸. En lo que aquí importa, que la sujeción del juez a la Constitución deba realizarse conforme a la interpretación que de ella realice el Tribunal Constitucional (art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

Un sistema de esta naturaleza rechaza el «protestantismo constitucional» de los jueces. Es decir, la capacidad individual de cada uno de los que lo conforman de tener una relación directa y sin intermediarios con la «biblia cívica» que es la Ley Fundamental. Y en el más ortodoxo sistema teísta, promueve que su relación con la Constitución se haga efectiva en los términos propuestos y definidos desde el «Vaticano cívico», que es el Tribunal Constitucional³⁹.

151

Las proyecciones de esta concepción, desde luego, surcan horizontalmente todo el ordenamiento jurídico, y no solo el espacio reducido del control normativo que se realiza sobre la ley (*judicial review*) y los reglamentos (Acción Popular). Sin embargo, su observancia, en ambos escenarios, pone

³⁸ Entre las consecuencias de que el Tribunal sea considerado el intérprete supremo de la Constitución se encuentra la prohibición de que algún poder público, incluso el legislador, pueda realizar actuaciones meramente interpretativas de la Ley Fundamental; la vinculación a lo constitucionalmente interpretado también comprende a la ley, en los casos de que se haya aplicado la técnica de la interpretación conforme; y puesto que la interpretación se efectúa en todo tipo de procesos, pues el parámetro en todos ellos el parámetro con el que juzga es la Constitución, todas las decisiones del Tribunal son vinculantes. Cfr. al respecto, Pablo Pérez Tremps, *Sistema de justicia constitucional*, Thomson Reuters, Madrid 2010, pp. 22 y ss.

³⁹ Cfr. su problemática durante la vigencia de la Constitución de 1979, en S. ABAD YU-PANQUI, «El valor de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico peruano», en *Lecturas sobre temas constitucionales*, núm. 11, Lima, CAJ, 1995, p. 239 y ss.

en evidencia la enorme influencia que el Tribunal tiene en actividades que son de exclusiva competencia del Poder Judicial⁴⁰.

Y es que ya se trate del control concreto de la ley o del control de constitucionalidad de los reglamentos, no hay forma que los jueces puedan ejercer sus competencias sin previamente identificar el significado de los preceptos constitucionales con los cuales ha de contrastarse la ley o el reglamento⁴¹. Un significado que les viene previamente determinado por la interpretación de los preceptos constitucionales que realiza el Tribunal, y que aquellos tienen que hallar en todos los procesos que son de competencia de aquel (art. VI del Título Preliminar del CPCConst.)⁴².

3.1.2.2. Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional

Por otro lado, una influencia similar también puede observarse en aquellos casos en los que el cuestionamiento abstracto de estos se funda en una ley que, al mismo tiempo, ha sido impugnada por la vía de la acción abstracta de inconstitucionalidad. En tales casos, el artículo 80º del Código Procesal Constitucional establece la obligación de los jueces de suspender el control de legalidad de los reglamentos, hasta que el Tribunal determine la validez constitucional de la ley al amparo de la cual estos se dictaron.

Sin embargo, el área de influjo del Tribunal, en supuestos de esta naturaleza, no se reduce a la simple suspensión del proceso. También se percibe en el modo como podría resolverse, a partir del régimen jurídico previsto a favor de las sentencias dictadas en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes. Así, si el Tribunal declara que la ley es inconstitucional

⁴⁰ E. BLUME FORTINI, «El Tribunal Constitucional peruano como intérprete supremo de la Constitución», en *Pensamiento Constitucional*, núm. 3, Lima, 1996, p. 293 y ss. J. DANÓS ORDOÑEZ, «Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional», en *Lecturas sobre temas constitucionales*, núm. 10, Lima, 1994, p. 285 y ss.

⁴¹ A. SPADARO, «La motivación de las sentencias de la Corte como ‘técnica’ de creación de normas constitucionales», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 24, Madrid, 2005, p. 9 y ss.

⁴² A. QUIROGA LEÓN, «Interpretación vinculante del Tribunal Constitucional y sus efectos en La jurisprudencia del Poder Judicial», en AA.VV., *V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. A diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional*, Arequipa, Adrus, 2014, p. 171 y ss.

y, por tanto, determina la privación de su aplicabilidad y su expulsión del sistema jurídico, la suerte del reglamento no podría ser distinta en todos los casos en los que este se hubiera dictado a su amparo.

A la inversa, si el Tribunal considerara que la ley es constitucionalmente válida, ningún órgano del Poder Judicial podría declarar la invalidez del reglamento fundado, a su vez, en la inconstitucionalidad de la ley a cuyo amparo aquella se dictó. Y es que, como recuerda el artículo VI del Título Preliminar del CPConst., «Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad [...]»⁴³.

Una regla semejante también se aplica al ejercicio del control judicial de constitucionalidad de la ley. Aunque los jueces del Poder Judicial estén facultados para inaplicar las leyes contrarias a la Constitución y tal declaración de invalidez no ser objeto de revisión por parte del Tribunal, sin embargo, por idéntica disposición del Código Procesal Constitucional, es el Tribunal quien tiene la última palabra no solo respecto del significado de la Constitución, sino también de la validez de las leyes.

153

En suma, diversas variables de orden legislativo han impulsado un acercamiento funcional entre PJ y TC en el ejercicio de la jurisdicción constitucional de la ley, que ha terminado por condicionar la propia labor de los jueces en estos menesteres.

3.2. El Tribunal Constitucional y la protección de los derechos fundamentales

La Constitución de 1993 no contiene una disposición semejante al artículo 1º.3 de la Ley Fundamental de Bonn, que estatuya de manera franca y sin ambigüedades que los derechos fundamentales constituyen derecho directamente aplicable. De la misma forma, pese a lo prolífico del reconocimiento de los derechos fundamentales y al establecimiento de una serie de

⁴³ Cabe anotar que el TC ha matizado el rigor de esta regla en la STC 01679-2005-PA, tras sostener que de todas maneras podría inaplicarse una norma confirmada en su constitucionalidad cuando: i) haya sido encontrada violatoria de tratados por tribunales supranacionales

arreglos institucionales orientados a su protección, tampoco la Constitución describe qué comprende el programa normativo de sus derechos.

No obstante, la idea de que todos los derechos fundamentales vinculan se ha extraído a partir de una serie de disposiciones constitucionales, especialmente de aquellas mediante las cuales se ha institucionalizado una serie de procesos orientados a su tutela (art. 200º). Mediante dichos procesos no solo se resuelven las controversias en las que estos se encuentran envueltos, sino que también son los espacios naturales alrededor de los cuales se produce la concreción de los derechos mismos, los que en gran medida dependen de la forma como el Tribunal entiende y aplica la Constitución.

El artículo 202º.2 de la Constitución establece la oportunidad en la que corresponde al Tribunal realizar tal tarea. Según este, el Tribunal conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de los procesos de hábeas corpus, hábeas data, amparo y de cumplimiento. Esta es una regla que fija la competencia del Tribunal para conocer este tipo de procesos y, al mismo tiempo, a partir de la cual es posible definir su rol.

154

Los detalles de esta distribución de competencias, sin embargo, no dependen exclusivamente de este precepto constitucional. Un papel relevante cumplen también las leyes de desarrollo constitucional.

3.2.1. El Poder Judicial como guardián «natural» de las «promesas»⁴⁴

En el Perú son cuatro, esencialmente, los procesos constitucionales que tienen por objeto la tutela de los derechos y libertades fundamentales: el hábeas corpus, que siguiendo su paradigma inglés, está orientado a la tutela de la libertad personal y los derechos conexos con él; el hábeas data, cuyo

(como sucediera en el caso de las leyes de amnistía 26479 y 26492 dictadas a favor de los miembros del grupo paramilitar «Colina»); ii) el TC haya advertido que su aplicación en un caso concreto podría resultar inconstitucional (respecto de este supuesto puede verse 00004-2004-AI); y, iii) se haya modificado la Constitución.

⁴⁴ La metáfora (tomada de Antoine Garapon, *Le gardien des promesses. Justice et democratie*, trad. al castellano *Juez y Democracia. Una reflexión muy actual*, Madrid, Flor del Viento, 1997), en este caso, alude a los derechos. Estos son, en su sentido más profundo, las promesas que

modelo lo tomamos de la Constitución brasileña de 1988, pero a la que deformamos al incorporar en su ámbito de protección, además del derecho a la autodeterminación informativa, el derecho de acceso a la información pública. El amparo, no tanto en su versión mexicana, sino más bien en la argentina y, por tanto, destinado a la protección de todos los derechos constitucionales que los otros dos procesos no tutelan. Y, finalmente, el proceso de cumplimiento, una suerte de contencioso-administrativo de condena, al que sin embargo el Tribunal ha calificado como medio de protección del derecho a la efectividad del ordenamiento jurídico (STC 0168-2005-PC/TC).

La Constitución no contiene reglas específicas acerca del régimen de competencias en el conocimiento de estos procesos. El inciso 2º del artículo 202º se limita a indicar que corresponde al Tribunal conocer de estos, «en última y definitiva instancia», solo en aquellos casos en que se dicten resoluciones denegatorias de tutela.

Aunque no es el único modo como pudo haberse regulado, en el plano legal se ha previsto que conocen de estos procesos los jueces especializados y las salas superiores del Poder Judicial, habilitando al Tribunal Constitucional, a través del recurso de agravio constitucional, a intervenir solo en los casos en la que la última instancia judicial expida una decisión «denegatoria» (art. 18º del CPConst.). Un régimen de competencias semejante hace que la justicia constitucional de las libertades quede confiada a los jueces del Poder Judicial, correspondiéndoles a ellos hacer las veces de sus protectores «naturales».

155

La evaluación de si y cómo el Poder Judicial ha afrontado una responsabilidad semejante no ha sido objeto de análisis. El número de causas que llegan al Tribunal Constitucional y las que en esta última instancia declaran la existencia de una afectación de los derechos (un número bastante exiguo, por lo demás), no juegan en contra de la eficacia de la tarea encomendada al Poder Judicial. No solo porque en dichas estadísticas no ingresan las resoluciones «estimatorias» que sus órganos dictan, sino también porque el número bastante reducido de causas que se estiman en el ámbito del Tribunal, habla

el pueblo, actuando como poder constituyente, encarga a los poderes constituidos realizar, al tiempo que los sustrae del proceso de deliberación democrática.

bien de cómo se realiza la tarea por los jueces. Por ello, contra lo que parece ser una opinión generalizada, la consideración de «guardianes naturales» de las promesas no puede serle objetada al Poder Judicial.

3.2.2. El Tribunal Constitucional como instancia de «mérito»

Como antes se ha indicado, una de las modificaciones más relevantes que trajo consigo la Constitución de 1993 fue haber modificado el régimen de competencia del TC, confiándosele la tarea de conocer en calidad de «última» y «definitiva» «instancia» las resoluciones denegatorias expedidas en los procesos de tutela de derechos.

Este rol del TC difiere sustancialmente del modelo que empleó su predecesora, que facultó al TGC para conocer «en casación las resoluciones denegatorias de la acción de hábeas corpus y la acción de amparo agotada la vía judicial». En 1979, la intención del constituyente fue hacer del TGC el último baluarte de la tutela de los derechos. No en el sentido de encargarle que resuelva el mérito de las reclamaciones que llegaban a él, sino autorizándole a establecer los criterios generales de interpretación de los derechos fundamentales, mediante la vía de la casación, para que con ellos los jueces del Poder Judicial resuelvan el fondo de las controversias constitucionales.

156

Este modelo, que funcionó entre 1982 y 1992, fracasó estrepitosamente. La «casación constitucional» que subyacía tras el modelo, es decir, un sistema en el cual el TGC concretara los derechos fundamentales y a partir de allí se brindara unidad al sistema jurídico, terminó transformándose en una «casación de la ley» (procesal-constitucional), que fomentó recelos en la Corte Suprema y la institucionalización, a su vez, de una práctica de envíos y reenvíos de causas entre ambos, en el que el más afectado era el justiciable⁴⁵.

Por ello, cuando en las postrimerías del trabajo constituyente de 1993 se decidió insistir en el TC, se modificaron radicalmente sus atribuciones. De

⁴⁵ Cfr. P. PLANAS SILVA, «Algunas reflexiones sobre el modelo peruano del Tribunal Constitucional en las constituciones de 1979 y 1993», en AA.VV., *Reforma Constitucional*, Arequipa, Fundación Friedrich Ebert, 2001, p. 17 y ss.

un *tribunal de casación*, con competencia para fijar sobre todo los criterios de interpretación de la «constitución dogmática», pasamos a un *tribunal de casos*, autorizándosele actuar como última instancia y con capacidad para resolver el fondo de los procesos que llegaran a su conocimiento.

Este modelo, que no puede explicarse sino a partir de la experiencia acaecida entre 1982 y 1992, fue concretizado a nivel legislativo, y en sus líneas generales se encuentra ahora recogido a través de diversas disposiciones del Código Procesal Constitucional. Así, por ejemplo, su artículo 18º, al regular el recurso de agravio constitucional, esto es, el medio impugnatorio con el cual se abre la competencia del TC, estatuye que este procede contra las resoluciones de la última instancia judicial que declaren improcedente o infundada la demanda. El artículo 20º del mismo Código adjetivo, al disponer que tratándose de actos procesales irregulares, el Tribunal está autorizado a expedir una decisión sobre el «fondo» en los casos en los que el vicio solo alcance a la resolución impugnada. O, en fin, el segundo párrafo del artículo 1º del mismo Código, al disponer que pese al cese de la violación o devenida su irreparabilidad, no obstante, los jueces constitucionales tienen competencia para expedir una sentencia estimatoria, «atendiendo al agravio producido», en cuyo caso deberá disponer que el «emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda».

157

3.2.3. El Tribunal Constitucional como órgano subsidiario de protección de los derechos

La tutela jurisdiccional que imparte el Tribunal se caracteriza por ser de carácter subsidiario. Esta característica se deriva del hecho que su competencia para conocer de esta clase de procesos solo se abre cuando a nivel judicial no se haya protegido los derechos de quien recurre a la jurisdicción constitucional de las libertades.

Este carácter subsidiario del TC es tributario de las reglas constitucionales y legales que definen el acceso a él. En los términos del artículo 18º del Código Procesal Constitucional, solo corresponde interponer el recurso de agravio constitucional, con el objeto de que la causa llegue a conocimiento del Tribunal, si la resolución de segundo grado «declara infundada o improcedente la demanda». De esta forma, el Tribunal asume la competencia para

conocer de un caso donde se denuncia la lesión de derechos solo en aquellos supuestos en los que los órganos de la jurisdicción ordinaria no hayan brindado una adecuada tutela.

El auxilio que presta el Tribunal, en hipótesis de esa naturaleza, no es a los órganos del Poder Judicial, sino a los justiciables que acuden en pos de justicia constitucional. Por eso mismo, ésta es de carácter unidireccional, pues su prestación no está pensada en clave de corrección de la justicia constitucional impartida por los órganos de la jurisdicción ordinaria, sino en el tipo de respuesta brindada a quien promovió la demanda de tutela de derechos.

Los intentos por universalizar el acceso al órgano de control y velar por la corrección de las respuestas que ofrece el sistema de justicia constitucional fueron intentados por el Tribunal mediante un precedente [STC 4853-2004-PA/TC]. Con el propósito de conocer incluso de las sentencias estimatorias dictadas por la segunda instancia judicial, en aquel precedente se sugirió que el concepto «resoluciones denegatorias» empleado por el artículo 202º.2 de la Constitución no podía entenderse solo desde un punto de vista subjetivo, esto es, teniendo en consideración el tipo de pronunciamiento obtenido por el reclamante en la última instancia judicial, sino también desde uno objetivo.

158

De acuerdo con esta concepción «objetiva», lo relevante no era tanto el tipo de respuesta judicial obtenida por el justiciable (art. 18º del CPConst.), sino si la decisión judicial era constitucionalmente conforme. Esto suponía facultar al TC para comprobar que la justicia impartida por las primeras instancias sea compatible con el programa normativo de los derechos fundamentales o, como expresan los artículos 5º.1 y 38º del Código Procesal Constitucional, que se encuentre conforme con su contenido constitucionalmente protegido. Dicho modelo fue duramente cuestionado por un sector de la doctrina nacional. Los argumentos que se esgrimieron fueron esencialmente de orden formal. Un modelo de acceso como aquel era contrario a la naturaleza subsidiaria y unidireccional de la actuación del Tribunal objetivada por el Constituyente y el legislador, pues suponía que cualquiera fuera el sentido del fallo de la segunda instancia judicial, este pueda ser revisado por el TC.

Esta reforma jurisprudencial no necesitó la intervención del legislador ni del órgano de reforma constitucional para ser dejada sin efecto. Un nuevo precedente (STC 3908-2007-PA/TC) la eliminó y restableció las cosas al estado original⁴⁶.

3.2.4. El Tribunal Constitucional como «órgano de cierre» del sistema

El TC es el órgano que cierra el sistema de protección constitucional de los derechos fundamentales y sus pronunciamientos agotan la jurisdicción interna. Tal condición la asume todas las veces en las que actúa calidad de órgano subsidiario en el sistema de justicia constitucional de las libertades. Ello presupone, como antes se ha recordado, que a nivel judicial se niegue tutela al recurrente.

En las oportunidades que no sucede así, el sistema de protección de los derechos fundamentales culmina con el pronunciamiento de la segunda instancia judicial. Por ello, la condición de órgano de cierre del sistema está muy relacionada con la naturaleza subsidiaria de la impartición de justicia constitucional que se le ha confiado: clausura el sistema de justicia constitucional solo cuando el rechazo judicial lo habilita.

159

4. La crisis de la justicia constitucional de las libertades: ¿colapso del modelo de «tribunal de casos»?

La existencia del TC y su configuración actual es reflejo de los accidentes que hemos sufrido en la preservación del principio de supremacía constitucional y la tutela efectiva de los derechos fundamentales. La apuesta por institucionalizar un órgano *ad hoc*, con competencias en esos menesteres, es inexplicable si se prescinde del *affaire Bustamante y Rivero*, tan mal resuelto por la Corte Suprema en 1956.

⁴⁶ No obstante, poco tiempo después, la vía del recurso de agravio constitucional se abrió para revisar sentencias estimatorias de segunda instancia judicial, siempre que versen en materia de Tráfico Ilícito de Drogas, Lavado de activos [STC 1663-2009-HC/TC] así como en materia de terrorismo [STC 1711-2014-PHC/TC], aunque las razones que lo justifiquen sean teóricamente insatisfactorias.

Del mismo modo, su institucionalización como un Tribunal de «tercera instancia», habilitado para controlar la legitimidad de la sentencia impugnada y pronunciándose sobre el mérito de la controversia, no puede entenderse sino con referencia a la experiencia del TGC, durante la vigencia de la Constitución de 1979.

Este modelo histórico, que hace del Tribunal esencialmente un «tribunal de casos», ha entrado en crisis. Ello es consecuencia, especialmente, de la sobrecarga que azota al TC y de las expectativas legítimas de calidad y oportunidad de la impartición de justicia constitucional, que se han visto mermadas.

4.1. La carga del Tribunal Constitucional

Como ha sucedido con otros tribunales constitucionales, que al igual que el nuestro tienen la competencia de cuidar por la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, también el TC se ha visto desbordado con la atención de estos procesos.

160

El anegamiento de causas relacionadas con la tutela de derechos fundamentales ya podía percibirse a partir de los primeros seis meses desde que entrara en funcionamiento⁴⁷. A finales de 1996, el Tribunal contaba con 1,228 expedientes en su haber, entre los cuales se encontraban los pendientes que el TGC no pudo resolver tras su desactivación en abril de 1992, y los que en ejercicio del recurso extraordinario que establecía la LOTC, ahora derogado, ingresaron directamente al más alto Tribunal.

El porcentaje de la carga de esta clase de procesos se mantuvo, en términos generales, durante sus primeros 5 años, con un incremento bastante moderado de año a año. Hacia diciembre de 2001, año que coincide con la reposición de los magistrados que fueron cesados en 1997⁴⁸, el Tribunal contaba con 1585 causas en total.

⁴⁷ El Tribunal Constitucional empezó a funcionar a partir del 14 de junio de 1996, tras el nombramiento de sus primeros siete magistrados por el Congreso de la República.

⁴⁸ De hecho el órgano siguió funcionando con cuatro magistrados, desde 1997 y hasta el 2000, que el Congreso dejó sin efecto la resolución legislativa que aprobó la sanción en virtud de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos.

Las expectativas en la justicia constitucional, remozada con el nombramiento de 4 nuevos magistrados, se incrementaron en los años siguientes. Para el 2002, los expedientes ingresados al Tribunal ascendían a 3,094, observándose un incremento poco menos del 100% de expedientes en relación al año 2001.

Del total de ellos, 2,981 causas correspondían a peticiones de tutela de derechos (96.34%), esto es, donde se cuestionaban resoluciones denegatorias expedidas en los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data y de cumplimiento. Y de estos 2,237 eran pretensiones de amparo. Es decir, el 72.30% del total de expedientes, en tanto que el 75.04% del total de causas relacionadas solo con la protección de las libertades fundamentales.

Al terminar el año 2005, el número de expedientes relacionados con la protección de los derechos se había triplicado, registrándose 10,814 causas ingresadas. De ese total, 970 eran habeas corpus; 13 habeas data; 1805 cumplimientos y, finalmente, 7,589 amparos, a los que se debe agregar los 330 recursos de queja presentados para cuestionar la no admisibilidad del recurso de agravio constitucional en segunda instancia.

161

El siguiente cuadro refleja el número de procesos que, año a año, entre 1996 y 2005 ingresaron al TC, pero también el volumen que tenían en esa carga las demandas de amparo y cumplimiento.

Años	HC	HD	Q	AI	AC	CC	AA	Total
1996	155	5	167	24	24	0	853	1,228
1997	157	1	264	8	74	2	1,049	1,555
1998	123	5	79	4	115	3	913	1,242
1999	170	2	45	6	104	2	1,042	1,371
2000	188	5	48	8	115	1	1,074	1,439
2001	225	2	48	18	310	3	979	1,585
2002	536	7	93	16	201	4	2,237	3,094
2003	667	9	220	24	339	13	2,554	3,826
2004	506	11	187	54	642	5	3,699	5,104
2005	970	13	396	35	1,805	6	7,589	10,814

Cuadro N° 1: Elaboración propia en base a datos oficiales del TC

Las cifras de los años siguientes muestran, además, que si bien el volumen alcanzado el año 2005 fue superado el 2006, sin embargo, estas se estabilizaron en alrededor de los 6200 expedientes anuales, a partir del año 2007.

Año	HC	HD	Q	AI	AC	CC	AA	Total
2006	992	77	330	33	1,978	8	7,732	11,150
2007	1,129	75	265	36	590	7	4,696	6,798
2008	1,145	42	331	33	422	7	5,254	7,234
2009	1,099	73	328	37	324	12	4,642	6,515
2010	859	51	267	35	242	3	3,139	4,596
2011	998	63	339	22	310	8	4,150	5,890
2012	922	72	275	21	219	3	3,774	5,286
2013	918	282	274	25	213	5	7,166	8,883
2014	640	182	163	21	243	4	3,802	5,055

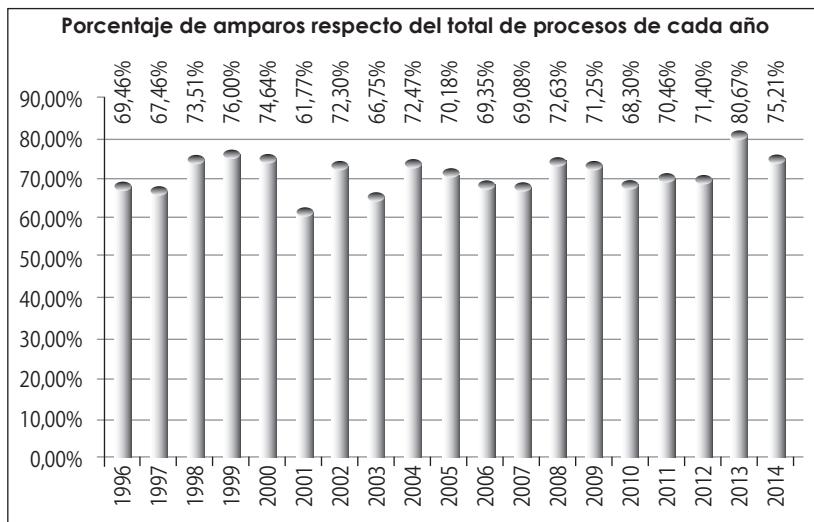
162

Cuadro N° 2: Elaboración en base a datos oficiales del TC: octubre de 2014

Si este número aproximado de expedientes (6,200) se reparte proporcionalmente entre los siete magistrados que integran el TC, podrá deducirse que a cada magistrado le correspondería realizar la ponencia en unas 885 causas por año, lo que supondría un total de casi cuatro por día⁴⁹, y esto sin contar que antes de participar en la deliberación de las ponencias presentadas por los demás, debería estudiar las 24 causas que diariamente se le presenten. Una presión de esta naturaleza es humanamente imposible de manejar.

Por otro lado, los indicadores anteriores también permiten apreciar el significativo número de expedientes relacionados con demandas de amparo, que en el contexto global de la carga procesal del TC, ocupa alrededor de sus 3/4 partes, como también puede apreciarse en el siguiente cuadro.

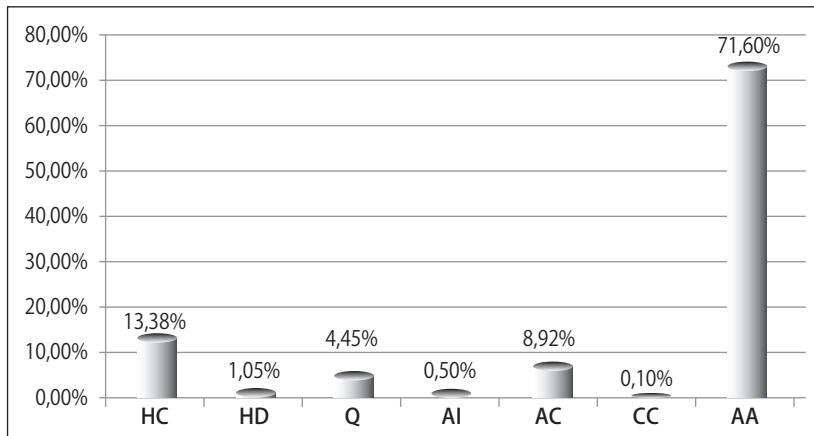
⁴⁹ Asumiendo que el año tiene unos 245 días hábiles.



Cuadro N° 3: Elaboración propia en base a datos oficiales del TC

El siguiente cuadro, a su vez, evidencia lo que representa el amparo en la carga de trabajo del Tribunal, en los 18 años de funcionamiento ininterrumpido.

163



Cuadro N° 4: Elaboración propia en base a datos oficiales del TC

Por cierto, un análisis cuantitativo acerca de la carga del Tribunal sería incompleto si es que no se ofreciera información sobre la relación entre el número de expedientes ingresados y el número de resoluciones publicadas. Desde la perspectiva de los justiciables, es evidente que la tutela procesal que esos órganos dispensan solo puede ser considerada efectiva cuando las causas son resueltas oportunamente mientras se mantiene el interés en la resolución del conflicto. Y el reto para estos órganos de protección de los derechos, como resulta evidente, es poder mantenerse operativos a pesar del crecimiento de las expectativas, sin colapsar bajo el peso de los expedientes.

Este déficit de «productividad» del TC, que llegó a su punto más alto hacia mediados de la década pasada, ha sido la preocupación constante no solo del Tribunal sino también del legislador. Y desde esas dos perspectivas se han hecho esfuerzos con el objeto de hacer frente a esta avalancha de requerimientos de justicia constitucional.

Expedientes ingresados y resoluciones 1996-2014

164

Años	Expedientes Ingresados	Resoluciones Publicadas
1996	1,228	100
1997	1,555	603
1998	1,242	1,193
1999	1,371	1,396
2000	1,439	1,808
2001	1,585	702
2002	3,094	1,172
2003	3,826	4,602
2004	5,104	4,164
2005	10,814	7,061
2006	11,150	10,154
2007	6,798	9,325
2008	7,234	7,082
2009	6,515	8,953
2010	4,596	6,934
2011	5,890	4,858
2012	5,286	4,176
2013	8,883	5,689

2014	3,938	4,066
Total	91,548	84,038

Cuadro N° 5: Datos oficiales del TC⁵⁰

4.2 Las técnicas empleadas para hacer frente a la carga procesal: la vía legislativa

La primera vía se materializó con la publicación del Código Procesal Constitucional, el 31 de mayo de 2004, en el diario oficial *El Peruano*. De acuerdo con su segunda disposición transitoria y derogatoria, dicho Código debería entrar en vigencia seis meses después de su publicación, lo que supuso que su periodo de *vacatio legis* culminara el 30 de noviembre del mismo año.

Su expedición significó unificar y brindarle cierta sistematicidad a la frondosa legislación que entonces regía a los procesos constitucionales, receptionar legislativamente algunos avances jurisprudenciales o, en su caso, modificar ciertas tendencias abiertas especialmente por el TC, y que todo esto estuviera junto, en un cuerpo de leyes al cual se denominase «Código», de modo semejante a lo que sucede con otros subsectores del ordenamiento procesal, como el penal o el civil⁵¹.

165

Las reformas más importantes que el Código traía consigo se concentraban en el apartado destinado a la regulación de los procesos de tutela de derechos fundamentales y, específicamente, en las condiciones de acceso a esta justicia especializada.

Aunque el TC pronto minimizó el asunto (cfr. STC 1417-2005-PA/TC), la primera reforma tenía que ver con la precisión de que la tutela de estos derechos se circunscribiera a su contenido constitucionalmente garantizado (art. 5º.1)⁵². La segunda tenía que ver con las condiciones de acceso

⁵⁰ O. SAR, «El nuevo precedente del TC y su estrategia para enfrentar los retos derivados de la carga procesal», en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, núm. 81, Lima, 2014.

⁵¹ Cfr. S. ABAD YUPANQUI *et alt*, «El nuevo Código Procesal Constitucional peruano. Estudio introductorio», en S. ABAD YUPANQUI *et alt*, *Código Procesal Constitucional. Estudio introductorio, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, 2008, p. 69 y ss.

⁵² Cfr. J. M. SOSA SACIO, «Tutela del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales a través del proceso de amparo », en AA. VV., *La procedencia en el proceso*

de la mayoría de procesos de tutela de derechos (con la única excepción del hábeas corpus), al disponerse que la protección que se dispensaría en el ámbito de la justicia constitucional solo queda reservada a aquellos casos en los que no existan vías en la justicia ordinaria (art. 5º.2).

Estas no son, ciertamente, las únicas reformas que trajo consigo el Código, pero sí se trataban de dos de las más relevantes. No sin los traumas y sufrimientos propios del alumbramiento, su implementación apuntaba a hacer frente a ese proceso inflacionario galopante de la justicia constitucional de los años precedentes, circunscribiendo la justicia constitucional al conocimiento de asuntos que versen estrictamente sobre posiciones iusfundamentales protegidas por los derechos constitucionales, y siempre que existiera desamparo real, por no existir una vía judicial ordinaria igualmente idónea o, existiendo, porque esta no ofreciera tutela igualmente satisfactoria.

En ambos casos, la reforma estaba pensada esencialmente para hacer frente a lo que desde la década de los 80' se venía denunciando como «amparitis», es decir, a la patología de la justicia constitucional consistente en prescindir de los procesos ordinarios y emplear el amparo como mecanismo de solución de todo tipo de controversias.

Desde luego, la reforma emprendida por el legislador tuvo sus objetores. No faltó, sobre todo en los primeros meses posteriores a la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, que se cuestionara la opción legislativa de revertir el modelo «alternativo» de amparo por el «subsidiario», con argumentos tanto de constitucionalidad como de falta de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos⁵³.

Al final, ni uno ni otro cuestionamiento encontraron cabida en la jurisprudencia nacional, particularmente en los pronunciamientos del supremo intérprete de la Constitución. Pero el que en esta sede no se objetara la validez del modelo de subsidiariedad, no quiere decir que en los primeros años posteriores a la reforma, el Tribunal no expresase sus resquemores.

de amparo, Lima, Gaceta Jurídica, 2012, p. 7 y ss. C. HAKANSSON NIETO, «El contenido de los derechos fundamentales como un concepto abierto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Justicia Constitucional*, núm. 2, Lima, 2005, p. 47 y ss.

⁵³ Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, «El amparo residual en el Perú: una cuestión de ser o no ser», en *Justicia Constitucional*, núm. 2, Lima, 2005, p. 70 y ss.

Este recelo, que no estaba orientado tanto al Código Procesal Constitucional cuanto a su aplicación a los procesos iniciados durante la vigencia de las leyes que aquél había derogado, pudo efectivamente observarse no bien el Tribunal Constitucional empezó a dictar precedentes vinculantes, al amparo del artículo VII del Título Preliminar de aquel.

Es significativo, por ejemplo, que el primer precedente, dictado pocos días después de que entrara en vigencia el referido Código adjetivo, el Tribunal precisara:

3. Este corpus normativo establece, en su Segunda Disposición Final, que «las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior: las reglas de competencia, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado».

4. Es necesario precisar que si bien de la citada disposición legal se puede interpretar que un proceso constitucional en curso, como el de autos, puede comenzar a ser regido por una nueva ley procesal, ello solo será posible siempre que la aplicación de la referida norma garantice la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, lo que debe ser apreciado atendiendo a las particularidades del caso en concreto (STC 3771-2004-PHC/TC, de 29 de diciembre de 2004).

167

Este precedente, en nuestra opinión, es desafortunado. No tanto porque el temor que subyace a él no aplicaba al proceso en el que se dictó (un hábeas corpus, sobre el cual el Código no aplicaba esta novedad legislativa), sino porque, bien vistas las cosas, a través de la regla se expresaba una duda sobre la constitucionalidad misma de la reforma. Y es que si la reforma no garantizaba la vigencia del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la cuestión no era tanto que su aplicación se efectuara sobre los procesos iniciados antes o después de la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, sino que ésta era sencillamente inconstitucional y, por tanto, tenía que así declararse no bien llegue la oportunidad.

Tampoco prosperó la opción adoptada por el legislador del Código en el sentido de bloquear el amparo contra amparo ya que el TC sostuvo que esta era una modalidad del amparo contra resoluciones judiciales. A partir de la STC 03846-2004-AA sostuvo que:

[...] cuando el Código Procesal Constitucional se refiere en su artículo 5º, 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 4º del mismo Código Procesal Constitucional, puesto que una interpretación que cierra por completo la posibilidad del «amparo contra amparo» sería contraria a la Constitución (fundamento 5)⁵⁴.

Sea como fuere, una vez efectuada la reforma legislativa todo quedaba en manos de sus intérpretes, entre los cuales destacaba el TC⁵⁵, a quien además de órgano de cierre del sistema de justicia constitucional de las libertades, el Código lo institucionalizó también como un «tribunal de precedentes».

4.3. Las técnicas empleadas para hacer frente a la carga procesal: la vía jurisdiccional

La oportunidad de llevar adelante una reforma de la justicia constitucional de las libertades fue desaprovechada. Durante los primeros años posteriores a la reforma legislativa, se pudo observar en la jurisprudencia del Tribunal un comportamiento errático a la hora de adoptar decisiones relacionadas con su implementación.

En el periodo que va desde diciembre del 2004 a junio de 2013, o sea, en cerca de diez años, fueron escasas las veces en las que el Tribunal empleó el carácter subsidiario del amparo para contrarrestar su abrumadora carga procesal; incluso cuando este pensó que lo estaba haciendo (STC 0206-2005-PA/TC). Y es que las veces que dijo referirse a la vía idénticamente satisfactoria no examinó ni desarrolló tal concepto⁵⁶, limitándose más bien a establecer

⁵⁴ Este criterio fue reiterado en las STC 07232-2006-PA/TC, 00917-2007-PA/TC, 0123-2007-PA/TC, 02371-2005-PA/TC, 05391-2005-PA/TC, 102667-2006-PA/TC, 01761-2008-PA/TC, 01559-2006-PA/TC, 00917-2007-PA/TC, 05561-2007-PA/TC, entre muchas otras.

⁵⁵ Cfr. R. RODRÍGUEZ SANTANDER, «Amparo y residualidad. Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5º.2 del Código Procesal Constitucional», en *Justicia Constitucional*, núm. 2, citado, p. 97 y ss.

⁵⁶ Comenzó a hacerlo, aunque tímidamente, con la nueva conformación a partir de la STC 03070-2013-PA/TC.

los supuestos de procedencia del amparo (especialmente en materia laboral). Desde luego que esto no quiere decir que el Tribunal observara impasible el problema en que estaba envuelto.

De hecho, si bien en numerosas ocasiones el Tribunal desestimó pretensiones alegando que las reclamaciones que se le planteaban no tenían relación con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados (art. 5º.1), la técnica que mejores resultados le dio para hacer frente a este problema de la sobrecarga fue el empleo del precedente vinculante.

La competencia formal para que el Tribunal dicte precedentes se estableció legislativamente⁵⁷. El artículo VII del Título Preliminar del CPCConst. autoriza al Tribunal dictarlos bajo ciertas condiciones y requisitos de orden formal⁵⁸. En términos generales, el propósito de esta nueva competencia fue permitir al Tribunal, como órgano de cierre del sistema, establecer con carácter vinculante ciertas reglas o criterios conforme a los cuales las instancias judiciales resuelvan casos que tengan ciertas propiedades comunes.

Sin embargo, la ausencia de tradición en el empleo de esta técnica permitió observar un trato errático en su formulación. Algunos de los que se dictaron durante ese lapso tenían claramente la vocación de hacer frente a la sobrecarga que agobiaba a la institución⁵⁹.

169

Si se analiza la jurisprudencia del periodo diciembre-2004/agosto-2013, se podrá concluir que de los 44 precedentes que se dictaron, cinco de ellos fueron los que más se emplearon por el Tribunal a modo de autoprecedentes: cuatro eran amparos (tres en materia pensionaria y uno en materia laboral) y el quinto fue dictado en un proceso de cumplimiento, fijando las condiciones de empleo de este proceso (una suerte de *writ of mandamus* del derecho anglosajón) como puede verse en el siguiente cuadro.

⁵⁷ Si bien tal potestad se encontraba en el artículo 9 de la ley de habeas corpus y amparo, el modelo de precedente allí previsto admitía la posibilidad de apartamiento motivado por parte de los jueces.

⁵⁸ Estos criterios fueron desarrollados a partir de la STC 0024-203-AI y complementados a partir de la STC 03741-2004-AA, pero sin embargo no resultan del todo claros ni pacíficos. Por otra parte el propio TC se ha desentendido de ellos en más de una ocasión.

⁵⁹ Cfr. O. SAR y E. ÁLVAREZ MIRANDA, *Reporte de jurisprudencia. Precedentes y jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional*, Arequipa, Adrus, 2013.

Estos precedentes tuvieron una influencia notable en el afán del TC por reducir drásticamente su carga procesal, como veremos enseguida.

Los precedentes más utilizados en calidad de autoprecedentes

Precedente	Contenido del precedente	Utilización como autoprecendente
STC 1417-2005-PA	Amparo Previsional. Contenido esencial del derecho a la pensión	15,916
STC 5189-2005-PA	Ley 23098. Pensión mínima o inicial	2,252
STC 0206-2005-PA	Procedencia del amparo en materia de trabajadores del régimen laboral privado	1,706
STC 4762-2007-AA	Acreditación de Aportaciones	1,425
STC 0168-2005-PC	Procedencia del proceso de cumplimiento	1,241

Cuadro N° 6: Elaboración propia

170

4.3.1. Los precedentes en materia pensionaria

El precedente establecido en la STC 1417-2005-PA/TC ha sido y es, de lejos, el más empleado por el Tribunal. Supera largamente al que le sigue. Su objeto fue establecer qué aspectos relacionados con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión podían tutelarse en el ámbito del proceso de amparo. Y, al mismo tiempo, precisar que aquello que no había sido identificado dentro de dicho ámbito de protección, debería impetrarse su protección mediante el contencioso-administrativo.

Es significativo que al dictarse este precedente, el Tribunal terminara estableciendo reglas de admisibilidad de las futuras demandas del contencioso administrativo, derivadas de la aplicación automática del precedente allí establecido (o sea, de las que anunciaba que iba a desestimar).

Por su parte, mediante el precedente establecido en la STC 5189-2005-PA/TC, el Tribunal precisó y modificó algunos criterios establecidos en una sentencia anterior (STC 198-2003-AC/TC), relacionado con la interpretación y aplicación de la Ley N° 23908, en materia de pensión mínima

y su reajuste. En tanto que en el último precedente en materia pensionaria (STC 4762-2007-PA/TC), que a su vez ocupa el 4to. lugar, se estableció como precedente la observancia de diversas reglas en materia de acreditación de «periodos de aportaciones en el proceso de amparo».

De estos tres precedentes en materia de pensiones, el primero de ellos (STC 1417-2005-PA/TC) fue dictado con la finalidad de clausurar las puertas de la justicia constitucional, a partir de la identificación en abstracto de las posiciones iusfundamentales susceptibles de tutela mediante la vía del amparo.

4.3.2. El precedente 0206-2005-PA/TC y la materia laboral

Por su parte, el precedente establecido en la STC 0206-2005-PA/TC fijó los supuestos de procedencia del amparo tratándose de la afectación de derechos fundamentales de los trabajadores sujetos al régimen laboral privado. Luego de identificar qué casos y en qué supuestos se permitiría la tutela constitucional de los derechos laborales, de modo parecido a como obró cuando dictó la STC 1417-2005-PA/TC, también en esta ocasión el Tribunal fijó criterios de admisibilidad de las demandas que se presentasen en el fuero laboral, como consecuencia de la aplicación inmediata del precedente que se estrenaba. En buena cuenta, su aplicación no suponía una resolución del problema o controversia que se le sometía, sino tan solo su derivación a la justicia laboral.

171

4.3.3. Las reglas de admisibilidad del proceso de cumplimiento y la STC 0168-2005-PC/TC

Finalmente, en la STC 0168-2005-PC/TC el Tribunal dio el carácter de precedente vinculante a diversos criterios que deberían de observarse al resolverse las demandas promovidas en el proceso de cumplimiento. En estricto, este precedente no obedece a las razones aparentes de los contenidos en las STC 1417-2005-PA/TC y STC 0268-2005-PA/TC.

A diferencia de estos últimos, la no calificación de una demanda de cumplimiento de acuerdo con los criterios establecidos en el precedente vinculante, no tiene el efecto de cerrar las puertas de la justicia constitucional para reenviarlas a la justicia ordinaria, sino una simple desestimación de la pretensión (aunque sin pronunciamiento sobre el fondo).

4.3.4. El precedente como instrumento de descarga procesal

Un análisis sobre el contenido de los precedentes y las veces que estos se emplearon como autoprecendente, en términos generales, evidencia que estos no se dictaron con el propósito de establecer criterios o reglas con los cuales las instancias judiciales debieran resolver casos semejantes, sino como una técnica destinada a aliviar la carga procesal del TC. Ese es el caso, en particular, de dos de los precedentes en materia laboral.

Pero, ¿qué tan desbordado estaba el Tribunal en el momento en que estos se dictaron y cuál fue su efecto inmediato? En los siguientes dos cuadros se aprecia, por un lado, el número de expedientes ingresados, en materia de amparo y de cumplimiento, y de otro, el número de sentencias publicadas en ambos procesos durante el mismo periodo.

Expedientes ingresados en materia de proceso de cumplimiento y amparo [2003-2006]

172

Año	AC	AA
2003	339	2,554
2004	642	3,699
2005	1,805	7,589
2006	1,978	7,732

Cuadro N° 7: Elaboración propia en base a estadísticas oficiales del TC

Sentencias publicadas en materia de proceso de cumplimiento y amparo [2003-2006]

Año	AC	AA
2003	387	3,372
2004	439	2,956
2005	1,227	4,903
2006	2,228	6,865

Cuadro N° 8: Elaboración propia en base a estadísticas oficiales del TC

Los indicadores revelan, por un lado, que si en el año 2003 el Tribunal expidió más sentencias de los expedientes que ingresaron, sin embargo, al año siguiente (2004), este superávit fue desbordado. Y también lo fue en el 2005 y en el 2006, si bien en este último se redujo ostensiblemente tal

diferencia. Es decir, en el momento en que se expedían ambos precedentes, la cantidad de expedientes ingresados era superior a la capacidad del Tribunal para resolverlos.

El dictado de ambos precedentes, al parecer, «solucionó» el problema de «productividad» del Tribunal Constitucional. El siguiente cuadro muestra cuánto se incrementó la publicación de sentencias a partir de julio del 2005, mes a mes, como consecuencia del dictado de estos precedentes. Y también permite realizar una comparación del número de expedientes, mes a mes, que se expedían hasta con un año de anterioridad a la expedición de los primeros precedentes.

Año	Decisiones publicadas												Total	
	Meses													
	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Setiembre	Octubre	Noviembre	Diciembre		
2004	221	75	518	433	419	214	497	419	363	399	583	23	4,164	
2005	237	250	248	217	729	807	885	1,028	475	705	1,010	470	7,061	
2006	934	1,624	1,254	1,090	1,085	630	607	769	317	495	1,189	160	10,154	

Cuadro N° 9: Elaboración propia en base a estadísticas oficiales del TC

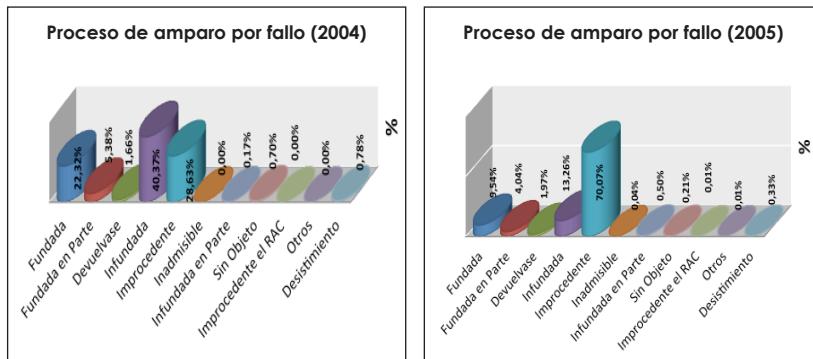
Como puede observarse, con ligeros retrocesos, desde agosto de 2005 se aprecia un incremento ostensible de la producción del Tribunal Constitucional, que llega en el año siguiente al techo más alto que hasta ahora ha alcanzado, como surge del total de decisiones que en el año 2006 se publicaron.

La incidencia de tales precedentes en la carga procesal es más notorio si ahora el análisis se efectúa comparando los porcentajes de decisiones desestimatorias por la forma (improcedentes) dictadas tanto en el proceso de amparo (que involucra dos de los tres precedentes a los que se ha aludido), como en el proceso de cumplimiento, que es el hábitat donde se desenvuelve la STC 0168-2005-PC/TC.

Así, en el año 2004, año anterior a la expedición de las sentencias 1417-2005-PA/TC y 0206-2005-PA/TC, las demandas de amparo declara-

das improcedentes ascendieron al 28.63% del total de decisiones dictadas en esta materia por el Tribunal. En cambio, al año siguiente, ese porcentaje se incrementó notablemente, hasta alcanzar el 70.07% del total de decisiones dictadas en este proceso, como se aprecia en los siguientes cuadros.

Comparación de decisiones de improcedencia tras la publicación de los precedentes pensionarios y laborales (2004-2005)

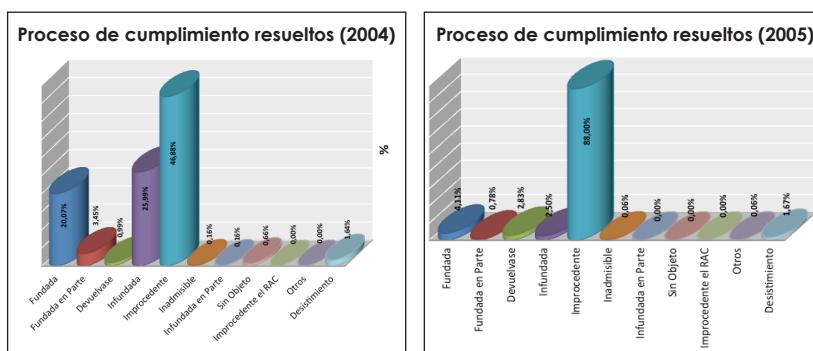


Cuadro N°10: Elaboración propia en base a estadísticas oficiales del TC

174

No es distinta la situación que aconteció tras la publicación de la STC 0168-2005-PC. Del 46.88% de decisiones que declaraban improcedentes las demandas de cumplimiento en el año 2004, tras la entrada en vigencia del precedente, las decisiones del mismo tipo se duplicaron hasta alcanzar el 88%. El precedente, finalmente, sirvió para terminar sin pronunciamiento sobre el fondo los casos de incumplimiento de la ley o del acto administrativo, como se puede observar en el siguiente cuadro.

Proceso de cumplimiento por fallo 2004-2005



Cuadro N° 11: Elaboración propia en base a estadísticas oficiales del TC

En suma, una evaluación acerca de cómo se ha empleado el precedente constitucional pone en evidencia que su dictado ha respondido en alguna medida a la necesidad de contrarrestar la incapacidad funcional del TC en la resolución de los procesos constitucionales. Por lo general, estos no han establecido criterios que sirvan para resolver casos futuros, sino que se han dictado con el propósito de clausurar las puertas de la justicia constitucional.

De hecho, ninguno de los tres que se han empleado con fines de gestión institucional contiene criterios que puedan servir para resolver controversias con propiedades semejantes por los jueces ordinarios. Su utilización ha obedecido a propósitos ajenos a los fines de un instituto de esta naturaleza. Como consecuencia directa de la aplicación de los precedentes mencionados la cantidad de causas bajó de 11,000 a casi 6,000 en unos cinco años.

Casi diez años después, la situación no ha cambiado demasiado. Hasta octubre del año 2014, fecha que culmina este muestreo, según las estadísticas publicadas en la web oficial del TC se han publicado 4066 sentencias y resoluciones, e ingresaron 3938 expedientes, a los que se suman las casi 7000 causas que se encuentran pendientes de resolver.

175

4.3.5. El precedente 0987-2014-PA/TC: ¿Una vuelta heterodoxa a la decisión legislativa?

Es este el contexto en el que el TC expedió el precedente que contiene la STC 0987-2014-PA/TC. En este dejó establecido que emitirá una sentencia interlocutoria⁶⁰ denegatoria sin más trámite⁶¹, cuando la pretensión:

- a) Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque;
- b) La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional;

⁶⁰ Si bien esta categoría de resolución resulta dudosa asumimos que se refiere al auto motivado que pone fin al proceso. No queda del todo claro si constituye propiamente una sentencia, en cuyo caso, resultaría inimpugnable a tenor del artículo 121 del CPCConst., o si, por el contrario, y pese a su denominación es propiamente un auto y procede la reposición.

⁶¹ Esta expresión nos hace presumir que el TC no llevará a cabo las audiencias de vista de la causa en estos casos.

- c) La cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional;
- d) Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales (fund. jur. 49).

El precedente en cuestión ha precisado los requisitos legales del Recurso de Agravio Constitucional (RAC), identificándose con un precedente previo, en el que el TC precisó:

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 (fund. jur. de la STC 02877-2005-HC/TC).

Y en el artículo 11º del Reglamento Normativo del Tribunal, aprobado por Resolución Administrativa N° 095-2004-P/TC, que establecía que una Sala deberá calificar la procedencia de las causas, determinando:

[176]

[...] si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos: si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de demanda, es manifestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse.

Este requisito es razonable, aunque no deja de ser «extraño». Y es que si el debate jurisdiccional debe estar relacionado a pretensiones que tienen que ver con el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, el TC debería tener la capacidad de cerciorarse que no hayan pasado «casos de contrabando».

De los 4 supuestos que justifican que el RAC sea rechazado, sin audiencia de vista, el que más ha llamado la atención es el segundo, al que se ha denunciado por traer consigo la inserción del *certiorari* anglosajón⁶². Tal denuncia, pensamos, es infundada pues la «especial trascendencia constitu-

cional» (fund. jur. 50 de la STC 00987-2014-PA/TC) a la que se refiere el Tribunal, está asociada a las causales de improcedencia previstas en los incisos 1 y 2 del artículo 5º del CPConst.:

Existe una cuestión de especial trascendencia constitucional cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental.

Se trata, más bien, de una vía heterodoxa, que en el modelo de un Tribunal de casos, aspira a tomarse en serio los filtros de admisión de la demanda. No en el momento en que esta se califica, pues una tarea semejante la realiza la instancia judicial de primer grado, sino al momento de evaluar si le corresponde conocer del recurso de agravio constitucional.

No se han hecho esperar las reacciones contra los efectos de la aplicación de este precedente. Las críticas han provenido tanto de la doctrina como del interior del propio TC. Ha sido uno de sus magistrados el que ha alertado que la denominada «sentencia interlocutoria denegatoria» (SID) no podría declarar la improcedencia del recurso de agravio constitucional, tras encontrarse en cualquiera de los supuestos establecidos en la STC 0987-2014-PA/TC, sino justificar una sentencia, con todas las garantías que ello implica, que contenga un pronunciamiento sobre la pretensión misma.

177

Un argumento de esta naturaleza se ha justificado en el hecho de que «cualquier intento de descarga que asuma el Tribunal Constitucional [...] no pasa por descalificar el recurso de agravio constitucional ya concedido», un recurso que, más allá de los requisitos establecidos para su concesión por la ley, no permite que el Tribunal los pueda ampliar, sin desnaturalizar la «justicia finalista, amparista y antiformalista que informa el acceso al Tribunal Constitucional»⁶³.

Más allá de las cuestiones formales que la aplicación del precedente traerá consigo⁶⁴, también en este caso su puesta en práctica está llamada a

⁶² Cfr. H. J. CAMPOS BERNAL, «El certiorari informal del Tribunal Constitucional», en *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, t. 81, Lima, 2014, p. 45 y ss.

⁶³ Cfr. Voto singular del magistrado Blume Fortini a la STC 02848-2014-PA/TC, que luego ha repetido todas las veces que la Segunda Sala del TC ha expedido una SID.

⁶⁴ Tal vez la cuestión más polémica tenga que ver con si corresponde al TC extender los alcances de los artículos 5.1 y 5.2 del CPConst. como requisitos de procedencia del recurso de

incidir en la carga del TC. Sin embargo, a diferencia de otros intentos del pasado, no parece que éste sea el *leit motiv* de su dictado o un único propósito⁶⁵: Dar respuesta a pretensiones que tengan fundamento constitucional cierto y en los casos en los que éstas no puedan obtenerla en la vía judicial ordinaria, no es una medida de gestión administrativa, sino orientada a asegurar que la prestación de la justicia constitucional se haga, en entidad y en oportunidad, conforme al diseño legislativo vigente⁶⁶.

5. Epílogo

La configuración del modelo de jurisdicción constitucional en el Perú es producto del déficit de la justicia ordinaria para hacer efectiva la supremacía de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales.

Aquí, como en otras latitudes, el éxito de los órganos que imparten justicia constitucional depende de que puedan mantener la eficiencia, enfrentando las expectativas de los justiciables y sin renunciar a su misión de garantizar la tutela efectiva de los derechos fundamentales.

178

El proceso que en el Perú hemos seguido ha sido inversamente proporcional al que se ha planteado en otras experiencias exitosas de justicia constitucional de las libertades⁶⁷. En aquellos, de un Tribunal de casos, sucesivas reformas legislativas y profundas transformaciones sociales y de adhesión a los valores del constitucionalismo, los han conducido a objetivar

agravio constitucional. Su incorporación en la STC 2877-2005-PA/TC y su seguimiento en la STC 0987-2014-PA/TC, ambos con el carácter de precedente vinculante, no dan cuenta de la problemática que genera la reserva de ley orgánica que contiene el artículo 200, *in fine*, de la Constitución.

⁶⁵ Una posición contraria, en R. CAVANI, «Funciones del TC peruano, modelos de cortes de vértice y la ‘especial trascendencia constitucional’», en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, t. 81, citado, p. 47 y ss.

⁶⁶ Cfr. la entrevista a la magistrada Marianella Ledesma Narváez, «El nuevo precedente no busca reducir la carga procesal, sino mejorar la tutela de derechos», en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, t. 81, citado, p. 15 y ss.

⁶⁷ Cfr. para el caso español, por todos, M. CARRILLO (coordinador), *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008; así como F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma del régimen jurídico procesal del recurso de amparo*, Madrid, Dykinson, 2008.

sus procesos de tutela de derechos, y hacer de sus tribunales constitucionales verdaderos tribunales de precedentes.

Nosotros, en cambio, de un «tribunal de precedentes» (informales) como era la propuesta subyacente al diseño del TGC, por la fuerza de los hechos, a partir de 1993, transitamos al paradigma del «tribunal de casos», volviendo a partir del año 2004 a dirigir nuestra atención al primero, si bien bajo coordenadas distintas.

El modelo nacional de justicia constitucional de las libertades se encuentra, pues, a mitad de camino. Y no parece que el Tribunal Constitucional esté dispuesto a cruzar la línea marcada por el legislador. Los sucesivos intentos porque este jurisprudencialmente introduzca el *certiorari* (en su versión norteamericana o bajo modalidades criollas), a través de una interpretación mutativa del artículo 202.2 de la Constitución, no han calado⁶⁸.

El tránsito zigzagueantemente por el sendero trazado por el legislador en algunos casos culminó con la construcción de vías paralelas y en los discutibles catálogos cerrados introducidos en los precedentes Baylón y Anicama (STC 0206-2005-AA/TC y 1417-2005-AA/TC, respectivamente).

179

A partir del precedente «Vásquez Romero» (STC 0987-2014-PA/TC), el TC pretende tomarse en serio el control de las causales de improcedencia previstas en el Código, controlando que estas hayan sido satisfechas al interponerse el recurso de agravio constitucional; y de esa manera hacerse de un espacio para tutelar, oportuna y adecuadamente, los derechos en los casos donde existan pretensiones constitucionalmente relevantes⁶⁹.

Sin embargo, existe el riesgo de que el TC se conforme con haber implementado un mero mecanismo de descarga procesal y desperdicie la

⁶⁸ Cfr. S. ABAD YUPANQUI, «El acceso al Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional. Un balance necesario», en AA.VV., *El debate en torno a los límites al recurso de agravio constitucional*, citado, p. 11 y ss.

⁶⁹ Así, por ejemplo, E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, «Justificación y alcances del nuevo precedente del TC», en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, t. 81, Lima, 2014, p. 21 y ss.

ocasión de profundizar en aquellos casos que exigen un pronunciamiento sustantivo meditado y oportuno. Si se nos permite la metáfora, puede desplegar sus alas y remontar su prestigio o conformarse con mantener el despacho al día, sin alboroto pero sin brillo.

La «especial trascendencia constitucional» del RAC y su relación con las causales de improcedencia de los procesos constitucionales

 BERLY JAVIER FERNANDO LÓPEZ FLORES*

Sumario:

1. Introducción; 2. El viejo RAC: configuración, presupuestos y tramitación;
3. El nuevo RAC: la «especial trascendencia constitucional» del RAC y su relación con las causales de improcedencia de los procesos constitucionales,
 - 3.1. El RAC no está referido al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, 3.2. El RAC versa sobre un asunto materialmente excluido del proceso de tutela de que se trata, 3.3. El RAC no alude a un asunto que requiere una tutela de especial urgencia, 3.4. En el RAC no existe lesión de derecho constitucional comprometida, 3.5. El RAC trata de un asunto que no corresponde ser resuelto en la vía constitucional, 3.6. En el RAC no se evidencia la necesidad de tutelar de manera urgente el derecho constitucional invocado;
 4. Conclusiones: comentarios finales sobre el precedente «Vásquez Romero».

181

1. Introducción

Mucho se ha escrito sobre las razones que, desde el punto de vista jurisdiccional, dieron lugar a la emisión de la sentencia que contiene el precedente «Vásquez Romero» (STC N° 00987-2014-PA/TC). La propia sentencia ha señalado que resultaba indispensable redefinir el recurso de agravio constitucional (RAC) a los efectos de que el Tribunal Constitucional concentre sus esfuerzos en la atención de reales vulneraciones que requieren tutela urgente.

* Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Piura (Campus Lima). Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Universidad de Piura. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

En el ámbito académico¹ se ha señalado, por ejemplo, que el precedente apunta al mejor posicionamiento de los tribunales o cortes constitucionales, pues no por resolver muchos casos, se cumple eficazmente con la labor encomendada. Sin embargo, poco o nada se ha dicho sobre la aplicación práctica de las causales que darían lugar al rechazo del RAC y, por ende, autorizan la emisión de una sentencia interlocutoria.

Así las cosas, la especial trascendencia constitucional, como requisito de procedencia del RAC, se presenta como un concepto extraño o desconocido, que bien vale la pena conceptualizarlo, configurarlo y, qué duda cabe, relacionarlo con las causales de improcedencia de los procesos constitucionales. Efectivamente, con la emisión de este nuevo precedente, las causales de improcedencia no han quedado eliminadas o dejadas sin efecto. Por ello resulta de vital importancia conocer, en un contexto de emisión de sentencia interlocutoria, cuál es su operatividad y qué papel desempeñan a la hora que el Tribunal Constitucional rechaza el RAC aplicando el precedente.

182

En estas breves líneas, este trabajo apunta pues a teorizar casuísticamente algunos supuestos (unos reales y otros ficticios) que darían lugar a rechazar el RAC porque este carece de especial transcendencia constitucional, rechazo que tácitamente guarda correlato con algunas de las causales de improcedencia previstas en el Código Procesal Constitucional (CPConst.).

2. El viejo RAC: configuración, presupuestos y tramitación

Subyace en el RAC el derecho fundamental a la pluralidad de instancia, a través del cual se reconoce a todo justiciable el derecho de recurrir una sentencia que pone fin a la instancia, especialmente cuando ella le es adversa a sus intereses. No implica un derecho del justiciable a impugnar todas y cada una de las resoluciones que se emitán al interior de un proceso.

Con el RAC se pretende la revisión de las cuestiones de fondo contenidas en una resolución, y se realiza un examen de las actuaciones realizadas

¹ E. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, «Notas sobre el precedente “Vásquez Romero”, su finalidad, el contexto de sus configuración y sus alcances (STC 00987-2014-PA/TC)», en *El debate en torno a los límites al recurso de agravio constitucional*, 2014, Palestra, p. 108.

por el juzgador para la emisión del acto procesal (auto o sentencia). Subsanar la falibilidad del juzgador, a los efectos de lograr la eficacia del acto procesal. Su objeto de control es una sentencia o una resolución judicial que, o bien es gravosa para una parte, o bien no se ajusta a normas procesales. Corrige el error contenido en las resoluciones judiciales constitucionales. Estos defectos o errores pueden estar impregnados en la misma actividad procesal o en el mismo juicio del órgano judicial consistente en una errónea interpretación de la ley o de la Constitución Política.

Es un recurso extraordinario, toda vez que no puede invocarse libremente y bajo cualquier pretexto, sino que la Constitución y la propia ley procesal constitucional delimita en forma excluyente los supuestos en los que procede. Por medio del RAC, el Tribunal Constitucional adquiere la competencia para conocer de la pretensión del proceso constitucional (vulneración de derechos constitucionales), pero delimitándolo al caso en que la pretensión del demandante haya sido denegada por el juzgador de segunda instancia.

Es extraordinario también porque para su interposición se exigen motivos taxativos, esto es, que se haya declarado improcedente o infundada la demanda constitucional. No procede, pues, contra cualquier resolución, sino cuando existe una denegatoria de la demanda en segunda instancia. En este escenario, únicamente el demandante puede llegar al grado constitucional, nunca el demandado (salvo supuestos jurisprudenciales excepcionales relacionados con asuntos de narcotráfico o terrorismo).

183

El RAC debe ser interpuesto por el demandante del proceso constitucional, quien acude al órgano judicial solicitando la tutela de sus derechos constitucionales. Es presentado ante el órgano jurisdiccional de segunda instancia para su concesorio y, posterior, elevación al Tribunal Constitucional. Las decisiones desestimatorias del órgano judicial de segunda instancia, que darían lugar a que el demandante interponga el RAC, pueden ser las siguientes:

Infundada la demanda (con pronunciamiento sobre el fondo del asunto).

Improcedente la demanda (por las causales establecidas en el artículo 5º del Código Procesal Constitucional).

Inadmisible la demanda (por no adjuntar los anexos de ley).

Nulo todo lo actuado y concluido el proceso constitucional (por la estimatoria de una excepción procesal perentoria).

La omisión de pronunciamiento sobre algunos extremos planteados en la demanda constitucional (por ejemplo: el pago de costos procesales, responsabilidad del agresor, destitución del funcionario renuento, etc.)

Planteado el RAC contra estas decisiones desestimatorias de segunda instancia, el Tribunal Constitucional puede emitir las siguientes decisiones:

Confirmar la resolución de segunda instancia (infundada, inadmisible o improcedente).

Anular la resolución de segunda instancia (por un vicio en la tramitación del proceso constitucional y ordenar se reinicie el mismo). Esto, en aplicación del artículo 20º del Código Procesal Constitucional. El caso frecuente, en este supuesto, es el de una parte que no fue emplazada con la demanda, y su participación resultaba necesaria a los efectos de no vulnerar sus derechos e intereses (caso típico del beneficiario de una resolución judicial que no fue emplazado con la demanda)².

Disponer la admisión a trámite de la demanda constitucional porque el asunto reviste de relevancia constitucional, en tanto los hechos y el petitorio se encuentran dentro del contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales invocados.

Declarar improcedente la demanda, nulo todo lo actuado, concluido el proceso (ante la estimatoria de una excepción procesal perentoria).

Si el Tribunal Constitucional declara *fundada* la demanda es porque se acreditó la vulneración a un derecho constitucional. Por el contrario, si la declara infundada es porque no se acreditó la vulneración a un derecho constitucional.

3. El nuevo RAC: la «especial trascendencia constitucional» del RAC y su relación con las causales de improcedencia de los procesos constitucionales

El precedente Vásquez Romero (STC N° 00987-2014-PA/TC) señala que se emitirá sentencia interlocutoria denegatoria, rechazando el RAC,

² Cfr. B. LÓPEZ FLORES, *Amparo contra resoluciones judiciales. Cómo llevar un caso ordinario a un proceso de amparo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.

cuando la cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de «especial trascendencia constitucional». Contrario *sensu*, existirá un asunto de especial trascendencia constitucional: i) cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia; o ii) cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental.

Posteriormente, ya con la emisión de sentencias interlocutorias, se detallan aún más los supuestos que no revisten especial trascendencia constitucional. A estos efectos, en el Exp. N° 08393-2013-PA/TC, se señala que el RAC tiene esta cualidad cuando: i) no está relacionado con el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; ii) versa sobre un asunto materialmente excluido del proceso de tutela de que se trata; iii) lo pretendido no alude a un asunto que requiere una tutela de especial urgencia; iv) no existe lesión de derecho fundamental comprometida; v) trata de un asunto que no corresponde ser resuelto en la vía constitucional; vi) no existe necesidad de tutelar de manera urgente el derecho constitucional invocado.

3.1. El RAC no está referido al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental

185

Este supuesto guarda absoluta relación con la causal de improcedencia establecida en el inciso 1 del artículo 5º del CPConst. De este modo, no procederá el RAC ante pretensiones que escapan del ámbito de protección o del contenido constitucionalmente protegido del derecho constitucional.

Si el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación permite acceder a una educación, la permanencia y el respeto a la dignidad del escolar, y la calidad de la educación; entonces el RAC será rechazado mediante sentencia interlocutoria si, por ejemplo, el recurrente solicita la gratuidad en una institución educativa privada, la construcción de colegios privados o la reducción del número de estudiantes en un salón de clases público o privado, etc. Y es que estas últimas pretensiones no forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la educación.

De igual forma, si el contenido constitucionalmente protegido del derecho de asociación permite conformar asociaciones (derecho a formar asociaciones), afiliarse a las organizaciones existentes y permanecer asociado

mientras no se incumplan las normas estatutarias; entonces el RAC será rechazado mediante sentencia interlocutoria si, por ejemplo, el recurrente solicita su reincorporación o reposición como asociado, no habiendo sufragado puntualmente las cuotas asociativas señaladas en el estatuto.

3.2. El RAC versa sobre un asunto materialmente excluido del proceso de tutela de que se trata

Este supuesto guarda alguna relación con la causal de improcedencia prevista en el artículo 5°, inciso 2, del CPConst., en tanto afirma que existe una vía judicial para tramitar la pretensión solicitada en la demanda constitucional. Esta vía judicial idónea, puede ser la constitucional o, en su defecto, la ordinaria.

De este modo, se rechazará el RAC si, por ejemplo, en un amparo se solicita el acceso de información que obra en una entidad pública, solicitud que debe ser promovida al interior de un proceso de hábeas data. También, se rechazará el RAC si en un amparo se solicita la libertad de un detenido sin mandato judicial, solicitud que debe ser promovida al interior de un proceso de hábeas corpus.

Forman parte de este supuesto, en un contexto de amparo o hábeas corpus contra resolución judicial, situaciones en los que el recurrente solicita el replanteo de lo resuelto en un proceso ordinario; la revaloración de pruebas actuadas por el juez ordinario; la reinterpretación, inaplicación, y aplicación de normas que fueron preponderantes para resolver el caso ordinario; puesto que dichas facultades corresponden ser ejercidas por la justicia ordinaria, y no por la constitucional.

3.3. El RAC no alude a un asunto que requiere una tutela de especial urgencia

Este supuesto guarda absoluta relación con la causal de improcedencia prevista en el artículo 5°, inciso 2, del CPConst., en tanto existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. Por esta razón, el amparo u otro proceso constitucional no prosperarán.

Presupone que los procesos constitucionales, aun cuando las pretensiones se encuentren dentro del contenido constitucionalmente protegido, solo están diseñados para proteger vulneraciones que revisten carácter de urgente o tengan la característica de grave, basadas en cuestiones de avanzada edad, enfermedad irreversible, irreparabilidad del derecho, etc. Si la vulneración no cumple tales características, entonces el asunto debe ser dilucidado en la vía ordinaria, a través de los procesos contenciosos administrativos, penales, laborales, civiles, etc. De este modo, no se tramitarán a través de los procesos constitucionales de la libertad, pretensiones relacionadas con el régimen laboral público; con el régimen de pensiones; con el sistema tributario (porque existe el proceso contencioso administrativo); con el régimen laboral privado (porque existe el proceso abreviado laboral); con la jurisdicción arbitral (porque existe el recurso de anulación de laudo arbitral); etc.

3.4. En el RAC no existe lesión de derecho constitucional comprometida

A diferencia de los demás supuestos que sustentan el rechazo del RAC, y justifican la emisión de una sentencia interlocutoria, el presente supuesto involucra un análisis de fondo respecto a la vulneración o no de un derecho constitucional. Se aplicará este supuesto si de la demanda, de las decisiones judiciales emitidas de primer y segundo grado, y de los recursos interpuestos, no se aprecia la vulneración a un derecho constitucional. Esto puede suceder porque el acto lesivo (una resolución administrativa, una resolución judicial, una resolución electoral, una carta de expulsión, etc.) se encuentra justificado en su emisión.

187

Cabe señalar que la intervención del acto lesivo en el derecho constitucional invocado, así como su incompatibilidad con la Constitución pasa, primero, por determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho constitucional invocado; segundo, por identificar cuál acto es el que se cuestiona; tercero, por verificar si dicho acto proyecta sus efectos sobre el ámbito constitucionalmente protegido del derecho invocado. Luego de lo cual, se procederá a evaluar la constitucionalidad de la intervención.

La otra forma de entender este supuesto, es que el acto lesivo no existe porque aún no ha sido expedido, tratándose éste de una conjeta o imagina-

ción del recurrente; o existiendo el acto lesivo el recurrente no lo ha acreditado ni ofrecido en su demanda o en el RAC, por lo que se tiene como inexistente.

3.5. El RAC trata de un asunto que no corresponde ser resuelto en la vía constitucional

En este supuesto, la cobertura de tutela que puede brindar un proceso constitucional (amparo, hábeas corpus, cumplimiento o hábeas data) resulta minimizada ante lo que pretende el recurrente, puesto que, por esencia, las sentencias que se emitan en los procesos constitucionales tienen naturaleza restitutiva, mas no constitutiva de derechos.

En este sentido, se rechazará el RAC, si, por ejemplo, en un amparo se solicita establecer los límites y linderos sobre un inmueble; solicitud que debe ser promovida en un proceso ordinario de rectificación de límites y linderos, que cuenta con etapa probatoria, y no en un amparo. También se rechazará el RAC si en un amparo se solicita declarar propietario de inmueble a una persona, por haber mantenido la posesión pacífica y constante por cierto número de años; solicitud que debe ser promovida en un proceso ordinario de prescripción adquisitiva de dominio, puesto que en el amparo no se declaran ni constituyen derechos de propiedad³.

El punto clave aquí es determinar que la estructura del proceso constitucional (breve y sumario), aun cuando se invoque o alegue la vulneración a un derecho constitucional, no se da abasto para tramitar o satisfacer las pretensiones planteadas en la demanda. Apelar al argumento de la inexistencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales (artículo 9º del CP Const.), resulta esencial para rechazar el RAC.

3.6. En el RAC no se evidencia la necesidad de tutelar de manera urgente el derecho constitucional invocado

Este supuesto alude al régimen de sustracción de la materia previsto en los artículos 1º y 5º.5 del CPCConst. De este modo, si la vulneración o la

³ Cfr. B. LÓPEZ FLORES, *Los medios probatorios en los procesos constitucionales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2012.

amenaza de vulneración al derecho constitucional cesaron luego de presentada la demanda, por decisión voluntaria del agresor, y esta no dejó agravios o secuelas en la esfera jurídica del recurrente, entonces se rechazará el RAC, vía sentencia interlocutoria. Igual rechazo se decretará si la vulneración al derecho constitucional se volvió irreparable.

La práctica procesal indica que la comunicación al Tribunal Constitucional informando sobre la situación de cese de la vulneración o amenaza y/o de la irreparabilidad es efectuada siempre por una de las partes en conflicto. En defecto de ello, el Tribunal Constitucional solicitará información, ya sea a las partes o a alguna entidad del Estado, a los efectos de tomar conocimiento sobre la subsistencia de la vulneración o amenaza.

En esta misma lógica, se rechazará el RAC si la vulneración o la amenaza de vulneración al derecho constitucional cesaron antes de presentada la demanda. Igual rechazo se decretará si la vulneración al derecho constitucional se volvió irreparable antes de presentada la demanda.

Este supuesto de rechazo del RAC, pone de relieve que se brindará tutela constitucional solo cuando subsista o persista la vulneración o amenaza a un derecho constitucional, y no cuando esta haya desaparecido o cesado.

189

4. Conclusiones: comentarios finales sobre el precedente «Vásquez Romero»

1. Ciertamente, la Constitución Política del Perú, en su artículo 200º, inciso 2, obliga al Tribunal Constitucional a pronunciarse en última y definitiva instancia, con motivo de la interposición del RAC. Sin embargo, esta norma constitucional no lo obliga a estimar el RAC por el fondo, ni mucho menos a declarar fundadas todas las demandas constitucionales. Se cumple con tal exigencia constitucional, cuando el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el RAC, sea por la forma (emitiendo una sentencia interlocutoria o un auto de improcedencia), sea por el fondo (estimando o desestimando una demanda constitucional).

2. No existe impedimento alguno para que la causal de rechazo del RAC, referida a que se haya decidido de manera desestimatoria en casos

sustancialmente iguales, sea evaluada no solo sobre resoluciones expedidas por el Tribunal Constitucional, sino también sobre las resoluciones del Poder Judicial. En efecto, la cosa juzgada en la justicia constitucional puede ser generada tanto por el Tribunal Constitucional (en última y definitiva instancia) como por el Poder Judicial (en segunda instancia). Por lo tanto, una misma parte que acudió al Poder Judicial para solucionar una determinada controversia constitucional u ordinaria, puede intentar promoverla nuevamente, pudiendo esta llegar a conocimiento del Tribunal Constitucional, situación en la cual operaría esta causal de rechazo.

3. Que no haya vista de la causa, previa a la emisión de una sentencia interlocutoria, es una medida que, en alguna manera, alivia la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional. De este modo, ahora, dedicará toda su atención a las causas que revistan especial trascendencia constitucional.

4. ¿El Poder Judicial puede rechazar (no conceder) el RAC aplicando las causales establecidas en el precedente Vásquez Romero? Una respuesta afirmativa, lo sustentaría en que lo redefinido por el Tribunal Constitucional ha sido el RAC. Esa redefinición (interpretación) se incorpora al artículo 18º del CPConst. Lo curioso de este razonamiento es que ciertamente se cerrarían las puertas del RAC, pero automáticamente se abrirían las puertas del recurso de queja (por denegatoria del RAC), con lo cual el Tribunal Constitucional tendría que pronunciarse obligatoriamente.

5. La causal de rechazo del RAC cuando contradiga un precedente del Tribunal Constitucional, no congela ni impide la emisión de nuevos precedentes, puesto que los precedentes, a partir de ahora, serán seleccionados del universo de casos que pasen el filtro de la sentencia interlocutoria, es decir, de casos que revisten especial trascendencia constitucional.

6. Si para rechazar el RAC el Tribunal Constitucional emite sentencias interlocutorias, entonces resulta lógico pensar que contra ella solo cabrían los pedidos de aclaración o subsanación, al amparo del artículo 121º del CP Const.

El requisito «especial trascendencia constitucional» como rechazo *in limine* exigido por la Constitución

✉ JUAN MANUEL SOSA SACIO*

Sumario:

1. Introducción; 2. Acceso del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional y contexto del precedente establecido en el caso Vásquez Romero (STC N° 00987-2014-AA/TC); 3. Rechazo liminar a través de sentencia interlocutoria desestimatoria; 4. La «especial trascendencia constitucional», 4.1. «Especial trascendencia constitucional» y contenido constitucionalmente protegido, 4.2. «Especial trascendencia constitucional» y existencia de una vía igualmente satisfactoria, 4.3. «Especial trascendencia constitucional» y amparo contra resoluciones judiciales; 5. A modo de conclusión.

1. Introducción

191

La «especial trascendencia constitucional» pertenece a la terminología del derecho procesal constitucional y hace alusión, cuando menos inicialmente, a un filtro para limitar la procedencia de los recursos ante los tribunales constitucionales.

La expresión, ciertamente, evoca el debate ocurrido a fines del siglo XX como consecuencia de la abultada sobrecarga procesal que aquejaba al Tribunal Constitucional Federal alemán, que –según fue diagnosticado– suponía «una amenaza para su propia capacidad operativa»¹. Ante ello, con el objeto de buscar una solución a ese grave problema, en 1996 se instaló la llamada «Comisión Benda», cuyo trabajo se plasmó en un conocido informe,

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor universitario y asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Miembro de *Constitucionalismo Crítico*.

¹ J. WIELAND, «El *Bundesverfassungsgericht* en la encrucijada», en *Teoría y realidad constitucional*, núm 4, segundo semestre, UNED, 1999, p. 127.

en el que se recomendaban algunas reformas para permitir que el Tribunal alemán optimice su trabajo y pueda proteger de mejor modo y con menos demora los derechos². Ahora bien, con estas recomendaciones se buscaba remediar aquello que no pudo lograrse con la anterior reforma legislativa de 1993³, dada con el mismo propósito y que estableció el criterio de «trascendencia constitucional» (*verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt*) como filtro para la procedencia de los recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerde*⁴), con el cual se pretendió «flexibilizar al máximo la admisión de los recursos sin renunciar a su carácter reglado»⁵.

Por su parte, el Tribunal Constitucional de España se enfrentó a un similar drama. Siguiendo de cerca el debate alemán⁶, y ya iniciado el siglo XXI, los españoles también incorporaron el criterio de «especial trascendencia constitucional», mediante una modificación a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 6/2007)⁷. Esta reforma, que luego fue perfeccionada por la jurisprudencia del Alto Tribunal español (STCE 155/2009), tuvo la finali-

² Cfr. WAHL, Rainer y J. WIELAND, «La justicia constitucional como bien escaso: el acceso al *Bundesverfassungsgericht*», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 17, núm. 51, p. 11 y ss. P. LÓPEZ PIETSCH, «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la comisión Benda y el debate español», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, núm. 53, mayo-agosto 1998, pp. 117-122.

³ En especial, nos referimos a la modificación del § 93 de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*). Ahora bien, con alcanzar sus objetivos, en Alemania se emprendieron diversas reformas, no solo legislativas, no obstante lo cual hasta el momento no llega a solucionarse aún el problema; cfr. M. HERNÁNDEZ RAMOS, «El Tribunal Constitucional Federal Alemán aún en la encrucijada. Balance de medio siglo de reformas del trámite de admisión de la *Verfassungsbeschwerde*», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 30, núm. 88, enero-abril 2010, p. 83 y ss.

⁴ La referencia es al «recurso de amparo» alemán (*Verfassungsbeschwerde*), que, a grandes rasgos, es un recurso de «queja constitucional» que se interpone ante el propio Tribunal, por afectaciones de derechos fundamentales provenientes de autoridades públicas, una vez agotados los recursos existentes.

⁵ P. LÓPEZ PIETSCH, «Objetivar el recurso de amparo...», *op. cit.*, p. 118. Sobre esta reforma, J. L. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, «Seleccionar lo importante. La reciente reforma del trámite de admisión de la *Verfassungsbeschwerde*», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, núm. 41, mayo-agosto 1994, p. 139 y ss.

⁶ Cfr. P. LÓPEZ PIETSCH, «Objetivar el recurso de amparo...», *op. cit.*, p. 137 y ss.

⁷ Sobre los diversos cambios contenidos en la LO 6/2007, *vid.* M. ARAGÓN, «La reforma de la ley orgánica del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 29, núm. 85, enero-abril 2009, pp. 11-43.

dad de «objetivar» el recurso de amparo, limitando su admisión solo a casos relevantes desde una perspectiva objetiva, es decir, aquellos cuya resolución puedan tener impacto en el derecho objetivo⁸.

Las experiencias reseñadas podrían hacernos creer que la incorporación en nuestro medio del requisito de «especial trascendencia constitucional», contenido en el precedente constitucional fijado en el caso Vásquez Romero (STC Exp. N° 00987-2014-AA/TC) sería un mero trasplante jurídico, es decir, un ejemplo de importación mecánica de una institución de matriz exótica, como si se tratara de un mueble para armar, que puede ser llevado de un lado a otro para instalar y utilizar, sin que importe tanto el contexto⁹.

Tal conclusión, tal vez producto de una lectura apresurada del precedente, aunque justificada en parte por cierta práctica jurisprudencial del Tribunal¹⁰, sería equivocada. No estamos realmente ante un caso ni de importación forzada o de bricolaje jurídico. Estaríamos, más bien, ante un caso de *tropicalización* del término, que no la institución, «especial trascendencia constitucional».

193

Si bien es cierto que el uso de este término podría generar confusiones, creemos que bastaría con una lectura superficial del precedente del caso Vásquez Romero para tener claro que el Tribunal no ha buscado trasplantar a nuestro medio la institución alemana o española de la «especial trascendencia

⁸ D. ORTEGA GUTIÉRREZ, «La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado. De la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de junio», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, UNED, 2010, p. 497 y ss.; Y. ESQUIVEL ALONSO, «El requisito de la especial trascendencia constitucional: “decidir no decidir”», en *Estudios de Deusto*, vol. 61/2, Bilbao, julio-diciembre 2013, p. 173 y ss.

⁹ Evidentemente, no podríamos analizar ni discutir sobre esto aquí y ahora. En todo caso, en el ámbito constitucional, cfr. G. FRANKENBERG, «Constitutional transfer: the IKEA theory revisited», en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, núm. 3, Oxford University Press, 2010, pp. 563-579; M. TUSHNET, «The possibilities of comparative constitutional law», en *The Yale Law Journal*, vol. 108, Issue 6, abril 1999, p. 1285 y ss.

¹⁰ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene muchos ejemplos de trasplantes jurídicos realizados sin que se haya sopesado suficientemente los contextos diferentes y los efectos de tal importación. No obstante, creemos que el balance sobre las consecuencias de ello, felizmente, ha sido positivo. Sobre varias de estas instituciones trasplantadas, *vid. AA.VV., Compendio de instituciones procesales creadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2009.

constitucional», ni tampoco alguna parecida, como podría ser el *writ of certiorari* (al que tanto se ha hecho referencia tras la publicación del precedente¹¹). Si bien la justificación contenida en la sentencia que contiene el precedente ha sido escueta en este punto, algunos magistrados del Tribunal se han referido a ello con toda claridad¹². En efecto, atendiendo a esto último y a lo que ha venido resolviendo el Tribunal Constitucional en aplicación del precedente, el requisito de «especial trascendencia constitucional» en nuestro país no podrá entenderse como una «objetivación» del amparo (privilegiándose, al momento de admitir el recurso, la importancia que el caso pueda tener para el derecho y los derechos desde una perspectiva objetiva, antes que procurando la concreta protección del demandante), que es básicamente la forma como se ha entendido este filtro en Alemania y España, según lo explicado¹³.

Lo que ha ocurrido es que, en un contexto crítico similar al de los mencionados países, el Tribunal Constitucional peruano ha encontrado una respuesta propia, que tiene en cuenta lo constitucionalmente posible en nuestra realidad. Así, debido a que nuestro Tribunal Constitucional por mandato constitucional es *prima facie* un órgano de instancia con respecto al amparo, no podía habilitarse a sí mismo, mediante creación pretoriana, a rechazar recursos de agravio constitucional por falta de importancia objetiva y de manera

¹¹ Como se sabe, el *writ of certiorari* otorga plena discrecionalidad a la Corte Suprema estadounidense para decidir rechazar o abocarse a un caso puesto a su consideración (rechazo que puede hacerse inmotivadamente inclusivo).

¹² Cfr. E. ESPINOSA-SALDAÑA, «Justificación y alcances del nuevo precedente del TC», en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, núm. 81, Lima, Gaceta Jurídica, setiembre 2014, p. 22; M. LEDESMA NARVÁEZ, «La mejor manera de defender al ciudadano es privilegiar casos que realmente se requieran proteger», en *Actualidad Jurídica*, núm. 250, Lima, Gaceta Jurídica, setiembre 2014, p. 15; E. BLUME, «La sentencia interlocutoria denegatoria», en *V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. A diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional*, Arequipa, Adrus, 2014.

¹³ Cfr. S. ABAD YUPANQUI, «El acceso al Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional. Un balance necesario: diez años después», en *El debate en torno a los límites al recurso de agravio constitucional*, P. GRÁNDEZ (coordinador), Lima, Palestra, 2014, p. 35. El profesor Abad considera, luego de atender a lo escrito por los magistrados Espinoza-Saldaná, Ledesma y Blume en sus trabajos sobre este tema: «parece evidente que, pese a la inspiración en la reforma a la LOTC española, la intención de quienes ha introducido este motivo de impugnación no ha sido objetivar al cien por ciento al proceso de amparo, sino mantener una tutela subjetiva. Es decir, parecería que se ha acogido una interpretación mixta (objetiva-subjetiva)».

discrecional (o quasi-discrecional, creando causales de rechazo tan abiertas que, en la práctica, impliquen lo mismo). Contra lo que se pudiera creer (o querer), nuestro Tribunal hoy no es exclusivamente una «corte de precedentes»; ello viene dispuesto así (cuando menos inicialmente) por la propia Constitución.

Por todo lo anotado, la aproximación que haremos al tantas veces mencionado requisito de «especial trascendencia constitucional» no estará vinculada al quehacer del comparatista jurídico, cuya disciplina es tan apasionante como compleja. En este sentido, nuestro análisis se distanciará de los casos foráneos en los que se ha usado a la «especial trascendencia constitucional» como filtro, más o menos discrecional y de relevancia objetiva, para denegar el acceso a los tribunales constitucionales. Así, el propósito de nuestro trabajo más bien estará encaminado a presentar aquello que sí podría (o aquello que debería) entenderse por «especial trascendencia constitucional» en nuestro contexto, según lo previsto en nuestra Constitución y lo que ha venido resolviendo de manera inicial nuestro Tribunal Constitucional.

A estos efectos, dividiremos este trabajo en tres partes; una primera en la que nos referiremos al contexto que justifica la emisión del precedente contenido en el caso Vásquez Romero; una segunda, en la que brevemente nos referiremos al tipo de rechazo previsto en el precedente y a la resolución que lo contiene («sentencia interlocutoria denegatoria»); y una última, en la que entraremos de lleno a explicar nuestra concepción de especial trascendencia constitucional, que, como explicaremos alude a algunos supuestos de rechazo liminar que se desprenden de la propia Constitución.

195

2. Acceso del Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional y contexto del precedente establecido en el caso Vásquez Romero (STC N° 0987-2014-AA/TC)

Como lo adelantamos, el precedente del caso Vásquez Romero fue emitido en un contexto de atiborramiento de expedientes en el Tribunal Constitucional; problema que no es nuevo y que, desde hace mucho, impide materialmente al Tribunal atender las causas de manera célere. Sin embargo, como veremos, la finalidad de este precedente no fue el deshacerse, a cualquier precio, del bulto procesal; sino optimizar sus recursos escasos para cumplir adecuadamente con sus funciones, sin desproteger a los recurrentes.

Efectivamente, la carga procesal del Tribunal Constitucional ha sido y es enorme, llegando el 2006 a un pico de 11 150 expedientes nuevos ingresados solo en ese año. Si bien en los años siguientes hubo un descenso en las causas recibidas, según los datos disponibles más actuales, la cantidad de expedientes ingresados estaría por alcanzar una nueva cima en los meses o años que siguen¹⁴. Como consecuencia de esto, los expedientes pendientes por resolver se han ido acumulando año a año, llegando este 2015 a un récord histórico¹⁵.

Ahora bien, como es evidente, la cantidad de expedientes que ingresan no es algo que pueda controlar el Tribunal Constitucional. Empero, lo que sí está en sus manos es organizarse y decidir lo necesario para procurar resolver prontamente los casos que llegan a su sede, sin disminuir la calidad de la tutela que merecen las partes.

Por ello, una tarea que asumió la nueva composición del Tribunal Constitucional¹⁶ fue reflexionar sobre el acceso a dicha instancia, no con la finalidad de liberarse de casos, sino con el propósito de realizar mejor su labor, atendiendo oportuna y eficientemente a aquellos casos que realmente requieren tutela:

[U]na preocupación de esta actual composición del Tribunal Constitucional, recogiendo los avances y demás experiencias de sus antecesores, es la de posicionar cada vez más a este Colegiado en su labor de inter-

¹⁴ Efectivamente: en lo que va del año 2015 (hasta el 7 de julio), han ingresado al Tribunal 4 280 expedientes. Si la frecuencia de causas ingresadas continúa, hacia fines del 2015 se habría recibido alrededor de 9 000 expedientes nuevos, la mayor cifra luego del pico alcanzado el 2006.

¹⁵ En lo que va del año 2015 (hasta el 7 de julio) se ha llegado a un total de 9 601 expedientes pendientes de resolver, cifra que es la mayor en la historia del Tribunal. El pico anterior se alcanzó el año 2007, cuando la carga procesal llegó a los 8 489 expedientes pendientes de respuesta.

¹⁶ Como se recordará, los primeros días de junio de 2014 asumieron el cargo de juez del Tribunal Constitucional seis nuevos integrantes (de un total de siete). El magistrado que continuó en funciones, Óscar Urviola Hani, fue ratificado como presidente de la institución. El cambio significó la esperanza de que el Tribunal regenera su legitimidad, frente a los vicios y cuestionamientos de la composición saliente.

pretación vinculante y control con un estricto respeto a una corrección funcional. Para el mejor cumplimiento de estas importantes tareas, se buscará entonces asegurar la mayor claridad en la configuración de los medios a utilizar, y garantizar en lo posible la resolución de las controversias sometidas en su conocimiento dentro de un plazo razonable y en un escenario con plena vigencia del derecho a un debido proceso.¹⁷

Pero, ¿de qué forma podría lograrse la tutela célebre de derechos sin sacrificar las garantías procesales a favor de los recurrentes? Entre otras medidas, el Tribunal decidió prestar atención a aquellos casos claramente destinados al fracaso y que no hacían sino distraerle de su tarea de proteger los derechos de manera urgente. Como en su momento lo explicó el Presidente del Tribunal Constitucional, a dicha sede llega una enorme cantidad de causas que terminan siendo declaradas improcedentes (aproximadamente un 80%), lo que acarrea la dilapidación de recursos públicos valiosos, no solo económicos (se gastan 9 millones de soles anuales por improcedencias, a razón de 2 mil 900 soles por cada una), sino «tiempo que bien podría ser utilizado para resolver otras causas»¹⁸.

197

Esta enorme cantidad de recursos ingresados sin posibilidad de éxito, qué duda cabe, juega contra el derecho a la tutela procesal efectiva de todos los accionantes. En ese marco, es que se emitió el precedente del caso Vásquez Romero, que autoriza al Tribunal a tratar diferente supuestos claramente distintos. En otras palabras: libera al Tribunal de proceder del mismo modo en las causas manifiestamente improcedentes y en las demás, como si todas ellas merecieran igualmente un análisis de fondo (debiéndose entonces programar vistas de la causas, proyectar resoluciones, sesiones de salas o de pleno, etc.).

De esta forma, pensando en tales casos manifiestamente improcedentes, a través del referido precedente el Tribunal ha establecido algunos criterios conforme a los cuales rechazará los recursos de agravio «sin más trámite»:

¹⁷ E. ESPINOSA-SALDAÑA, «Apreciaciones personales sobre líneas jurisprudenciales que debería abordar el Tribunal Constitucional peruano», en *Actualidad Jurídica*, núm. 248, Lima, Gaceta Jurídica, julio 2014, p. 222.

¹⁸ «Garantías improcedentes generan gasto innecesario al TC» [en línea]. Diario *Correo*, 18 de julio de 2014 [consultado el 24 de mayo de 2015]. Disponible en: <<http://diariocorreo.pe/ciudad/garantias-improcedentes-generan-gasto-innece-17953/>>.

48. A fin de optimizar adecuadamente el derecho a la tutela procesal efectiva, el Tribunal considera indispensable en esta ocasión explicitar los supuestos en que, sin más trámite, emitirá sentencia interlocutoria denegatoria, estableciendo el precedente vinculante que se desarrolla en el siguiente fundamento 49.

49. El Tribunal Constitucional emitirá sentencia interlocutoria denegatoria cuando:

- a) Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque;
- b) La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional;
- c) La cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional;
- d) Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

La citada sentencia se dictará sin más trámite.

En otras palabras, el Tribunal indica que rechazará los recursos de agravio constitucional: (1) si la afectación alegada no se encuentra mínimamente sustentada; (2) si el caso no reviste «especial trascendencia constitucional»; o si lo pretendido (3) contradice precedentes constitucionales o (4) jurisprudencia en la que resuelva casos sustancialmente iguales. Se descarta, así, la tramitación de recursos claramente mal planteados, constitucionalmente insulsos u opuestos a los criterios jurisprudenciales del Colegiado, los cuales ineluctablemente serían rechazados. Con ello, antes que deshacerse sin más (indiscriminada o irregularmente) de la carga procesal pendiente, el Tribunal busca evitar, de manera razonada y responsable, la dilapidación de un bien valioso y escaso como es la administración de justicia constitucional¹⁹ con asuntos que, o bien jamás debieron ser llevados a sede constitucional, o que claramente van a ser rechazados al momento de que se emita sentencia. Como se ha explicado:

No se trata de una reducción de carga procesal sino de mejorar el posicionamiento del Tribunal Constitucional en la tutela de derechos [...] La urgencia de la afectación es lo que nos mueve a tomar medidas que nos permitan responder dentro de plazos razonables y no bajo respuestas de una justicia constitucional tardía, por la sustracción de la materia. De

¹⁹ Cfr. R. WAHL y J. WIELAND, «La justicia constitucional como bien escaso...», *op. cit.*, p. 35.

ahí que se ha entendido que la mejor manera de proteger al ciudadano, que anhela una tutela constitucional es privilegiando casos que realmente se requiere proteger, de ahí que esta calificación previa que se hará en atención al precedente ubicará al Tribunal en casos en los que sí haya una clara afectación a un caso con un contenido constitucionalmente protegido.²⁰

Por cierto, esta no es la primera vez que el Tribunal Constitucional se propone optimizar y ordenar el acceso a su sede. Antes, en el caso Sánchez Lagomarcino Ramírez (STC Exp. N° 2877-2005-PHC/TC), el Tribunal hizo un ejercicio similar, fijando supuestos de «improcedencia del recurso de agravio constitucional», con calidad de precedente constitucional. Sin embargo, luego de ello, y a pesar de cambiarse el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional recogiendo lo contenido en dicho precedente²¹, este tuvo una implementación inocua, que no generó el cambio deseado. De esta manera, las causas improcedentes y manifiestamente infundadas siguieron abultando las cifras de carga procesal pendiente²².

En efecto, esto fue constatado por el Tribunal Constitucional en el caso Vásquez Romero:

43. Lamentablemente, y a pesar de la claridad del precedente [del caso Sánchez Lagomarcino Ramírez] y su obligatoriedad general, se repiten casos como el presente en el que se interpone un Recurso de Agravio Constitucional manifiestamente infundado, que se limita a invocar

²⁰ M. LEDESMA NARVÁEZ, «La mejor manera de defender al ciudadano...», *loc. cit.* Véase, igualmente, E. ESPINOSA-SALDAÑA, «Notas sobre el precedente ‘Vásquez Romero’, su finalidad, el contexto de su configuración y sus alcances», en *El debate en torno a los límites al recurso de agravio...*», *op. cit.*, pp. 106-108; igualmente, «Justificación y alcances del nuevo precedente del TC», *op. cit.*, pp. 22 y 23.

²¹ Por lo menos lo dispuesto en el fundamentos jurídico 28. Téngase en cuenta que en este caso el Tribunal usó la técnica del precedente de manera particularmente defectuosa, fijando como dándoles calidad de precedente, por ejemplo, a una descripción superficial de las «experiencias comparadas (básicamente, estadounidenses, hispanas y germánicas)», cuyo inclusión tenía como propósito tomar en cuenta sus principales aportes.

²² Incluso más: el precedente del caso Sánchez Lagomarcino Ramírez puede considerarse como un caso excepcional de precedente constitucional que estaba a punto de perder vigencia por descuido.

formalmente derechos reconocidos por la Constitución, pero con una completa carencia de fundamento.

En este contexto, la virtud del precedente establecido en el caso Vásquez Romero no ha sido propiamente la creación de nuevas reglas procesales o procedimentales. Su principal aporte es que precisa, sistematiza e implementa efectivamente otras reglas ya existentes. Como se recuerda en la referida sentencia, el Tribunal antes ya había buscado constreñir a los recurrentes a través del precedente del caso Sánchez Lagomarcino Ramírez y del artículo 11° de su Reglamento Normativo, estableciendo requisitos sustantivos para la procedencia del recurso de agravio. Tales requisitos, por cierto, tampoco establecían exigencias muy diferentes a las ya contenidas en el ordenamiento procesal constitucional: a lo previsto, por ejemplo, en los artículos 38° y 5°, inciso 1 (la pretensión debe estar referida al contenido protegido del derecho); en el artículo 42°, incisos 4 y 6 (la demanda debe contener la relación de hechos lesivos y la expresión clara de agravios); o en los artículos VI y VII del Título Preliminar (los jueces están vinculados a la jurisprudencia y los precedentes constitucionales). Estos criterios y requisitos, como puede apreciarse sin dificultad, sustentan también lo dispuesto en el caso Vásquez Romero.

200

En suma, el precedente del caso Vásquez Romero no busca deshacerse sin más de casos (cosa que sí habrían buscado anteriores precedentes del Tribunal²³), sino poder atender en mejores condiciones los casos que en verdad son constitucionalmente relevantes.

3. Rechazo liminar a través de sentencia interlocutoria desestimatoria

Por otra parte, tras la publicación del precedente, en algunos se generó cierto resquemor por la posible afectación del derecho de acceso a un mecanismo rápido y efectivo (artículo 25° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), atendiendo a las reglas sobre el recurso de agravio

²³ Por ejemplo, a través de listas de materias que, de pronto, ya no podrían resolverse en sede constitucional. Cfr. los precedentes dictados en los casos Anicama Hernández (STC Exp. N° 1417-2005-AA/TC) y Baylón Flores (STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC).

constitucional sistematizadas en el caso Vásquez Romero. Al respecto, debe tenerse en cuenta que este precedente, en realidad, no dispone algo muy distinto a lo que ya hacen los jueces constitucionales de primer y segundo grado cuando rechazan *in limine* demandas de tutela de derechos, debido a que incurren en las causales de improcedencia contenidas en el artículo 5º del Código Procesal Constitucional.

En efecto, lo previsto en el precedente puede considerarse sin problemas como una habilitación para rechazar liminarmente las causas, lo cual, siguiendo la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, jamás puede hacerse de modo ligero y menos aún arbitrario²⁴. Este tipo de rechazo, así entendido, tendría más que ver con malas prácticas de abogados y recurrentes –cuando menos aquellos que presentan demandas improcedentes o manifiestamente infundadas–, antes que con la iniquidad de los jueces o su nula voluntad de resolver.

Ahora bien, y señalado lo anterior, una cuestión controvertida es si este rechazo liminar es solo con respecto al recurso de agravio o si implica un pronunciamiento de mérito sobre el contenido de la demanda. Más allá de las precisiones conceptuales que corresponderá hacer a los especialistas en derecho procesal, por nuestra parte consideramos que puede hacerse una distinción útil entre los requisitos para la procedencia del recurso de agravio previstos en el precedente, a efectos de esclarecer este punto.

201

Efectivamente, consideramos que las causales referidas a la falta de fundamentación y de especial trascendencia constitucional pueden ser consideradas como «causales de improcedencia» que permiten rechazar sin más trámite el recurso de agravio («juicio de improcedencia»); mientras que las causales referidas a que el recurso contradice precedentes constitucionales o jurisprudencia anterior aludirán a rechazos liminares debido a que lo pretendido no podrá ser acogido por el juzgador, pues previamente fue descartada dicha tutela (se trataría de un «juicio de improponibilidad»²⁵), lo cual podría

²⁴ Cfr. RTC Exp. N° 03321-2011-AA/TC, fundamento 3; RTC Exp. N° 02039-2010-AA/TC, fundamento 5.

²⁵ Cfr. J. PEYRANO, «Control judicial de atendibilidad. Balanceo de lo dispares», en *La Ley*, Año LXXIV, núm. 156, Buenos Aires, agosto 2010, pp. 1-2; I. HUNTER AMPUERO, «El

considerarse tanto un rechazo del recurso de agravio como de la pretensión del amparo (que en parte viene contenida en el recurso).

Por último, antes de terminar este apartado, vale la pena precisar, aunque muy brevemente, que el nombre «sentencia interlocutoria» no es una antigua recuperada de la «noche de los tiempos», como se ha sostenido²⁶. El artículo 47º del Reglamento Normativo del TC ya preveía –valgan verdades, sin emplear una depurada técnica procesal– la existencia de «sentencias interlocutorias». Efectivamente, el segundo párrafo de esta disposición indica que:

Mediante las sentencias interlocutorias se resuelve la admisibilidad o inadmisibilidad de la demanda de constitucionalidad o del conflicto de competencia o de atribuciones; la indebida concesión del recurso de agravio constitucional; y la acumulación de procesos.

Atendiendo a lo contenido en el referido artículo, las «sentencias interlocutorias» serían sustancialmente de autos que no se pronuncian sobre el fondo, contra los que eventualmente cabría interponer recursos de reposición.

Así visto, y si bien, en general, es cierto que la referencia a «sentencias interlocutorias» en el derecho procesal está reservada a autos intermedios (y no para resoluciones que ponen fin a la instancia o al proceso), no puede obviarse que nuestro derecho positivo –del que forma parte el mencionado Reglamento Normativo– considera como sentencia interlocutoria, por ejemplo, a la resolución que emite el Tribunal ante la «indepida concesión del recurso de agravio constitucional». Siendo así, no resultaba forzado o imperitante asimilar el rechazo del recurso de agravio previsto por el precedente con lo que, conforme al reglamento, se denomina «sentencia interlocutoria». En cualquier caso, el Tribunal Constitucional en su momento podrá plan-

poder del juez para rechazar in limine la demanda por manifiesta falta de fundamento», en *Ius et Praxis*, vol. 15, núm. 2, Talca, Universidad de Talca, 2009. Peyrano se refiere a un «juicio de fundabilidad en abstracto de la demanda» y Hunter a un «juicio prematuro de hipotética acogibilidad de la pretensión».

²⁶ E. ARIANO DEHO, «¿Nihil sub sole novi? Reflexiones sueltas sobre el primer ‘precedente’ vinculante del ‘neo’ TC», en *Actualidad Jurídica*, núm. 250, Lima, Gaceta Jurídica, setiembre 2014, p. 18.

tearse la corrección o pertinencia de los términos con los que actualmente son calificadas a estas resoluciones.

4. La «especial trascendencia constitucional»

Se ha descartado, conforme ya ha sido explicado, que la «especial trascendencia constitucional» pueda ser entendida en el Perú como una puerta abierta para el *certiorari* o para sus variantes europeas descafeinadas. Ahora bien, esta constatación no pretende negar los aportes que una institución como el *certiorari* pueda reportar al trabajo y a la legitimidad de las altas cortes. Tan solo revela que una figura como el rechazo discrecional de los recursos de agravio, no se condice inicialmente con el modelo de tribunal o alta corte constitucional planteado en nuestro país por el constituyente y el legislador²⁷.

Dejando claro lo que no es, ¿qué es (o puede ser) entonces «especial trascendencia constitucional» en nuestro medio? A nuestro parecer, y nos dedicaremos a explicar esto en lo que sigue, la noción «especial trascendencia constitucional» alude a *lo que puede ser llevado al amparo por tratarse de asuntos trascendentales según la Constitución* (y según el Código Procesal Constitucional, norma de desarrollo constitucional que satisface la reserva de ley orgánica prevista por el constituyente a favor de los procesos constitucionales²⁸). Así, conforme a esta causal de rechazo del recurso de agravio constitucional, solo podría llevarse al TC aquello que la Constitución prescribe que puede verse a través de amparo, y rechazarse liminarmente aquello que no.

203

Ahora bien, ¿acaso la Constitución no señala, de manera general, que el amparo procede frente a la afectación o amenaza de cualquier derecho fun-

²⁷ De hecho, nos parece sumamente atractiva la idea de que el Tribunal Constitucional pueda conocer solo algunos casos, en especial aquellos trascendentales desde un punto de vista objetivo. Un buen listado sobre asuntos que tendrían esta importancia aparece en: E. ESPINOZA-SALDAÑA, «Notas sobre el precedente ‘Vásquez Romero’...», *op. cit.*, pp. 110-111.

²⁸ El artículo 200º de la Constitución establece una reserva de ley orgánica: «Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas». Por ello, el Código Procesal Constitucional fue aprobado con los recaudos formales que requiere este tipo de leyes.

damental (salvo los protegidos mediante el hábeas corpus y el hábeas data), sin hacer ninguna excepción? Esto solo es parcialmente verdad. Siendo así, es necesario hacer algunas precisiones, las cuales además permitirán sustentar nuestra concepción de «especial trascendencia constitucional».

Lo primero que vamos a indicar es que la posición que expondremos buscar ser respetuosa de lo que sostuvo el TC en el caso Vásquez Romero:

50. Existe una cuestión de especial trascendencia constitucional cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental.

Asimismo, está en armonía con lo que viene resolviendo el Tribunal en práctica, a través de sus sentencias interlocutorias. En estas, cuando utiliza la causal de «especial trascendencia constitucional», señala lo siguiente:

204

2. En el presente caso se evidencia que el recurso de agravio no está referido a una cuestión de derecho de especial trascendencia constitucional.

Al respecto, un recurso carece de esta cualidad cuando su contenido no está referido al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; cuando versa sobre un asunto materialmente excluido del proceso de tutela de que se trata; o, finalmente, cuando lo pretendido no alude a un asunto que requiere una tutela de especial urgencia.

Expresado de otro modo, y teniendo en cuenta lo precisado en el fundamento 50 de la STC 00987-2014-PA/TC, una cuestión no reviste especial trascendencia constitucional en los siguientes casos: (1) si una futura resolución del Tribunal Constitucional no soluciona algún conflicto de relevancia constitucional, pues no existe lesión a algún derecho fundamental comprometido o se trata de un asunto que no corresponde ser resuelto en la vía constitucional; o, (2) si no existe necesidad de tutelar de manera urgente el derecho constitucional invocado y no median razones subjetivas u objetivas que habiliten a este órgano colegiado a emitir un pronunciamiento de fondo.²⁹

²⁹ Cfr., por ejemplo, la SID del Exp. N° 00859-2014-HC/TC.

Lo señalado por el Tribunal en las dos citas precedentes es, creemos, claramente reconducible a algunas causales de improcedencia previstas en el Código Procesal Constitucional, pero que se sustentan de manera directa en la Constitución. Estas causales de improcedencia son las que se refieren a: i) la falta de referencia al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados; ii) la existencia de una vía igualmente satisfactoria; iii) el cuestionamiento de resoluciones judiciales emanadas de procesos regulares; y, iv) el cuestionamiento de normas legales heteroaplicativas. Explicaremos a continuación lo indicado.

4.1. «Especial trascendencia constitucional» y contenido constitucionalmente protegido

La Constitución señala que la finalidad del amparo es la tutela de la mayoría de derechos constitucionales. De ese modo, como es obvio, no podrían ser protegidas a través de este proceso aquellas cuestiones que, pese a tratarse de intereses particulares relevantes o de asuntos socialmente valiosos, no están directamente involucradas con contenidos iusfundamentales.

205

Esto es, pues, lo que prescriben también los artículos 5º, inciso 1, y 38º del Código Procesal Constitucional:

Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado
[...]

Artículo 38.- Derechos no protegidos

No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo.

De esta forma, si al revisar el recurso de agravio constitucional (y/o demás piezas del expediente) el Tribunal verifica que la tutela solicitada no está dirigida a la real protección de un derecho constitucionalmente garantizado, por tratarse de un asunto no que merecía tutela a través del amparo, por la misma razón debería rechazar de plano el recurso de agravio.

En otras palabras, conforme la diseño constitucional del amparo, podemos afirmar que un asunto que no involucra ningún contenido ius-fundamental carece de «especial trascendencia constitucional» y merece ser rechazado sin mayor trámite.

4.2. «Especial trascendencia constitucional» y existencia de una vía igualmente satisfactoria

Por otra parte, como fue mencionado someramente antes, de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda persona debe contar con un recurso rápido que permita la tutela efectiva de sus derechos constitucionales:

Artículo 25. Protección Judicial

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.

206

En atención a ello, en nuestro país se ha previsto al proceso de amparo como el principal mecanismo de tutela judicial de los derechos constitucionales, el cual debe ser célere y tuitivo, sin ritualismos que ralenticen la protección³⁰. Ahora bien, la existencia de este proceso no descarta que pueda haber otros procesos a través de los cuales se pueda proteger los derechos fundamentales de manera efectiva y óptima.

Con respecto al proceso de amparo, este fue desarrollado por el legislador en el Código Procesal Constitucional, consagrándose allí un modelo de «amparo subsidiario»:

Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando: [...]

³⁰ Incluso más, el Tribunal Constitucional se ha referido a la existencia de un «derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales» como un auténtico derecho subjetivo-constitucional; *vid.* STC N° 1230-2002-HC/TC, fundamento 4.

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado [...].

Conforme a este modelo, si existe una vía judicial ordinaria (por ejemplo: civil, laboral, comercial, contencioso-administrativa, etc.) en la que pueda tutelarse de manera igual o similar los derechos constitucionales que se alegan conculcados o amenazados, deberá preferirse dicha vía, en vez de acudir al amparo. Esto, con la finalidad de mantener al amparo como una vía sencilla y rápida, en la que pueda conseguirse una tutela eficaz de los derechos.

Ahora bien, la opción del amparo subsidiario, aunque no es la única forma de regular este proceso, no desprotege a las personas ni se trata de una alternativa inconstitucional, pues se encuentra dentro del marco constitucional y convencional³¹. No obstante, lo anterior se mantiene como cierto únicamente a condición de que los derechos fundamentales, en cualquier caso, puedan ser protegidos de manera célere e idónea en la vía que corresponda (trátese del amparo o de una vía ordinaria)³².

207

Así considerado, se explica por qué el Tribunal Constitucional está legitimado para rechazar, a través de sentencias interlocutorias, aquellos recursos que se refieran a cuestiones que podrían obtener una tutela satisfactoria en otra vía, ya que estos carecerían de «especial trascendencia constitucional». Por si no quedara claro, con relación a la vía idónea, lo «constitucionalmente trascendente» está relacionado con el afianzamiento del amparo como proceso célere y eficaz, conforme a lo prescrito por la Convención Americana y el Código Procesal Constitucional (que es ley de desarrollo constitucional).

³¹ Cita sobre la Constitución como «orden marco», *vid.* R. ALEXY, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», en *Teoría de los derechos fundamentales*, segunda edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 518. Cfr. STC Exp. N° 00013-2010-PI/TC, fundamento 2.

³² Con la finalidad de asegurar ello, precisamente, se ha emitido recientemente un precedente constitucional en el caso Elgo Ríos (STC Exp. N° 2383-2013-PA/TC).

4.3. «Especial trascendencia constitucional» y amparo contra normas legales

Por otra parte, la Constitución indica expresamente que no procede el amparo «contra normas legales», sino solo frente a actos u omisiones concretas.

Artículo 200º.- Son garantías constitucionales: [...]

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. *No procede contra normas legales [...] (resaltado nuestro).*

Al respecto, la Carta fundamental prevé que los cuestionamientos a normas legales por problemas de constitucionalidad, de manera general y abstracta, deben hacerse a través del proceso de inconstitucionalidad³³.

Sin embargo, en muchas ocasiones las normas legales pueden comportarse como «actos concretos», los cuales sí merecen protección a través del amparo. Es el caso de las llamadas «normas autoaplicativas» o «autoejecutivas», que son aquellas «cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada»³⁴.

En esos casos, como ha explicado y fundamentado el Tribunal Constitucional en varias ocasiones³⁵, procede excepcionalmente el «amparo contra normas». Siendo así, todos los demás casos de «amparo contra normas», es decir, contra normas legales que no sean autoejecutivas (es decir, normas heteroaplicativas), deberán ser rechazados, lo cual se desprende de la propia Constitución.

Ahora bien, se presentarán casos en los que existan normas legales que no son autoaplicativas y que claramente afecten derechos fundamentales. Estas normas, conforme a lo señalado, no podrán impugnarse a través del amparo, y difícilmente podrían acceder al proceso de inconstitucionalidad,

³³ Como se dispone en el artículo 200º, inciso 4 de la Constitución.

³⁴ STC Exp. N° 4677-2004-PA/TC, fundamento 4.

³⁵ Cfr. RTC Exp. N° 00615-2011-PA/TC, fundamento 7

debido a la restrictiva legitimación activa (para demandar) dispuesta por el constituyente para poder transitar esa vía³⁶.

Entonces, pese a la existencia de derechos constitucionales posiblemente amenazados o conculcados por normas legales heteroaplicativas, contra estas no podrían presentarse demandas de amparo buscando cuestionarlas. Estas deberán rechazarse liminarmente y a lo mismo se encuentra habilitado el Tribunal Constitucional cuando lleguen los recursos de agravio a su sede.

En estos casos, según hemos explicado, el rechazo está justificado en que el modelo constitucional del amparo no da cobertura a tales afectaciones, y es en ese sentido que puede afirmarse, únicamente a efectos de su tutela mediante el amparo, que carecen de «especial trascendencia constitucional».

4.4. «Especial trascendencia constitucional» y amparo contra resoluciones judiciales

Finalmente, la Constitución señala que el proceso de amparo «[n]o procede contra [...] resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular». Esta disposición, como está claro, alude a una prohibición *prima facie* para que a través del proceso de amparo no se cuestionen sentencias (o actuaciones) judiciales regulares.

209

No obstante lo anterior, como ha explicado la doctrina y el Tribunal Constitucional tantas veces, la mencionada regulación también abre la puerta para que, a partir de una interpretación *a contrario sensu*, puedan ser cuestionadas las actuaciones y decisiones judiciales con irregularidades o, como dice el Código Procesal Constitucional, aquellas que evidencien un «manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva».

³⁶ El artículo 203º de la Constitución dispone que solo pueden presentar demandas de inconstitucionalidad el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, el veinticinco por ciento del número legal de congresistas, cinco mil ciudadanos (o el 1% de la población en caso de impugnarse ordenanzas municipales), los gobernadores regionales o los alcaldes provinciales (en materias de su competencia) y los colegios profesionales (en materias de su especialidad).

Volviendo a lo que constitucionalmente no puede ser discutido a través de un proceso de amparo, conforme a lo previsto por la propia Norma Máxima, deberán rechazarse aquellas demandas dirigidas a cuestionar actuaciones o resoluciones del Poder Judicial que hayan respetado las garantías constitucionales mínimas del proceso judicial (lo cual, *mutatis mutandis*, es aplicable a las actuaciones y resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones y del Consejo Nacional de la Magistratura).

Lo anterior, desde luego, requiere que se establezcan algunos criterios que permitan determinar cuáles son estas garantías mínimas, o mejor aún, cuándo un caso puede ser revisado legítimamente en sede constitucional³⁷ y cuando no, pese a involucrar asuntos que pueden considerarse como parte integrante de un derecho constitucional. Al respecto, en efecto, según manda la Constitución, algunos asuntos de relevancia iusfundamental solo pueden ser discutidos y cuestionados en el ámbito ordinario, siempre que allí se cumpla con un mínimo de «regularidad constitucional».

210

Desde luego, no podemos detenernos ahora en cuáles serían los estándares adecuados para determinar esta regularidad. Sin embargo, a efectos de lo que pretendemos en este trabajo, bastará con indicar que carecen de «especial trascendencia constitucional» aquellas causas que pretendan que los jueces de amparo revisen actuaciones y/o decisiones judiciales regulares, o que se pronuncien sobre materias que son de competencia exclusiva de la judicatura ordinaria. En tales casos, el Tribunal Constitucional está plenamente habilitado para rechazar liminarmente el recurso de agravio, a través de una sentencia interlocutoria.

5. Consideraciones finales

Como hemos explicado, en nuestro país la expresión «especial trascendencia constitucional», que aparece en los fundamentos 49 y 50 del precedente establecido en el caso Vásquez Romero, no alude a la institución de

³⁷ Criterios que sean mejores que los establecidos en la STC N° 3179-2004-AA/TC, caso Apolonia Collca, ya que lo establecido como «canon sobre la intensidad de la intervención» realmente no permite distinguir entre aquello que sí podría ser conocido por el juez constitucional, y aquello que no.

El requisito «especial trascendencia constitucional» como rechazo...

similar nombre regulada en España o en Alemania, y menos aún al *writ of certiorari* que existe en Estados Unidos.

En el caso peruano, según hemos sostenido, la «especial trascendencia constitucional» se refiere, básicamente, a *aquello que merece ser llevado al amparo por tratarse de asuntos trascendentales según la Constitución*. Según indicamos, la Constitución, de forma más o menos expresa, excluye del amparo algunos asuntos, pese a que pueden involucrar afectaciones o amenazas a derechos fundamentales. Siendo así, es completamente razonable sostener que tales causas tampoco merecen un análisis de fondo por el Tribunal Constitucional a través del recurso de agravio constitucional, por lo cual pueden ser rechazadas por este órgano colegiado de manera liminar.

En consecuencia, no todos los casos en los que se encuentren involucrados derechos fundamentales podrán ser resueltos a través del amparo, y esto porque no todos los conflictos iusfundamentales, a la luz de lo establecido por la Constitución y lo desarrollado por el Código Procesal Constitucional, tendrán esta «especial trascendencia constitucional» a la que nos hemos estado refiriendo.

La «especial trascendencia constitucional»

Un análisis desde el derecho comparado y la legitimidad del derecho constitucional

 RAÚL GUTIÉRREZ CANALES*

Sumario:

1. El nuevo precedente vinculante; 2. La necesidad de definición progresiva de la especial trascendencia constitucional; 3. La especial trascendencia constitucional en el derecho comparado y la polémica sobre su aplicación; 4. El desarrollo jurisprudencial de la especial trascendencia constitucional en el modelo español; 5. La «especial trascendencia constitucional» en el precedente del Tribunal Constitucional peruano 6. A modo de conclusión.

1. El nuevo precedente vinculante constitucional

213

Afines de 2014, el Tribunal Constitucional peruano emitió el primer precedente correspondiente al período de la nueva conformación de sus miembros¹. Esta decisión recayó en el proceso de amparo seguido por Francisca Vásquez Romero (STC 00987-2014-PA/TC). La pretensión de la demanda era la declaración de nulidad de todo lo actuado en un proceso de tercería preferente de pago, alegándose la vulneración de los derechos al debido proceso, de petición, de defensa, de libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal efectiva.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Especialista en Administración de Justicia por la Universidad de Extremadura; en Gobernabilidad por la George Washington University y en Argumentación Jurídica por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Es docente de Derecho Constitucional y asesor del Congreso de la República.

¹ El 21 de mayo de 2014, en sesión extraordinaria, el Pleno del Congreso de la República eligió a los nuevos seis magistrados del Tribunal Constitucional. La reconformación fue prácticamente total si se toma en cuenta que, de acuerdo con el artículo 201º de la Constitución, el colegiado se compone de siete magistrados.

En esta oportunidad el órgano constitucional se preguntó cómo proceder ante pretensiones carentes enteramente de fundamento y acervo probatorio, como cuando se sostiene que los jueces demandados cometieron delito de lesa humanidad, que son cómplices de los auxiliares jurisdiccionales y que ha mediado fraude, confabulación, ensañamiento, crueldad y crimen. La pregunta resulta válida si se considera que este tipo de demandas obstaculizan el normal desenvolvimiento de la jurisdicción constitucional.

Por ello, extraordinariamente, decidió emitir un pronunciamiento sustantivo, en virtud delos principios de economía procesal e informalidad², los que ya había empleado anteriormente para concluir en que «el rechazo liminar de la demanda tampoco ha impedido que este Tribunal, después de percatarse que los derechos de las partes hayan quedado salvados, expida sentencia sobre el fondo en casos en los que la controversia era de notoria trascendencia nacional y, por tanto, de alcances que trascendían al caso concreto»³. Para estos efectos, indicó que los requisitos formales para la procedencia del recurso de agravio constitucional (RAC), regulados en el artículo 18º del Código Procesal Constitucional (resolución denegatoria de segundo grado y plazos), no son absolutos, pues «a partir de la jurisprudencia y las disposiciones del Código Procesal Constitucional [...], el contenido constitucionalmente protegido de los derechos es un requisito de procedencia de la demanda, pero también del RAC»⁴. Así, recordó que, con carácter de precedente, definió en su momento: «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

² STC 04587-2004-PA/TC, fundamentos 16-19. Sobre el principio de economía procesal: «si de los actuados existen los suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, pese al rechazo liminar de la demanda, resulta innecesario condenar a las partes a que vuelvan a sufrir la angustia de ver que su proceso se reinicie, no obstante todo el tiempo transcurrido. Con ello, no solo se posterga la resolución del conflicto innecesariamente, sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes». Sobre el principio de informalidad: «si en el caso existen todos los elementos como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, éste se expedirá respetándose el derecho de las partes a ser oídas por un juez o tribunal».

³ *Ibid.*, fundamento 19.

⁴ STC 02877-2005-HC/TC, fundamento jurídico 27.

de negativa de tutela claramente establecida por el TC»⁵. Esta premisa, también tuvo influencia en el Reglamento Normativo de la entidad, cuyo artículo 11º estableció formalmente causales de improcedencia: «[...] si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse.»⁶

Pese al tiempo transcurrido desde la emisión del citado precedente y la regulación apuntada, lo cierto es que el tribunal advierte que se siguen presentando casos con completa carencia de fundamentos, lo que resulta perjudicial en tanto «la atención de estos casos produce demoras que impiden atender oportuna y adecuadamente aquellos otros en los cuales verdaderamente existen vulneraciones que exigen una tutela urgente». Así, con la finalidad de optimizar adecuadamente el derecho a la tutela procesal efectiva, el máximo colegiado definió el nuevo precedente vinculante:

215

El Tribunal Constitucional emitirá sentencia interlocutoria denegatoria cuando:

- a) Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque;*
- b) La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional;*
- c) La cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional;*
- d) Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.*

La citada sentencia se dictará sin más trámite.

2. La necesidad de definición progresiva de la especial trascendencia constitucional

El nuevo precedente, además, se replicó en los mismos términos en la consiguiente modificación del artículo 11º del Reglamento Normativo

⁵ STC 02877-2005-HC/TC. Fundamento 31.

⁶ Redacción aprobada por el Artículo Único de la Resolución Administrativa 031-2006-P-TC, publicada el 2 de marzo de 2006 en el *El Peruano*.

del Tribunal Constitucional⁷. Al respecto, queda claro que si se realiza una mirada comparativa entre el anterior precedente y el reciente, lo novedoso en sustancia, recae en el segundo supuesto, pues el requisito de la *especial trascendencia constitucional* no estaba comprendida de forma expresa en la línea normativa antecedente. Si bien es cierto que, desde una lectura inicial, se puede relacionar el citado requisito con el sentido del primer precedente respecto de la exigencia del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, la verdad es que ambos son perfectamente diferenciables en tanto la trascendencia constitucional apunta al establecimiento de un criterio objetivo, lo que no necesariamente ocurre con la consideración del contenido constitucionalmente protegido de los derechos.

En efecto, el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales «se halla integrado por un haz de garantías, facultades y posibilidades de actuación –conectado con el ámbito material que da nombre al derecho– que la Constitución reconoce inmediatamente a sus titulares»⁸. Es decir, es un concepto alusivo a la estructura de los derechos, cuya revisión en el proceso constitucional, estará enfocado en la afectación o amenaza de su ámbito inicialmente protegido por las normas garantizadas constitucionalmente⁹. Entonces, la extensión del contenido descrito encuentra su margen de actuación en los alcances estrictamente constitucionales, fuera de los cuales no tiene incidencia, como es el caso de la mayoría de normas legales especiales por razón de la materia. Entonces, en la medida de que el contenido constitucionalmente protegido se desarrolla sobre la base del respaldo constitucional de cada derecho fundamental, no se está ante la imposición de un criterio general de revisión (*especial trascendencia constitucional*) que, incluso, resulte un paso de análisis previo a la propia estimación valorativa de la vulneración o riesgo del contenido esencial de un determinado derecho fundamental.

⁷ Modificación dispuesta por Resolución Administrativa 141-2014-P/TC, publicada el 12 de setiembre de 2014 en el diario oficial *El Peruano*.

⁸ M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 11.

⁹ Es lo que R. ALEXY señala como normas de «posición iusfundamental *prima facie* protegida». R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, segunda edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 239.

Asimismo, salvo el segundo requisito (trascendencia constitucional), los otros tres devienen en categóricos en su sentido exacto: i) carencia de fundamentos sobre la supuesta vulneración de derechos (lo que se exemplifica con el caso materia de pronunciamiento, donde no se contó con material probatorio determinante –recuérdese que en los procesos de tutela de derechos no existe estación probatoria– para demostrar lo alegado); ii) contradicción de un precedente; y, iii) presentación de un caso igual al de uno previo donde se haya emitido resolución desestimatoria.

Por ambas razones (novedad y necesidad de precisión), seguramente, en el nuevo precedente se precisó los alcances de la condición de la *especial trascendencia constitucional*: «[...] existirá una cuestión de especial trascendencia constitucional cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental». Naturalmente, esta explicación resulta harto elemental, lo que no necesariamente es negativo, sino que, por las específicas características de la justicia constitucional, es razonable que el impulso del contenido de la *especial trascendencia constitucional* tenga un enfoque práctico a través del ejercicio progresivo de la jurisprudencia constitucional.

217

Así las cosas, queda determinar si objetivamente se justifica la dación de una nueva condición objetiva de procedencia del RAC, ello, evidentemente desde una óptica imparcial que demuestre efectivamente la distracción o el retardo en la administración de justicia constitucional en la máxima instancia a causa de la atención de casos visiblemente improprios.

Como es conocido, con la aprobación del primer Código Procesal Constitucional peruano¹⁰, se institucionalizó, entre otros aspectos, la excepcionalidad de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales, ello para hacer frente al anterior sistema alternativo¹¹ que generó la

¹⁰ Aprobado por la Ley N° 28237, la que fue publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 31 de mayo de 2005. De conformidad con la Segunda Disposición Transitoria y Derogatoria, entró en vigencia el 1 de diciembre de 2004 (seis meses contados a partir de la fecha de su publicación).

¹¹ La Ley N° 23506, vigente desde 1983, en el inc. 3 de su art. 6º disponía que el amparo resultaba improcedente «[...] cuando el agraviado opta por recurrir a la vía judicial ordinaria».

desnaturalización de estos medios procesales a través de su uso extendido sin mayores reparos. Al respecto, se acepta que el fundamento de la excepcionalidad «[...] es corregir una grave distorsión observada en la utilización e instrumentalización indebida del amparo en los últimos años. A menudo los litigantes hacen referencia en su demanda a un derecho recogido en la Constitución, pero solo para sustentar una pretensión que no tiene carácter estrictamente constitucional [...]»¹². Lo propio se señala en la doctrina argentina, cuyo sistema ejerció notable influencia en la vigente regulación procesal constitucional: «[...] únicamente es admisible el amparo, entonces, ante la inoperancia de todos los demás trámites procesales ya legislados, [...] el Amparo, se ha dicho, presupone el desamparo. De allí que el empleo de esta especialísima acción requiere de una madurez particular de jueces y letrados: se desnaturaliza tanto al amparo utilizándolo para el planteo de cualquier litis, como rechazándolo siempre, arguyendo que hay vías judiciales o administrativas para el caso litigioso»¹³.

Entonces, si bien se afirmó normativamente la excepcionalidad o residualidad de los procesos constitucionales, lo cierto es que se resguardó un procedimiento garantista, en tanto la excepcionalidad está condicionada a la existencia o no idoneidad de los procesos ordinarios; este aspecto permite paliar cualquier exceso ilegítimo en la aplicación de la regla que finalmente pueda trasgredir la misma finalidad de esta clase de procesos. Asimismo, el factor excepcional no colisiona con el artículo 25º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues la exigencia de contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces y tribunales, no impone que sean los procesos constitucionales los exclusivos para estos fines, como efectivamente sucede en el Perú. En este entendido, lo real y vinculante es que el sistema jurídico nacional tiene un modelo residual en el ámbito de los procesos constitucionales y como tal resulta válido el establecimiento de condiciones para su eficacia.

¹² S. ABAD YUPANQUI y otros, *Código Procesal Constitucional, Estudio introductorio, Exposición de motivos, dictámenes e índice analítico*, segunda edición, Lima, Palestra, p. 70.

¹³ N. SAGÜÉS, «El derecho de amparo en Argentina», en *El derecho de amparo en el mundo*, H. FIX-ZAMUDIO y E. FERRER MAC-GREGOR (coordinadores), vol. 3, México D.F., Porrúa/Universidad Nacional Autónoma de México/Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 176.

Al mismo tiempo, si se revisa el número de expedientes ingresados hasta el último año, se advierte que el Tribunal Constitucional conoce una gran cantidad de casos. Así, en el campo de los procesos de amparo, que es el proceso con el mayor registro de demandas presentadas, se tiene lo siguiente¹⁴: el 2012 existían 3,774 causas, mientras que el 2013 registró 7,166 y el 2014, 4,853. Aun cuando la capacidad operativa de respuesta a la demanda de justicia constitucional en el último año ha sido de 85%, lo real es que la carga procesal sigue siendo voluminosa. De hecho, cuando asumieron los seis nuevos magistrados, se conoció a través del presidente del Tribunal Constitucional que estaban pendientes de resolverse 6,500 demandas¹⁵, número que aumentó al cierre de 2014, pues según la cifra oficial consignada en la memoria institucional del colegiado, el total ascendió a 7,600. Ante esta realidad, es lógico pensar que persiste un uso injustificado en acudir a la última instancia constitucional, distrayendo su atención y, a la vez, su respuesta inmediata a la violación o amenaza de los derechos de aquellos casos donde si existe la necesidad urgente y donde la demora genera, en los hechos, un contexto de irreparabilidad inaceptable en un Estado constitucional de derecho.

219

Precisamente, un elemento que el Tribunal Constitucional ha dispuesto para garantizar tales fines, está representado por el requisito de la especial trascendencia constitucional, incorporado a través de su jurisprudencia. Con esta nueva orientación, se busca no solo dar eficacia al criterio de excepcionalidad sino, sobre todo, a la institucionalización de la correcta utilización de los mecanismos procesales constitucionales, situación que no es un asunto exclusivo de los integrantes del sistema estatal de administración de justicia, sino también de la comunidad en su conjunto. Como bien se ha dicho, la obstaculización de la solución oportuna de los procesos constitucionales, genera la desprotección de los derechos fundamentales y, con ello, la afectación del primer valor de la carta constitucional que proclama que la defensa de la personahumana es el fin supremo de la sociedad del Estado.

Ahora bien, el reconocimiento de la legitimidad de la incorporación de la nueva condición de procedencia, no implica una situación definitiva.

¹⁴ *Memoria Institucional 2014*, Tribunal Constitucional del Perú, 2015, Lima, p. 83.

¹⁵ «Nuevo Tribunal Constitucional tiene 6.500 causas por resolver», en *El Comercio*, Lima, 4 de junio de 2014.

Evidentemente, un término como *especial trascendencia constitucional* requiere una labor de interpretación que no se agota en las líneas literales de lo expresado por el colegiado constitucional (que sea indispensable resolver el caso para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental). En este sentido, es apremiante que el supremo tribunal empiece a delinejar una estructura jurisprudencial secuencial coherente (lo que, como se verá, ya se está haciendo) y, más aun, previsible, que permita conocer a las partes cuáles son los alcances del término anotado, pues mientras ello no ocurra se corre el entendible peligro de que el propio tribunal actúe en desmedro de uno de los principios que ha desarrollado con permanente cuidado a lo largo de su existencia: la prohibición de la interdicción de la arbitrariedad. Para estos efectos, tiene pertinencia conocer la experiencia del desarrollo sobre la materia que se ha implementado en el derecho comparado, donde la *especial trascendencia constitucional*, como requisito de procedencia, pese a tener origen legal, se ha explicitado paulatinamente mediante el trabajo jurisprudencial.

220

3. La especial trascendencia constitucional en el Derecho Comparado y la polémica sobre su aplicación

La experiencia normativa del Tribunal Constitucional español resulta pertinente para entender la nueva línea jurisprudencial de nuestro supremo colegiado. En efecto, con la modificación del artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español¹⁶, se inició el nuevo régimen de la admisión del recurso de amparo, el que, de acuerdo con el texto de su Exposición de Motivos, se caracteriza por dos elementos: 1) la finalidad práctica de atenuar la sobrecarga procesal originada por el incremento de causas y, 2) reforzar un sistema de procedencia que considere, además de los requisitos formales, la *especial trascendencia constitucional* que justifique una decisión sobre el fondo; esto en contraposición del sistema anterior, que se fundaba en la suficiencia de las causas tasadas de inadmisión. De este modo, se incorporó la obligación del demandante de argumentar dicha condición, la que también debe cumplir el Ministerio Fiscal cuando interponga el respectivo recurso

¹⁶ Con la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo de 2007, se modificó la Ley Orgánica 2/1979.

de súplica frente a una providencia de inadmisión. Entonces, aun cuando el amparo sigue siendo un recurso de protección de derechos fundamentales, lo cierto es que la mera lesión de estos no es por sí sola suficiente para la correspondiente admisión del requerimiento, siendo que de no concurrir la citada *especial trascendencia constitucional*, se genera un defecto insubsanable que conlleva a la inadmisión *in limine*.

Si bien, en su oportunidad, también se discutió sobre la posibilidad de estar ante un modelo similar al del *certiorari* americano o al sistema alemán, lo correcto es que no es el caso, pues ambos no siguen una línea objetiva de procedibilidad del recurso. El *writ of certiorari* consiste en un pedido directo a la Corte Suprema de Estados Unidos para que esta requiera a un tribunal de inferior jerarquía el envío de la causa para su posterior examen; así, la competencia de la Corte no es obligatoria, pues tiene facultades discretionales para acceder o denegar la petición. Es decir, el criterio de acceso a su instancia no depende de la comprobación del cumplimiento de requisitos objetivos de procedencia, sino más bien, de un factor de discrecionalidad ampliamente institucionalizado. Por su lado, el § 93.a.2) de la Ley del Tribunal Constitucional de Alemania impone expresamente la posibilidad de admitir a trámite la demanda para salvaguardar una grave afectación a los derechos fundamentales en el ámbito de su dimensión subjetiva (la reforma alemana de 1993, que es la referencia más cercana de la legislación española, conserva junto al criterio estrictamente objetivo de ingreso, otro de carácter subjetivo que recae en la especial intensidad en la lesión del derecho). En consecuencia, el ordenamiento alemán, en este extremo (juicio de relevancia constitucional), mantiene formalmente un criterio subjetivo.

221

El modelo español, que incorporó el 2007 la *especial trascendencia constitucional*, no instauró un sistema discrecional en la admisión del amparo, pues aun cuando los criterios de admisión se explicitan en una redacción abstracta, resalta la finalidad objetiva que será materia de valoración. El *writ of certiorari* es, ante todo, un patrón de selección antes que uno de admisibilidad. Es indudable que el objetivar un medio procesal es diferente que conferir discrecionalidad para su conocimiento al respectivo órgano competente. Como se desprende de la norma española, el supremo colegiado no tiene la atribución de escoger libremente los recursos que conocerá y tampoco puede desestimarlos si objetivamente cumplen las exigencias de admisión previstos

en el artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. En consecuencia, el caso español no es equiparable a los paradigmas estadounidense y alemán.

De acuerdo con lo manifestado, el requisito de la *especial trascendencia constitucional* responde a un criterio objetivo prioritario, por lo que la disposición de los alcances del concepto se orienta en esta dirección. Así lo ha avalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: «la reforma (...) en la regulación del recurso de amparo ha eliminado su dimensión subjetiva para dotarlo, exclusivamente, de un significado objetivo, así como que para que este Tribunal pueda admitir el recurso de amparo y otorgar en su día la tutela del derecho fundamental vulnerado [...] es necesario que el problema planteado en el recurso posea una especial trascendencia constitucional»¹⁷. Esta es la particular característica del caso español que, naturalmente, generó controversia (y hasta la actualidad la sigue generando).

Como es previsible, esta fundamentación de objetividad tuvo como sustento principal (tal como ocurre en el caso peruano), la misión de disminuir la carga procesal con miras a garantizar una justicia constitucional que desarrolle su labor sin obstáculos injustificados. De este modo, se afirma que:

En los años noventa se detectó un incremento desmesurado del número de amparos [...] se convirtió en un problema que amenazó con entorpecer la función jurisdiccional. La solución exigía que se estableciera un «remedio legal» que permitiera al juez constitucional seleccionar los casos más relevantes con la finalidad de aligerar la sobrecarga de recursos y evitar colapsar el acceso a la justicia constitucional [...] se pensó en admitir únicamente aquellos recursos de amparo que acreditaran un objetivo interés constitucional. Para llevar a cabo este y otros propósitos, se reformó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹⁸.

El colapso del acceso a la justicia constitucional, indudablemente tiene relación con la garantía del principio de justicia oportuna, pues como se

¹⁷ Auto del Tribunal Constitucional español 29/2011, de 17 de marzo de 2011.

¹⁸ Y. ESQUIVEL ALONSO, «El requisito de la especial trascendencia constitucional: “decidir no decidir”», en *Estudios de Deusto*, vol. 61/2, Bilbao, julio-diciembre 2013, p. 177.

acepta: «el inmoderado incremento del amparo constitucional generó excesivas dilaciones en las resoluciones, provocando que fuera casi imposible obtener un pronunciamiento en tiempo»¹⁹. Como es comprensible, este criterio de justicia oportuna guarda correspondencia directa con el criterio de urgencia en la atención de las demandas que promueven procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales.

Independientemente del fin constitucional que se persigue (idoneidad de la justicia constitucional en el nivel superior), el requisito de la *especial trascendencia constitucional* permite el rechazo a trámite del recurso, pese a que se pudiera lesionar notablemente algún derecho fundamental. Al mismo tiempo, la improcedencia liminarse presenta en todos aquellos asuntos que no guardan correspondencia con los criterios previstos para definir la *especial trascendencia constitucional*, lo que frena al juez para pronunciarse respecto de la ocasional relevancia constitucional del fondo de la materia controvertida.

Un aspecto que llama la atención es que es obligación del recurrente satisfacer obligatoriamente el juicio de relevancia constitucional, siendo razonable pensar en que se «ha invertido el juicio de admisibilidad, ya que se ha pasado de comprobar la inexistencia de causa de inadmisión a examinar la concurrencia de motivos de admisión»²⁰. En efecto, con el establecimiento del nuevo requisito, es necesario que la parte solicitante fundamente debidamente cómo se aplica la *especial trascendencia constitucional* al caso concreto. Esta situación exige una carga adicional de argumentación a la específica vulneración o amenaza de los derechos fundamentales reclamados.

223

Asimismo, a fin de lograr el objetivo de la reforma, se sigue una política de endurecimiento en el cumplimiento de las medidas, pues el requisito que venimos comentando no puede ser corregido (artículos 49º.1 y 50º.1 de la LOTC), no siendo posible la subsanación ni la recurrencia a algún otro

¹⁹ I. BORRAJO INIESTA, «Mitos y realidades de la jurisdicción constitucional de amparo: hechos, derecho, pronunciamientos, admisión, costes», en *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 3, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 39.

²⁰ M. MONTAÑÉS PARDO, «La especial trascendencia constitucional como presupuesto del recurso de amparo», en *Foro de Opinión*, núm. 1, Madrid, 2010, p. 30.

mecanismo legal para revisar la providencia que decreta la inadmisión por falta de trascendencia constitucional²¹.

Estos aspectos hacen ver que el modelo español se encuentra en un cauce de objetivación prácticamente total del recurso, lo que además, como se verá más adelante, ha sido confirmado por la jurisprudencia constitucional. En esta perspectiva, el profesor Díaz Revorio²² indica que en la fase de admisión «desaparece toda consideración a la lesión del derecho fundamental o a la intensidad de la misma. [...] La cuestión es si esta objetivación total [...] es compatible con la configuración constitucional del recurso de amparo». Para el autor, «el Constituyente quiso un recurso de amparo para la tutela de los derechos y libertades de los ciudadanos, y no solo para la defensa objetiva del ordenamiento constitucional de los derechos fundamentales, objetivo que puede verse cumplido a través de otros procedimientos». En el mismo sentido, Hernández Ramos sostiene que «con la nueva reforma [...] se produce una seria descoordinación entre la naturaleza constitucional del recurso de amparo, instrumento para tutelar principalmente los derechos subjetivos de los ciudadanos [...] y el trámite de admisión configurado a partir de la reforma de 2007 en términos objetivos»²³.

224

A tenor de lo descrito, era previsible pensar que el límite objetivo representado por el requisito de la *especial trascendencia constitucional*, generaría una serie de cuestionamientos si se considera, por un lado, la finalidad última de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales y, por otro lado, la rigidez del modelo que puede configurarse como contradictorio de dicha finalidad. Sin embargo, también es verdad que un eventual conflicto entre ambas disposiciones no puede ser el resultado de un análisis abstracto, pues no debe olvidarse que la reforma implementada en España tiene el aval de dos fuentes de derecho de primer valor: la legislación y la

²¹ F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 94.

²² F. DÍAZ REVORIO, «Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007», en *Estudios Constitucionales*, vol. 7, núm. 2, Santiago, 2009, p. 95.

²³ M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Madrid, Reus, 2009, pp. 358-359.

jurisprudencia constitucional. En el primer caso, el fundamento no se agota en la mera soberanía del Parlamento sino en los principios de conveniencia y oportunidad de las leyes, los que en el presente caso parecen tener justificación válida en tanto ante un problema real (uso desmedido e indebido del recurso) se busca restituir la legítima finalidad de la justicia constitucional, cual es la tutela de urgencia de los derechos fundamentales. En el segundo caso, es apreciable que precisamente el intérprete último de los mandatos constitucionales (entre los que se encuentra la vigencia del objeto de los procesos constitucionales), sea el que haya convalidado la necesidad y el desarrollo eficaz de la *especial trascendencia constitucional* como requisito objetivo de procedencia. Así las cosas, queda decir que *per se* la objetividad en la admisión del recurso no parece inconstitucional, es, en todo caso, en el trabajo jurisprudencial donde se tiene que demostrar, a través de lineamientos progresivos, la constitucionalidad de la medida; solo así se puede conciliar los dos supuestos anotados.

4. El desarrollo jurisprudencial de la «especial trascendencia constitucional» en el modelo español

225

Desde la reforma impulsada por el ordenamiento jurídico español (2007) a la actualidad, ha transcurrido un considerable número de años que ha permitido a la jurisprudencia ir delimitando los alcances del requisito que comentamos. En efecto, aun cuando persistan cuestionamientos al modelo, la realidad es que la labor jurisdiccional casuística viene haciendo posible (pues es un trabajo que no ha terminado) que la incertidumbre sobre el aspecto procedural de la justificación de la citada exigencia se haya atenuado, al punto que podría decirse que ha desaparecido. Esta tendencia es reflejo de la especial atención que ha merecido el avance de la *especial trascendencia constitucional* en el trabajo resolutivo del Tribunal Constitucional.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de ir perfilando el concepto de *especial trascendencia constitucional*, lo que por supuesto es un referente importante para el caso peruano que recientemente lo ha reconocido desde la fuente jurisprudencial. Tal como sucede con la experiencia española, es indispensable, a efectos de legitimar sus significación como límite a la dimensión subjetiva de los procesos constitucionales, que el colegiado supremo esboce un conjunto secuencial de sentencias y autos que permitan identificar a

las partes procesales las específicas razones que sustentan el nuevo requisito y, de este modo, materializar el principio de predictibilidad de las resoluciones.

En tal sentido, es importante recordar que los principales lineamientos sobre el particular se encuentran en los autos (ATC) 188/2008, de 21 de julio; 289/ 2008 y 290/2008, de 22 de setiembre, y en la sentencias (STC) 70/2009, de 23 de marzo y, 155/2009, de 25 de junio (incluso en esta última se han expresado supuestos detallados). No obstante, son varias resoluciones las que a lo largo de los años han reconocido aspectos sustanciales para fundamentar adecuadamente el requisito de la *especial trascendencia constitucional*. Para una mejor comprensión, transcribimos la parte pertinente de algunos criterios contenidos en las decisiones constitucionales que han ganado estabilidad:

- Auto 188/2008, de 21 de julio: «la inadmisión de la solicitud de amparo [...] cuando el recurrente se ha limitado a exponer los hechos en que fundamenta su pretensión y a exponer las razones por las que considera que las resoluciones judiciales impugnadas han vulnerado su derecho».

[226]

- Auto 289/2008, de 22 de setiembre: la inadmisión de la solicitud de amparo [...] cuando, expuesta argumentalmente la supuesta vulneración del derecho fundamental alegado, no hay mención en el escrito de demanda al requisito de la especial trascendencia constitucional».

- Sentencia 70/2009, de 23 de marzo: «[...] otro de los casos en que cabe apreciar que concurre en el contenido del recurso de amparo la especial trascendencia constitucional [...] cuando en él se plantee una cuestión en la que este Tribunal no ha sentado doctrina».

- Auto 264/2009, de 16 de noviembre: «la recurrente no ha justificado una proyección objetiva del amparo solicitado que traduzca en el plano formal [...] la exigencia material y formal de la especial trascendencia constitucional como requisito de procedibilidad de la demanda».

- Auto 272/2009, de 26 de noviembre: «si en el examen liminar de la demanda y de los documentos unidos a ella se apreciara una manifiesta falta de apariencia de lesión en las quejas aducidas, ello excluiría por sí mismo la

justificación de una resolución sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional y determinaría la inadmisión del recurso de amparo por ausencia de especial trascendencia constitucional “ex” art. 50.1.b) LOTC, haciendo innecesario, al tratarse de exigencias acumulativas, interrogarse acerca de la concurrencia en el recurso de una especial trascendencia constitucional».

- Auto 154/2010, de 15 de noviembre, «la inadmisión del presente recurso de amparo por estar incurso en la causa de inadmisión consistente en carecer de especial trascendencia constitucional [...] al no apreciarse ni haberse acreditado que su contenido resulte importante para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, ni para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

- Sentencia 68/2011, de 16 de mayo: «[...] dado que la trascendencia constitucional no tiene el carácter de simple presupuesto de admisibilidad, la apreciación de que el recurrente ha dado cumplimiento en la demanda al requisito material de su justificación lo es sin perjuicio de la exactitud, acierto o corrección de las explicaciones y conclusiones que formuló acerca de su virtualidad para alguno de los criterios que enuncia el artículo 50.1 b) LOTC, cuestión ésta que –una vez admitida liminarmente la demanda– debe formar parte del pronunciamiento de fondo».

227

- Auto 26/2012, de 31 de enero: «al Tribunal no le corresponde reconstruir de oficio la demanda cuando el recurrente incumpla la carga de justificar la especial trascendencia constitucional que, a su juicio, reviste el recurso de amparo, [...] esa justificación es una inexcusable exigencia argumental, vinculada con un requisito de orden sustantivo, no es procedente la apertura del trámite de subsanación previsto en el art. 49.4 LOTC ni la subsanación por propia iniciativa del recurrente».

- Auto 42/2012, de 7 de marzo: «la carga de justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo es algo distinto a razonar la existencia de la vulneración de un derecho fundamental, pues esta última argumentación no es sino un presupuesto inexcusable en cualquier demanda de amparo, y no satisface, en sí misma, la carga procesal que analizamos».

- Sentencia 107/2012, de 21 de mayo: «el recurrente no explicita en la demanda que concurra este supuesto de especial trascendencia constitu-

cional, pero el conjunto de las razones aportadas en el recurso proporcionan a este Tribunal elementos de juicio suficientes para apreciarlo [...].».

Como puede apreciarse, el criterio de objetividad es el que se impone de forma constante en la jurisprudencia citada. Al respecto, se pueden agrupar las siguientes premisas sobre la procedencia del recurso en razón del cumplimiento del requisito de *especial trascendencia constitucional*:

- No se cumple si solo se exponen los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la vulneración indebida del derecho invocado.
- No se cumple si no existe mención expresa y desarrollo del requisito de especial trascendencia constitucional. Sin embargo, sí se cumpliría si del conjunto de razones expuestas en el recurso, se proporciona elementos de juicio suficientes para apreciar la especial trascendencia constitucional.
- Se cumple si sobre la cuestión planteada el Tribunal Constitucional no ha sentado doctrina.
- Se cumple si se justifica la proyección objetiva del amparo, caracterizada por el requisito de especial trascendencia constitucional.
- No se cumple si de un examen liminar de la demanda y sus anexos, existe una manifiesta ausencia de apariencia de lesión de derechos.
- Se cumple si se acredita la importancia de la causa para interpretar la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, así como para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales.
- Se cumple si se verifica el requisito material de la justificación de la especial trascendencia constitucional, independientemente de la exactitud, acierto o corrección de las explicaciones.
- No procede subsanación por parte del recurrente en la justificación del requisito de especial trascendencia constitucional. Tampoco se permite que, de oficio, el Tribunal Constitucional reconstruya la línea argumental exigida.
- La carga inexcusable de justificar la especial trascendencia constitucional es distinta de las razones sobre la vulneración de los derechos invocados.

A este grupo de conclusiones, que resultan muy útiles en el entendimiento del requisito analizado, se suma lo dispuesto en la sentencia 155/2009, de 25 de junio de 2009, que introdujo de forma sistematizada notables precisiones respecto de la *especial trascendencia constitucional*. Se identificó específicos supuestos, sobre la base del artículo 50.1 de la Ley Orgánica del TC (importancia para la interpretación de la Constitución, para

su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales). El Tribunal estimó conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma, avanzar en la interpretación del requisito, precisando algunos casos de procedencia, pero dejando establecido que no es una lista cerrada, en tanto persiste el natural dinamismo del ejercicio jurisdiccional. Debe decirse que algunos casos ya habían sido incluidos en resoluciones anteriores; en todo supuesto, el objetivo de la decisión plenaria tiende a ordenar la dispersión de la jurisprudencia. Estos casos se resumen en los siguientes:

- a) que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional; b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, [...] o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales [...]; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional; g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios.

La sentencia 155/2009, que es un referente principal, hizo posible la delimitación de la *especial trascendencia constitucional* desde una bifurcación

conceptual: a) la lesión de un derecho fundamental que debe probar la relevancia constitucional; y b) la existencia de un catálogo de casos en los que se comprueba la presencia de la trascendencia constitucional. De cualquier manera, como se ha dicho, persiste la condiciónde que la lista descrita no es una de *numeris clausus* sino que tiene vocación de apertura. Incluso, los propios supuestos literales admiten un considerable margen de interpretación que se resolverá en cada contienda.

Como se aprecia, aun cuando se pueda criticar el amplio margen de interpretación de lo desarrollado, es innegable que el máximo intérprete de la Constitución española ha ejercido un positivo esfuerzo por regular los alcances de la *especial trascendencia constitucional*. La jurisprudencia, como no podía ser de otro modo, sigue un camino evolutivo que garantiza dos líneas argumentales diferenciadas: 1) la lesión del derecho fundamental reclamado y la relevancia constitucional del medio procesal. Por tanto, es legítimo afirmar que «*ambas son indispensables, de tal forma que la exposición acerca de la apariencia de la vulneración del derecho fundamental no puede suplir la carencia de un razonamiento explícito sobre la trascendencia constitucional del recurso de amparo*»²⁴. Precisamente, a lo largo de este tiempo (desde la anotada reforma) no ha habido mayor contradicción en la labor jurisdiccional, caracterizándose esta, más bien,por delinejar cada vez con mayor precisión los alcances del concepto. En todo caso, es razonable entender que la exigencia de la trascendencia constitucional no ha anulado la dimensión subjetiva de esta garantía, sino que persigue objetivamente incrementarla, siendo más riguroso en el acceso al fuero del Tribunal Constitucional, lo que viabilizaque sus sentencias sean efectivas herramientas de protección de derechos fundamentales.

Como resulta evidente, el orden secuencial del trabajo reseñado es el que seguramente seguirá el Tribunal Constitucional peruano, no solo porque su antecedente inmediato es el caso español, sino sobre todo, porque la legitimidad de un requisito como la trascendencia constitucional (con un

²⁴ Algunas resoluciones que contienen esta línea jurisprudencial: ATC 252/2009; STC 69/2011; STC 178/2012 y STC 2/2013.

notorio contenido abierto) no deja alternativa mas que el estricto ejercicio de un trabajo de interpretación que optimice la relación entre un modelo objetivo de admisión de demandas constitucionales y la finalidad subjetiva de los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales.

5. La especial trascendencia constitucional en el precedente del Tribunal Constitucional peruano

Como se ha resaltado al inicio del presente artículo, pese a los antecedentes normativos (art. 11º del Reglamento Normativo del TC) y a la preexistencia de una resolución vinculante (STC 2877-2005-PHC/TC, caso Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez), en los últimos años el colegiado constitucional peruano ha seguido conociendo demandas manifiestamente infundadas, lo que ha producido, entre otras cosas, la falta de atención oportuna de causas con requerimiento cierto de pronta tutela. Ante esta situación, se introdujo el nuevo precedente comprendido en la STC 00987-2014-PA/TC, donde rescatando lo previsto en el Código Procesal Constitucional y los antecedentes señalados, se determinó que «[...] no deberían prosperar recursos que contengan pretensiones manifiestamente improcedentes o que resulten irrelevantes»; debiendo prevalecer «[...] la atención de reales vulneraciones que requieran tutela urgente». En este contexto, se permite la emisión de una sentencia interlocutoria denegatoria si «la cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional». Esta última condición es el asunto novedoso sobre el que recae el nuevo modelo objetivo que se pretende impulsar y que tiene como antecedente, a la luz de lo reseñado previamente, el sistema español.

231

Un primer aspecto que se debe tomar en cuenta es que el efecto de la comprobación de la ausencia del requisito estudiado, es la emisión de una resolución interlocutoria, lo que supone una decisión que resuelve una controversia de orden incidental. Así, en principio, estaríamos ante un auto que no soluciona el fondo del asunto. Por tanto, en caso de rechazarse la demanda, en base al precedente, se podría afirmar la posibilidad de interponer el recurso de reposición regulado en el artículo 121º del Código Procesal Constitucional. Sin embargo, creemos que en este particular caso se está ante una situación especial, pues nominalmente la resolución emitida en el caso

del Tribunal Constitucional, es una sentencia²⁵ (distinto al caso español donde sí se emiten autos). Aun cuando medie una condición de improcedencia, debe decirse que en el caso de la trascendencia constitucional no se presenta una simple causa formal, sino que implica un análisis propiamente del caso concreto, tal como se comprobará en la jurisprudencia nacional emitida hasta la fecha.

Otro aspecto importante es que el nuevo precedente ha establecido los alcances de la especial trascendencia constitucional:

- *Cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia.*
- *Cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental.*

Naturalmente, ambas condiciones no son concluyentes con su solo sentido literal, siendo indispensable una labor de interpretación que explique su contenido. Tanto es así, que el propio colegiado en el precedente que comentamos reconoce esta necesidad, pues «a la luz de su jurisprudencia, cumplirá adecuada y oportunamente con su obligación de garantizar la supremacía de la Constitución y el efectivo respeto de los derechos fundamentales». Es notorio que la eficacia de la finalidad del nuevo requisito tendrá cabida en el tratamiento jurisprudencial. En este extremo, es adecuado reconocer que el nuevo precedente busca sistematizar y consolidar lo ya avanzado, pues si bien existe una tendencia a priorizar un rumbo objetivo en el modelo de procedencia, también es verdad que la jurisprudencia previa no solo no ha sido desconocida sino que, por el contrario, resulta indispensable para entender el desarrollo progresivo de un sistema integral de sentencias especializadas sobre la materia.

No obstante el poco tiempo transcurrido desde la emisión del nuevo precedente, el Tribunal Constitucional peruano ya ha empezado a delinejar aspectos importantes con relación a la precisión de los alcances de la *especial*

²⁵ El artículo 121º del Código Procesal Constitucional establece: «[...] *Contra los decretos y autos que dicte el Tribunal, solo procede, en su caso, el recurso de reposición ante el propio Tribunal [...]*». Así, objetivamente y, por disposición expresa de la jurisprudencia y el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, la resolución interlocutoria es una sentencia y, por tanto, no se encuentra comprendida en los alcances anotados.

trascendencia constitucional. Así, en reiterados pronunciamientos ha declarado la improcedencia del recurso de agravio constitucional, porque la cuestión de Derecho contenida en el mismo carece de *especial trascendencia constitucional*²⁶. En esta dirección, afirma categóricamente:

[...] un recurso carece de esta cualidad cuando su contenido no está referido al contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; cuando versa sobre un asunto materialmente excluido del proceso de tutela de que se trata; o, finalmente, cuando lo pretendido no alude a un asunto que requiere una tutela de especial urgencia.

[...] una cuestión no reviste especial trascendencia constitucional en los siguientes casos: (1) si una futura resolución del Tribunal Constitucional no soluciona algún conflicto de relevancia constitucional, pues no existe lesión a algún derecho fundamental comprometido o se trata de un asunto que no corresponde ser resuelto en la vía constitucional; o, (2) si no existe necesidad de tutelar de manera urgente el derecho constitucional invocado y no median razones subjetivas u objetivas que habiliten a este órgano colegiado a emitir un pronunciamiento de fondo.

233

Lo anotado, que por supuesto hace mención expresa a la STC 00987-2014-PA/TC, se repite en prácticamente la totalidad de causas que el máximo tribunal viene resolviendo. Para un mejor conocimiento del trabajo que se está realizando y que permite delimitar el contenido de la *especial trascendencia constitucional*, exponemos algunos pronunciamientos que destacan hasta la fecha:

- STC 07668-2013-PA/TC: «tanto la interpretación como la aplicación de normas infraconstitucionales constituyen una competencia de la judicatura ordinaria en los procesos que son de su conocimiento. Asimismo, la evaluación y merituación de los requisitos (...)en dichos procesos cae dentro de tal competencia, siendo evidente que, en procesos reglados y sujetos a formalidades imperativas (...), el incumplimiento de tales requisitos o los errores en la formulación y presentación de los escritos o recursos generan consecuencias que, en el caso de autos, no afectan ningún derecho fundamental».

²⁶ STC 00859-2014-PHC/TC, STC 01151-2014-PHC/TC y otros.

- STC 07748 2013-PA/TC: «el recurso de agravio constitucional no está referido al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, toda vez que se advierte una debida motivación en lo decidido por la judicatura ordinaria, (...) Por lo tanto, lo que el actor pretende es que el Tribunal Constitucional funcione como una suprainstancia, lo cual excede las competencias de la judicatura constitucional. Por consiguiente, el presente recurso carece de especial trascendencia constitucional».

- STC 08500-2013.PHC/TC: «el recurso interpuesto no está referido a una cuestión de Derecho de especial trascendencia constitucional, toda vez que cuestiona asuntos que no corresponden que sean resueltos en la vía constitucional, tales como la supuesta irresponsabilidad penal, la valoración y suficiencia de las pruebas que determinó la condena [...]».

- STC 00300-2014-PHC/TC: «el derecho al debido proceso puede ser tutelado mediante el proceso de hábeas corpus pero ello requiere que el presunto hecho vulneratorio tenga incidencia negativa en el derecho a la libertad personal, lo que no sucede en el presente caso toda vez que las decisiones judiciales que se cuestionan no determinan alguna medida limitativa o restrictiva en el derecho a la libertad personal [...]».

234

- STC 02891-2014-PHC/TC: «[...] se cuestiona la incorrecta aplicación de una norma legal que afecta la determinación de la pena, cuestionamiento de connotación penal que corresponde enjuiciar a la justicia ordinaria. Por ello, (...) la invocada lesión del derecho a la motivación de resoluciones judiciales carece de trascendencia constitucional».

- STC 03221-2014-PHC/TC: «el recurso interpuesto no está referido a una cuestión de derecho de especial trascendencia constitucional, en vista de que se encuentra inmerso en el segundo supuesto arriba mencionado (falta de necesidad de tutelar de manera urgente el derecho invocado), puesto que la alegada afectación a la libertad personal, consistente en una presunta detención arbitraria contra el menor favorecido, ha cesado en momento anterior a la postulación de la demanda».

Como se puede observar, nuestro sistema jurisprudencial constitucional se encuentra en un claro ánimo de institucionalizar el requisito de la *especial trascendencia constitucional*, habiendo emitido útiles directrices que

permiten a las partes procesales identificar los alcances del concepto. Aun cuando la labor se encuentra todavía en una etapa inicial, sobresale el hecho de que se está tomando en consideración lo implementado anteriormente (como la residualidad de los procesos constitucionales o la inviabilidad de considerar al TC como una *suprainstancia*), lo que nos permite concluir en que el desarrollo de la nueva condición consolida un trabajo previo y se proyecta a mejorar un adecuado sistema de acceso a la justicia constitucional.

Asimismo, aun cuando la *especial trascendencia constitucional* apunta a cimentar un modelo objetivo de causales de procedencia (como el caso español), lo cierto es que en el caso peruano esta orientación aún se viene consolidando, ya que, tal como se aprecia en las sentencias citadas, persisten aspectos que parecen hacer prevalecer el criterio subjetivo (exigencia del contenido constitucionalmente protegido), lo que no necesariamente es negativo si lo que finalmente se persigue es conciliar la objetividad en la admisión del pedido con la finalidad de los procesos constitucionales. A mayor abundamiento, instaurar un régimen objetivo no conlleva a desconocer la función subjetiva de los procesos constitucionales, pues como se señala válidamente: «la función subjetiva del recurso de amparo ha de ser tenida en cuenta también en su trámite de admisión. Las experiencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y del BVerfG muestran que, a pesar de que se han objetivado paulatinamente sus funciones, nunca ha dejado de tener en cuenta la protección subjetiva de los derechos fundamentales como criterio para admitir y conocer de un caso, aunque de una forma muy cualificada»²⁷. Lo ideal es seguir avanzando en lo positivamente alcanzado, por lo que la promoción de un modelo objetivo, no puede dejar en el camino los criterios consumados que resultan útiles para la eficiente protección de derechos. En todo caso, no puede desconocerse que todo cambio razonablemente requiere un proceso de adaptación y evolución, y ello representa precisamente el tránsito que ahora recorre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

235

Sin embargo, lo que sí se debe asumir es que desestimar un recurso de agravio por considerarlo manifiestamente improcedente no comporta una afectación indebida del derecho a la tutela procesal efectiva. Esto implica, en

²⁷ M. HERNÁNDEZ RAMOS, *El nuevo trámite de admisión...*, ob. cit., p. 359.

todo supuesto, impedir, por un lado, que se formen falsas expectativas en los justiciables, y, por otro lado, permitir que la labor jurisdiccional canalice sus esfuerzos en un análisis riguroso de las demandas cuya atención exige legítimamente una respuesta con carácter de inmediatez. Para afianzar esta idea es necesario que se produzca la definición de lo que es la *especial trascendencia constitucional*, por medio del establecimiento de los perfiles y parámetros que deberán cumplir las respectivas solicitudes. La aparición de estos criterios (tal como se vienen dando), permitirán legitimar el modelo y hacer frente de manera exitosa a las críticas de falta de idoneidad de la medida para cumplir la finalidad que proclama la norma procesal constitucional.

Por lo pronto, como se ha visto, el Tribunal Constitucional, seguramente por la prontitud de la vigencia del precedente, no exige la referencia expresa del requisito o su desarrollo concreto, pues a partir de las sentencias mencionadas, la ausencia o presencia de la relevancia constitucional la declara luego de revisar las especiales características de cada caso. Empero, es inevitable que, tal como sucede en el caso español, en el futuro próximo fortalezca la esencia del nuevo modelo que, por lo demás, tiene dos vertientes principales: la exigibilidad de la especial trascendencia constitucional y la obligación del demandante de demostrarla. Por esto, será conveniente que la defensa de las partes consideren el hecho de que no es suficiente plantear los fundamentos de la vulneración de un derecho fundamental para deducir la trascendencia constitucional, siendo preciso, igualmente, justificar la trascendencia en razón de los alcances de la norma y de la jurisprudencia que define sus alcances. Al respecto, el magistrado Eloy Espinosa ha señalado, quizás de forma premonitoria, que esta exigencia es equiparable al sistema español: «[...] en España para la atención del recurso de amparo se indica que se debe justificar en la especial trascendencia constitucional del recurso para ser admitida a trámite; en el caso peruano hay una fórmula similar, que ha sido puesta sobre el tapete en el último precedente [...] según el cual para la denegatoria del recurso de agravio constitucional se tendrá en cuenta la cuestión de derecho contenida en el recurso que no sea de especial trascendencia constitucional»²⁸.

²⁸ «Entrevista a Eloy Espinosa-Saldaña, magistrado del Tribunal Constitucional, acerca de la sobrecarga procesal y el Recurso de Agravio Constitucional», 18 de setiembre de 2014, en <http://www.ius360.com/publico/constitucional/entrevista-a-elyo-espinoza-saldana/>.

También, se deberá comprender los casos en que el recurso plantea un problema o una faceta de un derecho fundamental respecto del cual no haya doctrina constitucional. Para estos menesteres, será indispensable revisar más las diferencias que las similitudes con los casos precedentes. Del mismo modo, no puede desatenderse la trascendencia general de las consecuencias del amparo, supuesto en el que deberá analizarse la proyección de su incidencia más allá de la controversia específica planteada. Como quiera que sea, el Tribunal Constitucional peruano tiene amplia experiencia en materia de interpretación, habiendo fijado incluso una tipología útil²⁹ que ha marcado su experiencia y que refleja lo imprescindible que resulta esta tarea, pues como afirmó García de Enterría «[...] una Constitución sin un Tribunal Constitucional que imponga su interpretación y la efectividad de la misma en los casos cuestionados es una Constitución herida de muerte»³⁰.

En todo caso, se debe propender a realizar una interpretación progresiva que en el largo plazo consolide un modelo objetivo que no solo institucionalice la advertencia inmediata de la ausencia o carencia del requisito por parte del órgano jurisdiccional (lo que parece haber tenido un efecto inmediato por parte del TC, ya que en prácticamente en todas las sentencias interlocutorias solo existe un máximo de cuatro fundamentos para pasar a la decisión de improcedencia), sino también conciencia en las partes procesales de solo acudir al instrumento cuando se cumplan los requisitos a cabalidad. Debe tenerse cuidado en garantizar que «cualquier interpretación judicial debería tener como fin una descripción coherente del orden jurídico en su conjunto [...] Debemos preferir interpretaciones de las cláusulas de debido proceso o igual protección que sean consistentes con los principios democráticos»³¹. En el caso de la *especial trascendencia constitucional* persiste un deber aun mayor, pues de no precisarse el contenido del mismo bajo criterios como la democracia, el debido proceso y el fin de protección de los derechos fundamentales, se corre el riesgo de generar un sistema contrario a los

²⁹ STC 0004-2004-CC/TC, fundamento jurídico 3.

³⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, tercera edición, Madrid, Civitas, 1985, p. 186.

³¹ R. DWORKIN, «Igualdad, democracia y Constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales», en *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad de Externado de Colombia, 2010, p. 140.

postulados constitucionales. No queremos decir que la dimensión subjetiva de los procesos constitucionales es intrascendente, de hecho, no lo es bajo el nuevo modelo impulsado por el precedente, pero sí es necesario entender que ningún derecho o principio es ilimitado y, por tanto, creemos que la labor primordial del Tribunal Constitucional en adelante supone priorizar la finalidad de fortalecer, desde una lógica objetiva, una justicia constitucional adecuada y oportuna, siempre que ello no afecte derechos fundamentales de forma injustificada. Tenemos la convicción de que ello es perfectamente posible, pues existe abundante jurisprudencia debidamente uniformizada que por, por una parte, garantiza una deseable protección de derechos y, por otra parte, proscribe actos lesivos o arbitrariedades de modo categórico.

6. A modo de conclusión

La introducción del requisito de la *especial trascendencia constitucional* busca consolidar una justicia constitucional adecuada mediante la restricción razonable y objetiva del acceso al recurso de agravio constitucional. Se busca un efecto disuasorio a fin de que no lleguen al Tribunal Constitucional causas manifestamente improcedentes que obstaculicen o retarden su labor de forma indebida. Sin embargo, atendiendo a que el concepto no es uno de naturaleza determinada, cobra imprescindible importancia el desarrollo jurisprudencial interpretativo, el que por supuesto, será progresivo en la precisión de los criterios para su apreciación. La legitimidad del nuevo modelo que se viene impulsando, exige la especificidad de los alcances del requisito, pues de no ser así se corre el riesgo no solo de desconocer la finalidad explícita de los procesos constitucionales de tutela de derechos, sino también de cuestionar la misma existencia del Tribunal Constitucional como garante último y definitivo de la Constitución.

El próximo reto en la determinación del concepto es del Tribunal Constitucional, quien a través de su labor en esta materia generará también un uso responsable y justificado del recurso por parte de la ciudadanía. Solo así se institucionalizará el nuevo sistema en vigencia y se garantizará a toda la población revertir el perjuicio del que lamentablemente seguimos adoleciendo: una justicia lenta que lejos de restituir derechos, los vuelva irreversibles ante el daño causado, en parte, por el retardo jurisdiccional.

DISCURSOS

Discurso del presidente del Tribunal Constitucional, Dr. Óscar Urviola Hani, con motivo del decimonoveno aniversario del Tribunal Constitucional*

Celebramos un aniversario más del Tribunal Constitucional, el decimonoveno, en medio de un innegable incremento de las expectativas de la población porque sus casos sean examinados y resueltos por la renovada composición de magistrados del Tribunal.

¿Cómo explicar que de 464 expedientes que ingresaban al Tribunal a julio del 2014 (a un mes de la incorporación de seis nuevos magistrados) contemos ahora con un promedio de 683 expedientes mensuales (a un año de su juramentación en el cargo)? ¿Qué razones pueden ensayarse para explicar, por ejemplo, que solo en abril del 2015 recibimos 1 044 expedientes?

241

Mi tesis es que la ciudadanía percibe que el nuevo Tribunal Constitucional ofrece una imagen de independencia frente al poder político, económico o de cualquier otra índole que explica este aumento de la carga procesal del Tribunal en doscientas (200) causas mensuales, pues existe la confianza de que los casos sometidos a su conocimiento serán resueltos con la autonomía, buena fe y probidad esperadas.

Sin embargo, más allá de esta tesis y a la luz de las aproximadamente 9 500 causas pendientes de resolver en este momento, subyace la preocupación de repensar algunas aristas del modelo de justicia constitucional existente en nuestro país, pues es materialmente imposible que un Tribunal compuesto por siete personas, que se toman en serio su trabajo, con responsabilidad, pueda resolver tamaño número de causas con la celeridad que las circunstancias imponen.

* Pronunciado el 24 de junio de 2015 en Lima, y el 25 de junio de 2015 en Arequipa.

No olvidemos que la decisión se toma colegiadamente, por mandato de la Constitución. Esto es, el constituyente ha querido que la sentencia se adopte por siete personas, no por una sola, y la construcción del consenso, naturalmente, toma tiempo.

¿Cómo conciliar la necesaria calidad que se espera en un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, con la agilidad que debe caracterizar a todo proceso de tutela urgente de derechos fundamentales?

Hasta la fecha, hemos expedido decisiones trascendentales como las relativas a los casos Mateo Castañeda, FONAVI, Bonos de la Reforma Agraria, Pantel, Ley de Carrera Pública Magisterial, la nueva línea jurisprudencial en materia del plazo razonable del proceso establecida en el caso Arce Páucar, y aspectos de interés ligados a la contratación laboral en la administración pública en el caso conocido como el precedente Huatuco, por citar solo algunos.

Cada uno de ellos nos ha demandado una profunda reflexión, como se desprende de las 38 sesiones de este Pleno que se han tenido desde junio del 2014, y de las 30 que venimos teniendo en este 2015, en lo que probablemente constituya el esfuerzo más importante del Tribunal Constitucional por resolver colegiadamente las causas sometidas a su consideración.

Debo añadir, cual si fuera pie de página, que muchas de esas sesiones han abarcado más de un día, por lo que propiamente nos referimos a largas jornadas de trabajo dedicadas a la revisión de dichos casos, y también a asuntos administrativo-jurisdiccionales.

En el precedente Huatuco, por ejemplo, en el que se prohíbe la reposición laboral en la administración pública, siempre que el trabajador no haya ingresado al Estado en una plaza presupuestada y vacante, a través de un concurso público de méritos, estamos hablando de una decisión que se gestó desde octubre del 2014 y que se concretó en junio de 2015.

Conjuntamente con este tipo de causas ingresan, no obstante, miles de expedientes que carecen de relevancia constitucional y que tienen como efecto no deseado que se postergue la resolución de procesos que sí son trascendentales.

Es por ello que este Pleno rescató de la legislación existente la figura de la sentencia interlocutoria al dictar el precedente Vásquez Romero, sentencia interlocutoria mediante la cual se emite una decisión sin necesidad de vista de la causa, y que se ha aplicado, especialmente, en casos que son idénticos a uno anterior en el que se rechazó la demanda.

Recordemos que en la Constitución se garantiza la pluralidad de instancia, pero ello no debe interpretarse en el sentido de que es infinita la posibilidad de impugnar las decisiones jurisdiccionales.

Desde aquí hago un llamado a los profesionales del derecho, a fin de que no alienen indebidamente, en sus defendidos, expectativas que no tienen asidero conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Adicionalmente, deseo reiterar la solicitud formulada en enero de este año al señor Presidente del Poder Judicial, con el mayor respeto, a fin de que se creen juzgados y salas especializadas en materia constitucional a nivel nacional, para que los procesos se agoten en segunda instancia y ya no tengan que subir al Tribunal Constitucional.

243

Acabo de hacer referencia a que en las sentencias interlocutorias no se llama a vista de la causa; pues bien, en un caso excepcional este Tribunal también dejó de convocar a audiencia pública. Ese fue el caso Herrera Valdivia, un adulto mayor de 107 años que obtuvo el reajuste de su pensión de jubilación en un proceso en el que la entidad demandada, la Oficina de Normalización Previsional, se allanó en el extremo de la demanda que se declaró fundado.

El Tribunal, igualmente, ha decidido dejar de convocar a audiencia pública cuando resuelva admitir a trámite la demanda que fue rechazada liminarmente por el Poder Judicial, en sus dos instancias.

El nuevo Tribunal ha tomado también medidas que suprinen requisitos no previstos legalmente, como la exigencia que se hacía anteriormente en los procesos de inconstitucionalidad y competenciales de adjuntar copia del DNI del abogado patrocinante y de la parte procesal, o que se presente la constancia de habilitación del abogado defensor en un colegio de aboga-

dos; lo que, desde nuestra perspectiva, facilita el derecho de defensa de los justiciables.

Asimismo, el Tribunal ha adoptado diversas medidas tendientes a dotar de mayor transparencia a las resoluciones jurisdiccionales. Así tenemos que, ahora, la fecha de las sentencias corresponde a la fecha en la que tuvo lugar la deliberación del colegiado previa a la toma de decisión, y no como era una práctica de la administración de justicia en general, de vincularla a la fecha de la vista de la causa.

En ese mismo sentido, el Tribunal informa en su página web de las ausencias de los magistrados por descansos médicos, comisiones de servicio o licencias en general que les son autorizadas por el Pleno, para evitar cualquier suspicacia del porqué en determinado caso no participa alguno de ellos.

Es más, revirtiendo una costumbre seguida por mucho tiempo en el Tribunal, ahora sí se deja constancia en la resolución jurisdiccional de los magistrados que no participaron en la vista de la causa, ya sea por licencia o por abstención aprobada por el colegiado respectivo.

244
Ciertamente, puede darse el caso, como se dio en el pasado, de algún magistrado que haya tenido algún percance que, súbitamente, le haya impedido estar presente en la audiencia pública, lo que le privó de emitir su voto. En ese supuesto, que es distinto a aquel en el que no participa en la vista por estar de licencia o abstenido, se ha convenido en que el magistrado ausente convoque a las partes a una audiencia complementaria en la que escuche los alegatos de las partes o haga uso de la grabación de la vista, para poder participar en la resolución del caso.

Como puede apreciarse, el espíritu de esta política es que los magistrados del Tribunal no dejen, injustificadamente, de administrar justicia en ningún caso.

Por otro lado, se han precisado aspectos procesales como el modo en que se denominan las resoluciones. Anteriormente se recurrió a identificar a un auto con el término «resolución», pese al carácter genérico de éste, lo que ya no ocurre.

Asimismo, se dio el caso de que en un mismo proceso se habían expedido más de una supuesta sentencia, pues así se nominaba a auténticos autos que resolvían incidentes ligados con la ejecución de dicha sentencia. Si bien se trata de cuestiones de forma, han tenido consecuencias de fondo, como se puso de manifiesto en el caso Mateo Castañeda.

Debo resaltar, igualmente, que este nuevo Tribunal, con una periodicidad mensual, ha cumplido disciplinadamente con realizar audiencias públicas en Arequipa para ver, fundamentalmente, procesos de inconstitucionalidad. La única excepción a esta política jurisdiccional se dio en mayo último, en razón de la situación de convulsión social por la que atravesó Arequipa y que exigía del Tribunal una conducta prudente. En el marco de esta política de descentralización, cabe recordar que los Magistrados hemos sesionado en Trujillo, en octubre del 2014, para revisar los casos que provenían de la región norte del país.

En cuanto se refiere al Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, debo relevar que ha cumplido con seguir lo dispuesto en nuestra Ley Orgánica, esto es, organizar la realización de eventos académicos que han tenido como propósito la difusión del conocimiento jurídico en materia constitucional; además de la publicación de diversas obras de interés, algunas de las cuales se han presentado en esta semana de celebración, bajo una perspectiva institucional, como corresponde.

245

A raíz de la formulación del plan estratégico institucional, definimos como uno de nuestros grandes objetivos el internacionalizarnos, logrando resultados que juzgo exitosos, como los que mencionaré a continuación.

En el marco de un convenio con el Tribunal Constitucional de República Dominicana, cooperamos con la puesta en funcionamiento, en marzo del 2015, de un sistema integral de seguimiento de expedientes que nos ha merecido el reconocimiento de dicha entidad, que prefirió acudir a nosotros y no a consultoras internacionales de renombrado prestigio para dicha labor, y que recibió el respaldo económico de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), la misma que financió el desplazamiento de nuestro personal a República Dominicana.

Nos hemos, pues, convertido en exportadores de un modelo de gestión; habiendo recibido recientemente la solicitud de nuestro homólogo de Bolivia, que aspira a recibir nuestra asistencia técnica, lo que nos coloca como una institución líder en el contexto iberoamericano, amén de haber sido elegidos como sede de la *Décimo Primera Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional* que tendrá lugar en Lima, en junio de 2016.

Asimismo, tuvimos una destacada participación en la *III Conferencia Mundial de Justicia Constitucional en Corea*, ocasión en la cual el Tribunal Constitucional peruano, en representación de los tribunales constitucionales de Iberoamérica, tuvo el honor de presidir su primera sesión plenaria.

Esta influencia ha posibilitado estrechar vínculos interinstitucionales con importantes cortes, universidades y organizaciones, lo que nos ha permitido aprender nuevas y mejores experiencias.

En esa línea, quiero destacar la firma del convenio suscrito con el Supremo Tribunal Federal de Brasil, gracias al cual hemos conocido las ventajas de la digitalización de los expedientes; así como la suscripción de convenios con la Universidad de Jaén de España y con la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo (IDLO) con sede en Italia, que redundará en la capacitación de nuestro personal.

Este decimonoveno aniversario encuentra al Tribunal con local propio en Lima, que ocuparemos a fines del 2016, tras las labores de remodelación que son propias a todo inmueble que cambia de propietario, pues antes le perteneció al Banco de la Nación.

Se trata de un edificio de casi 17,500 m², adquirido en términos de la más absoluta transparencia, mediante una operación interestatal que nos ha permitido invertir nuestro presupuesto sin riesgo alguno.

Aprovecho esta ocasión para hacer de su conocimiento que convocaremos a un concurso público de ideas, con el propósito de contar con un diseño arquitectónico que otorgue las mayores comodidades a las personas que demandan nuestros servicios; con especial atención a las personas con

discapacidad, quienes tendrán la atención especial que, lamentablemente, hoy en día no les podemos proporcionar.

El nuevo local constituirá un símbolo que confirmará en la sociedad peruana la presencia del Tribunal Constitucional como una institución tutelar, capaz de defender los derechos fundamentales de las personas, que toda sociedad moderna debe respetar, y ratificará al Perú como una nación que no descansa en su búsqueda por un desarrollo más auténtico.

En materia de información, para una administración más eficiente, hemos desarrollado un «cuadro de mando integral» que posibilita obtener información jurisdiccional y administrativa en línea, permitiendo un proceso de toma de decisiones mejor sustentadas, más seguras y más rápidas.

Por otro lado, somos la institución de justicia en el país que mayor avance ha obtenido en materia de digitalización de sus expedientes, al punto de lograr que aquellos procesos que nacen y terminan en el Tribunal Constitucional (como las acciones de inconstitucionalidad) estén virtualizados íntegramente, lo que además propicia que nuestros archivos de expedientes estén dotados de la mayor seguridad.

247

No quiero culminar este breve recuento de lo que el nuevo Tribunal ha venido haciendo desde su recomposición, sin expresar mi profunda gratitud a los señores magistrados, quienes el martes 23 de junio último, ante mi puesta a disposición del cargo de Presidente del Tribunal Constitucional, al haber vencido el periodo de cinco años como magistrado por el que fui elegido, como oportunamente anuncié que haría, decidieron ratificarme como Presidente de la institución, por lo que ejerceré funciones como tal hasta diciembre del 2015, conforme lo prescribe el Reglamento Normativo.

Fue un verdadero honor haber sido ratificado por este colegiado hace un año atrás como Presidente del Tribunal Constitucional cuando mis colegas recién asumieron como magistrados; como lo fue también el hecho de haber sido reelegido por un año más en dicha condición hace seis meses; y ahora constituye motivo de especial orgullo haber recibido este nuevo voto de confianza.

Termino estas palabras renovando mi compromiso por estar a la altura de la responsabilidad otorgada y agradeciendo a nuestros amables invitados, así como a nuestro personal, por acompañarnos en esta fecha tan especial en la que celebramos el decimonoveno aniversario del Tribunal Constitucional. Gracias.

Palabras del Dr. Manuel Miranda Canales en la ceremonia de juramentación de los nuevos magistrados del Tribunal Constitucional*

En primer lugar, agradezco a mis colegas magistrados que hoy asumimos funciones, por la honrosa designación para poder dirigirme a este auditorio, y dar las palabras de agradecimiento en esta ceremonia de juramentación de los magistrados del Tribunal Constitucional, recientemente elegidos por el Congreso de la República.

Agradecemos al Congreso de la República por esta elección, en la que se ha tomado en cuenta la trayectoria profesional, la meritocracia, el respeto a los valores constitucionales y democráticos, lo que ha generado el apoyo y el reconocimiento de la sociedad civil y de la comunidad jurídica y académica de nuestro país, por lo que, nuestra elección por el Congreso de la República, tiene una clara legitimidad social, lo que implica una gran responsabilidad en el cumplimiento de las funciones y competencias del Tribunal Constitucional. Asimismo, agradecemos a las instituciones de la sociedad civil, como los colegios de abogados, universidades públicas y privadas, instituciones académicas, sociales y culturales y a la prensa en general, que con sus propuestas y respaldo, han posibilitado la presente elección de los magistrados del Tribunal Constitucional.

249

Somos conscientes que el Tribunal Constitucional tiene como primera función ser guardián del cumplimiento y respeto de los valores, principios y preceptos constitucionales consagrados en la Carta Magna; por ello, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional otorga a este órgano supremo la competencia de ser el máximo intérprete de la Constitución, competencia que es otorgada a nivel legislativo, implicando que tal interpretación no puede desnaturalizar o tergiversar los valores, principios y normas constitucionales,

* Pronunciado el 3 de junio de 2014 en Lima por el vicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú.

en tanto que, por el principio de jerarquía normativa, el magistrado y más aún, el juez constitucional, debe preferir la Constitución a la ley, y a la ley sobre cualquier otra norma de inferior jerarquía.

El perfil del magistrado, incluido el juez constitucional, conlleva una sólida formación jurídica en principios, valores y normatividad, consagrados en el ordenamiento jurídico; además de la independencia, transparencia, imparcialidad y honestidad, valores con los que nos sentimos identificados y comprometidos en el cumplimiento de nuestra función en el Tribunal Constitucional. Los magistrados del Tribunal Constitucional, debemos trabajar denodadamente, a través del ejercicio cabal y honesto de nuestras funciones, para no perder nunca la legitimidad democrática. Cuando esa cadena de legitimidad se rompe por el incumplimiento de nuestros deberes, o porque nuestra independencia y autonomía no se reflejan en nuestras decisiones, se afecta también el fortalecimiento del Tribunal Constitucional.

La Constitución tiene tres ejes principales. Primero, la consagración de los derechos fundamentales relativos a la personalidad, desarrollo social y económico; segundo, la estructura orgánica, señalando las funciones y competencias de los poderes del Estado, según el principio de la separación de poderes, y de los órganos constitucionales autónomos; y, tercero, los mecanismos procesales de control y respeto constitucional, sobre los que el Tribunal asume la calidad de última instancia, emitiendo sentencias que deben ser, también, un elemento pacificador y un componente integrador de toda la sociedad. Todo esto a partir de los valores democráticos, en razón a que las sentencias del Tribunal Constitucional reflejan fielmente los preceptos constitucionales; por lo que esa delicada responsabilidad debe cumplirse, respetando los fueros y competencias consagrados en nuestra Carta fundamental, comprometiéndonos a una valoración ponderada y sistemática, con estricto respeto al espíritu de la Constitución; lo que conlleva a que las decisiones del Tribunal Constitucional, que efectivamente tienen impacto político, también tengan legitimidad social en la comunidad política, en la comunidad jurídica y académica, y lo más importante, en el pueblo en general. Muchas gracias.

¿Qué significa «ser humano» en su dimensión económica?*

 JOSÉ LUIS SARDÓN**

Buenas tardes. Agradezco al ministro de Justicia y Derechos Humanos, Daniel Figallo, y al viceministro de Derechos Humanos, José Ávila, su invitación a estar aquí con ustedes, en esta casa de estudios donde inicié mi carrera de profesor universitario hace casi treinta años, para participar en este conversatorio sobre «Los derechos humanos en el siglo XXI», compartiendo el panel con el jefe del gabinete de asesores del ministro de Economía y Finanzas Enzo Defilippi.

El tema específico de este panel es «¿Qué significa ‘ser humano’ en su dimensión económica?». Antes de responder esta pregunta, debo subrayar lo obvio: formularé mi respuesta a título personal, sin comprometer de manera alguna al Tribunal Constitucional, del que soy miembro desde hace medio año. Vengo a hablar aquí como un académico prestado por cinco años a la magistratura constitucional.

251

Paso, entonces, a presentar mi respuesta: ser humano, económicamente hablando, es ser consciente de la escasez de los bienes. Desde la perspectiva de la teoría de la acción humana o praxeología, el hombre busca alcanzar fines determinados utilizando medios siempre escasos. Lo característico de la perspectiva económica es la conciencia de la escasez de los recursos: economizar es administrar lo escaso.

* Ponencia presentada en el Conversatorio Internacional «Los derechos humanos en el siglo XXI: ¿qué significa ser humano? Una mirada interdisciplinaria», organizado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y llevado a cabo en la Universidad de Lima, el 25 y 26 de noviembre de 2014.

** Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

Resulta importante comprender que la escasez de los bienes no radica en los bienes mismos sino en el carácter insatisfecho de nuestra naturaleza. Ciertamente, este carácter puede ser considerado una deficiencia que un hombre maduro ha de superar. Muchas religiones y filosofías enseñan que los hombres alcanzan la felicidad aceptando las limitaciones de la realidad en relación al deseo.

Sin embargo, estos planteamientos tienen el peligro de llevar a la inacción, el conformismo y la mediocridad. La insatisfacción es positiva en tanto nos impulsa a la acción. Si falta el acicate de la insatisfacción, el hombre no actúa y no despliega todas sus capacidades físicas, intelectuales y morales. Por ello, los grandes creadores han sido grandes insatisfechos, desde Mozart hasta Steve Jobs.

Ahora bien, ¿qué relación tiene esto con los derechos humanos en el siglo XXI? Mucha: el gran desafío de este siglo, a mi juicio, es concebir los derechos humanos considerando la dimensión económica de la realidad, que acabamos de describir. Anteriormente no siempre ha sido así: los derechos humanos han sido concebidos, generalmente, olvidando el hecho económico fundamental de la escasez.

Históricamente las enumeraciones de derechos humanos son cada vez más abultadas. Poco antes que se desatara la actual crisis financiera internacional, por ejemplo, se discutió en Bruselas la propuesta de un eurodiputado de reconocer a las vacaciones en el extranjero como derecho humano. Incluso después de desatada esta, el parlamento finlandés estableció que la conexión al internet de banda ancha es también un derecho humano.

Los peruanos no somos ajenos a esta tendencia. La Constitución de 1993 corrigió algunos excesos de su predecesora, pero esta corrección fue parcial. El artículo 2º de la Constitución de 1993, dedicado a enumerar los derechos fundamentales, tiene veinticuatro incisos, mientras que el de 1979 tuvo solo veinte. Sin embargo, peor aún fue el del proyecto de Constitución que abortó el 2003, que tenía veintiocho incisos.

¿Qué peligro encierra la proliferación de derechos humanos? Sencillamente, la desnaturalización de estos. En tal perspectiva, en efecto, se pierde

¿Qué significa «ser humano» en su dimensión económica?

de vista la definición de *derecho*, atribuida a Eleonor Roosevelt: «un derecho no es lo que alguien te debe dar; un derecho es lo que nadie te debe quitar». Tal proliferación, en suma, implica pedirle al Estado no que proteja lo nuestro sino que nos dé lo ajeno.

No debe olvidarse que el Estado, en sentido estricto, es solo una ficción o convención jurídica. En esa medida, el Estado no nos puede dar nada que no tome antes de otra persona de carne y hueso, semejante a nosotros. Así, la proliferación de derechos humanos no es sino una operación de redistribución de la riqueza, o de interferencia en los procesos de mercado, tanto mayor cuanto más abultada sea.

En esa medida, ella implica tanto una confusión conceptual como un trastorno del proceso de desarrollo. En última instancia, la crisis financiera internacional derivó de este fenómeno. Buscando satisfacer la proliferación de derechos, los gobiernos manipularon la oferta de crédito, rebajando las tasas de interés de referencia a través de sus bancos centrales, o creando instituciones público-privadas, como Fannie Mae y Freddy Mac.

253

Todo ello ha desembocado en el surgimiento de las atroces *tent cities* en los Estados Unidos o en los pavorosos niveles de desempleo que se registran hoy en España, Italia, Grecia o Portugal (una crisis económica que podría terminar siendo más grave que la Gran Depresión de los 1930s). Lamentablemente, el movimiento constitucionalista internacional no se da por enterado y parece considerar, más bien, que lo que ha fallado es el capitalismo salvaje.

Así, nada puede ser más importante que reenfocar los derechos humanos, considerando la dimensión económica del ser humano. Si la escasez es característica inevitable de los bienes, la única manera de acomodar pacíficamente nuestra convivencia es estableciendo derechos de propiedad sobre ellos. Estos son reglas respecto a quién corresponden los mismos, sobre la base de cómo fueron producidos.

Además, si la economía es no solo la ciencia de la acción sino también de la interacción humana o cataláctica, ha de reconocerse que tal propiedad ha de ser transmitida solo a través de intercambios voluntarios expresados en

contratos. La intervención del Estado en estos, pretendiendo decidir por las partes su contenido, implica subvertir el orden social que brota de decisiones libres.

Así, en la medida que los derechos humanos sean concebidos de espaldas a la dimensión económica del ser humano, el derecho constitucional no será fuente de pacificación sino de conflicto, puesto que despertará expectativas imposibles de atenderse. Tarde o temprano, la frustración dará lugar a la violencia. Los hombres y mujeres de mi generación, testigos en nuestra juventud del flagelo terrorista, sabemos que la prioridad es evitar que ello ocurra.

¿Encontraremos la manera de corregir la tendencia hacia la inflación de los derechos humanos en el siglo XXI, enfocándolos más bien desde lo que significa ser humano, económicamente hablando? No lo sé. En todo caso, tengo claro que debiéramos hacer nuestros mayores esfuerzos por lograrlo.

254

Muchas gracias.

MISCELÁNEA

Poesía y derecho constitucional

 FRANCISCO TÁVARA CÓRDOVA

De los diversos instrumentos del hombre, el más asombroso es, sin duda, el libro. Los demás son extensiones de su cuerpo. El microscopio, el telescopio, son extensiones de su vista; el teléfono es extensión de la voz; luego tenemos el arado y la espada, extensiones de su brazo.

Pero el libro es otra cosa: el libro es una extensión de la memoria y de la imaginación. [Y de la inteligencia, agregaríamos].

(Jorge Luis Borges, «El libro», en *Borges oral*, Alianza Editorial)

257
Son innumerables los casos, a lo largo de la historia del derecho del Perú, en los que jóvenes estudiantes de la abogacía han dudado al decidir su vocación, enfrentándose a la encrucijada de optar entre el derecho y alguna otra profesión vinculada a las humanidades. En algunos casos, la solución no fue optar por una u otra ruta, sino compartir su tiempo de estudio con ambas, sencillamente porque no son incompatibles, al contrario, se complementan. Como ejemplos tenemos a José Alfredo Bryce Echenique, Enrique López Albujar, al mismo Mario Vargas Llosa y César Vallejo, entre los consagrados por la historia de la literatura; y entre los jóvenes, a Jorge Eduardo Benavides y Raúl Tola, por citar solo a dos de entre un extenso etcétera, entre los que también está el doctor Carlos Ramos Núñez y, de seguro, varios de los que conforman el Tribunal Constitucional y público aquí presente.

Partiendo de allí, es innegable la proximidad del derecho a la literatura, y el entrañable apego que algunos miembros del foro tenemos no por una, sino por varias ramas de las humanidades. Tan solo desde allí se justifica esta cercanía que, desde siempre, ha habido entre el derecho y la literatura en nuestro país, hecho que, de seguro, no es único y que se repite, con mayor o menor se-

mejanza, en otras latitudes del planeta. Tal es el caso, también, entre otros, del doctor Carlos Augusto Ramos Núñez, actual magistrado del Tribunal Constitucional, que de joven participó activamente y publicó en revistas de literatura y poesía, como la revista *Ómnibus*, difundida en Arequipa en la década del 80.

En su conocido libro *La pluma y la ley. Abogados y jueces en la narrativa peruana*, el Dr. Carlos Ramos Núñez, nos cuenta que esta afición lo llevó a repartir su tiempo de estudios entre el derecho y la literatura, durante sus primeros años de estudios universitarios, hasta que, solidarizándose con el poeta Aníbal Portocarrero, a la sazón, catedrático de la Facultad de Literatura de la Universidad de San Agustín de Arequipa, abandonó esos estudios cuando Portocarrero fue obligado a dejar la docencia por un grupo de docentes radicales, intolerantes con la diversidad de pensamiento y refractarios al diálogo académico.

El poeta Portocarrero, quien era además amigo y maestro del doctor Carlos Ramos, murió en enero de este año, así que sirva la presentación de este libro para rendirle nuestro reconocimiento y homenaje, aquí, en la casa de los derechos humanos, que es la casa del diálogo, de la libertad de pensamiento y la libertad de opinión. No solo de la libertad, sino de la defensa de esta, valor supremo en la escala axiológica del ser humano.

Nosotros, por nuestra parte, ya lo hicimos, en marzo último, en el salón consistorial de Arequipa, y el lunes último, 15 de este mes, en el Centro Cultural Inca Garcilaso de nuestra Cancillería, cuando tuvimos ocasión de presentar la primera reimpresión de la edición príncipe del libro *Poesías* de Mariano Melgar, prologado por Francisco García Calderón Landa, aparecida por primera vez en 1878, y reeditada por el Fondo Editorial del Jurado Nacional de Elecciones, como parte de los actos conmemorativos del bicentenario de la muerte de Melgar, el poeta de los yaravíes, pero también del hombre de letras, del académico, del auditor de Guerra, del prócer de la Independencia.

La pluma y la ley es, tal vez, el primer intento sistémico realizado por un académico en el Perú de aproximarse al derecho y la literatura como rama interdisciplinaria de la reflexión académico-jurídica, como lo es también la historia del derecho, en la que el doctor Carlos Ramos tiene también copiosa y meritoria producción bibliográfica.

No puedo dejar de mencionar que a finales de los años sesenta, mi profesor Arnaldo Estrada Cruz publicó un ensayo titulado *Relaciones entre el derecho y la literatura*, y que mi profesor José María Montenegro Baca escribió un enjundioso ensayo *El derecho del trabajo en «El Quijote»*. Y últimamente, el doctor Iván Rodríguez Chávez publicó el libro *Vallejo para abogados*, que tuve el honor de presentar.

El Dr. Carlos Ramos abunda en su libro sobre casos de hombres de leyes en la narrativa peruana, sistematizando en su libro lo que los literatos han escrito sobre los abogados y los jueces. En esa lista incluye, como no podía ser de otra manera, aunque solo en el prólogo, al autor de las *Tradiciones peruanas*, a don Ricardo Palma, autor al que yo acudo con frecuencia en mis clases de deontología jurídica en la Universidad Ricardo Palma, y cuya lectura no dejo de sugerir a mis alumnos de esa universidad, como una forma de aproximación al quehacer histórico del abogado en nuestro país.

No olvidemos que debemos a Ricardo Palma el recordarnos siempre que los abogados tenemos también un Santo en los cielos: San Ivo de Kermartin, personaje real que aparece en una de sus más logradas tradiciones, *El abogado de los abogados*. Para más referencias, San Ivo fue, además, el autor de uno de los primeros códigos deontológicos de nuestra profesión.

259

Un notable abogado y político, cuyo prestigio se ha mantenido con el tiempo, en parte gracias a la labor divulgadora de su vida y obra a cargo del Dr. Carlos Ramos, a quien dedica buena parte de uno de sus volúmenes de su ya famosa *Historia del derecho civil peruano*, es Francisco García Calderón Landa, quien siendo abogado, también demostró su sapiencia en el campo de la crítica literaria, al prologar con erudición la edición príncipe de las *Poesías* de Mariano Melgar, en 1878.

Cómo no mencionar, como precursor de estas reflexiones de derecho y literatura, el libro del doctor Fernando de Trazegnies Granda, *Ciriaco de Urtecho, litigante por amor*, obra que tiene el doble mérito de involucrar en un solo esfuerzo académico al derecho, la literatura y la historia.

Debo confesar que al recibir la invitación para presentar el libro *Poesía y derecho constitucional. Una conversación*, de Peter Häberle y Hèctor López

Bofill, me sentí doblemente honrado y complacido, por ser un evento importante que abordaba un tema que me apasiona, y valgan verdades, una oportunidad para reencontrarme con algunos amigos de este Tribunal Constitucional, pues tengo un concepto axiológico de la amistad. Esto explica mi presencia en esta Casa de Pilatos, hoy sede del Tribunal Constitucional.

En su «Himno a los voluntarios de la República», como arremolinando su verbo de poeta perfecto, Vallejo nos dejó en un paréntesis, esta genial frase:

(Todo acto o voz genial viene del pueblo
y va hacia él, de frente o transmitidos
por incsesantes briznas, por el humo rosado
de amargas contraseñas sin fortuna)

Creo que en el contexto de una velada como la que nos convoca, podemos aventurarnos a interpretarla como una frase filosófico-constitucional. Como sabemos, también para el constitucionalismo moderno este es el ideal: que la *voz del pueblo* se imprima en los textos constitucionales para que vuelva hacia él a través de decisiones de los poderes públicos, que tendrán en la Constitución un límite a su actuación.

260
Pero también las constituciones democráticas de nuestro tiempo hay que entenderlas como las «vozes de la genialidad del pueblo», en la medida que las constituciones de nuestro tiempo, recogen lo mejor de la tradición cristiana, liberal, republicana y social. Las constituciones son obras culturales, en la expresiva y feliz acuñación de Peter Häberle. Como ha escrito nuestro autor:

La Constitución no es solo un texto jurídico o una obra normativa, sino también la expresión de una situación cultural, instrumento de autorepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas.

Vemos aquí cómo, poesía y constitución, tienen una fuente común: la voz genial del pueblo.

Pero nuestro vate decía algo más en su paréntesis: toda voz genial viene del pueblo y vuelve hacia él, a veces «de frente» otras veces «transmi-

tidos por incesantes briznas». De nuevo aquí, me atrevería a aventurar una interpretación (después de todo, poesía y constitución tienen también en común que ambos son objetos pensados y creados para ser interpretados). Esas «incesantes briznas» a las que se refiere Vallejo pueden ser también interpretadas como la insistencia de la humanidad por hacer que en nuestras naciones triunfen los derechos, las libertades y la defensa de la dignidad humana. Toda voz genial emana del pueblo y vuelve hacia él, y las constituciones que proclaman nuestros derechos tienen que volver al pueblo, aunque a veces, como también señala en su genial paréntesis, nos encontramos con «el humo rosado de amargas contraseñas sin fortuna». La realización de los derechos no ha sido una tarea fácil y sigue siendo el faro que debe orientar nuestro actuar, especialmente para quienes tenemos responsabilidades públicas.

Este genial paréntesis de Vallejo, no sé si por pura casualidad, se puede leer hoy en día (aunque incompleto), a mitad de la escalera que conduce a la Sala del Pleno del Tribunal Constitucional en la Casa de Pilatos. Digo que no estoy seguro si lo pusieron ahí los magistrados de alguna de las anteriores composiciones del Tribunal Constitucional atendiendo a su innegable referencia constitucional o si está ahí de casualidad, en la medida que antes en este local funcionaba la Casa de la Cultura.

261

Volvamos a lo que nos ocupa, el libro *Poesía y derecho constitucional*. Ya en la impecable presentación del magistrado Carlos Ramos, pude comprender la relevancia de la publicación y lo que terminó convenciéndome fueron las dos citas que se realizan en la primera pregunta y su respectiva respuesta. La cita de la pregunta corresponde a Hölderlin y dice así: «Aquello que permanece lo fundan los poetas», mientras que en su respuesta el profesor Häberle, aludiendo a la relevancia de los textos clásicos cita a Bertolt Brecht en una expresión muy cercana a la frase de Vallejo con la que iniciamos estas palabras. En tono crítico Brech había escrito: «todo el poder del Estado procede del pueblo, ¿pero hacia dónde va?»

Poesía y proyectos constitucionales son expresiones de la vida cultural de los pueblos como ha destacado Häberle. Nuestro autor proponía de este modo incorporar como cuarto elemento, junto a la soberanía, el territorio y el pueblo el concepto de *cultura*, aunque luego, este elemento es incluso transversal y base de todos los demás elementos.

Siendo esto así, tiene pleno sentido que la poesía y la cultura en general sean lo permanente y duradero, mientras que los proyectos políticos, (incluso habría que aceptar, también el proyecto del Estado constitucional) sean proyectos contingentes. Lo que permanece es obra de los poetas decía la cita. Podríamos confirmarlo asumiendo que la poesía es la expresión genuina y espontánea de la cultura: *ergo*, lo que queda es siempre la cultura de los pueblos.

La cita de Brecht es también magnífica y podríamos decir que la respuesta a su pregunta está en el paréntesis de Vallejo al que aludíamos. Todo el poder del Estado nace del pueblo, es verdad, y Brecht preguntaba, ¿pero a dónde va? Vallejo diría, como toda voz que viene del pueblo tiene que volver hacia él, solo así tiene sentido la idea del poder soberano del pueblo expresado en las constituciones.

Dicho sea de paso (y entre paréntesis), las vidas de Vallejo y Brecht son vidas contemporáneas y llenas de similitudes en muchos aspectos. Quizá convenga indagar más sobre este paralelo (dejo la propuesta para el Centro de Estudios Constitucionales), sospecho que nos encontraríamos con más de una sorpresa. Ambos nacieron en la última década del siglo XIX.

Brecht nació el 10 de febrero de 1898, mientras que Vallejo vino al mundo, como sabemos, un 16 de marzo de 1892. Vallejo murió joven y sin ver el triunfo de la democracia; Bertolt Brecht, en cambio, vivió hasta 1956, pudo celebrar por tanto el triunfo contra el nazismo y el facismo en Europa y también disfrutar de su fama y sus logros, cosa que Vallejo no tuvo en vida.

En el diálogo culto y a veces incluso sofisticado del maestro con su discípulo, hay un aspecto más que quisiera destacar. El profesor Häberle se refiere a la apertura como rasgo distintivo del derecho constitucional y manifiesta que es este rasgo el que también lo acerca al arte, a la poesía y a la literatura en cuanto objeto de interpretación.

Este es un aspecto que me parece central para una reflexión actual del derecho constitucional y de la práctica jurisprudencial de nuestros tiempos. La poesía, dice Häberle, sería el espacio de «precomprensión» de la Constitución y sus contenidos. En tal sentido señala que, «nuestra “precomprensión”

sobre lo que es la dignidad humana o el “arte” (en la constitución), depende de la historia de la cultura transmitida por los poetas». No me había puesto a reflexionar sobre esta manera realmente abierta de plantear los problemas constitucionales. La sensibilidad de los poetas y de los cultores de todo tipo de arte, tiene que contar como referente para quien interpreta la Constitución, entendida también como lo asume Häberle: no solo un texto, sino sobre todo el reflejo de nuestra manera de pensar y de autorepresentarnos.

Para mí, les confieso, ha sido una verdadera satisfacción leer estas páginas que aun cuando hayan sido editadas previamente en otros espacios, creo que era indispensable que circulara entre nosotros. Su lectura me ha dejado muchas inquietudes y reflexiones, y cuando una publicación genera estas emociones en el lector, es que vale la pena su edición.

Agradezco esta oportunidad que, por otro lado, me ha permitido conocer un poco mas de cerca el humanismo del profesor Häberle y su vocación por el arte, la literatura y, en particular, la poesía. Hemos leído algunos de sus trabajos que se han difundido en nuestro medio gracias al profesor César Landa, quien ha sido seguramente su mayor difusor entre nosotros.

263

Felicito al Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional en la persona de su Director General, el Dr. Carlos Ramos. Creo que el trabajo que viene realizando con la divulgación de trabajos como el que hoy presentamos, ayudará a ampliar nuestros horizontes en la construcción de nuestra propia versión del Estado constitucional pluralista.

Finalmente, el gran filósofo Nicolás de Maquiavelo describió magníficamente, en una de sus cartas, la solemnidad con que ingresaba a su biblioteca y la seriedad que concedía a la lectura. Escribió Maquiavelo:

Avanzada la tarde, me vuelvo a casa y entro a mi despacho. Y en el umbral me despojo de mis vestidos cotidianos, llenos de fango y lodo, y me visto de ropas nobles y curiales. Entonces, dignamente ataviado, entro en las cortes de los hombres antiguos, donde, amablemente recibido por ellos, me deleito con este alimento que es solo para mí, y para el que yo nací. Y no me avergüenzo de hablar con ellos, y de preguntarles por las razones de sus acciones. Y ellos, por su humanidad, me responden. Y durante cuatro horas no siento ningún aburrimiento, me olvido de toda

ambición, no temo la pobreza, no me da miedo la muerte: me transfiero enteramente donde están ellos [...].¹

La lectura es una forma de reverencia al pasado para pensar el futuro.



Poesía y derecho constitucional, libro con el que se inauguró la colección «Derecho, Cine y Literatura».

¹ Disponible en <http://jotdown.es/2014/04/vida-de-maquiavelo-y-iii/>. Revisado por última vez el 4 de junio de 2014.

El derecho fundamental de libertad religiosa en la Constitución del Perú y su desarrollo jurisprudencial*

ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ**

Sumario:

1. Introducción; 2. El derecho-principio de igualdad religiosa; 3. El derecho fundamental de libertad religiosa; 4. Los límites de la libertad religiosa; 5. El principio de laicidad del Estado; 6. El principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas; 7. La jurisprudencia de Tribunal Constitucional sobre libertad religiosa entre los años 2010 y 2013. 7.1 STC 5680-2009-PA/TC: actos religiosos en espacios públicos; 7.2 STC 6111-2009-PA/TC: Símbolos religiosos en espacios públicos; 7.3 STC 3045-2010-PHC/TC: la libertad religiosa en establecimientos penitenciarios; 7.4 STC 928-2011-PA/TC: Apostasía y pretensión de cancelar la inscripción del bautismo en los libros parroquiales; 7.5 STC 3372-2011-PA/TC: laicidad y declaración estatal de patronos religiosos; 7.6 STC 2430-2012-PA/TC: exámenes convocados en días de descanso religioso y objeción de conciencia.

265

1. Introducción

Si buscáramos los antecedentes históricos del reconocimiento del derecho de libertad religiosa (uno de los «cimientos de la sociedad democrática», como le ha llamado la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹), podríamos remontarnos hasta el Edicto de Milán, dado por los emperadores Constantino y Licinio en el año 313, en el que establecen:

* Ponencia presentada en el XV Coloquio Anual del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa: *Avances y Retroscesos en la Protección Jurídica de la Libertad Religiosa*, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, del 21 al 23 de mayo de 2015.

** Secretario Relator del Tribunal Constitucional del Perú. Doctor y Máster en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Constitucional en la Sección de Postgrado de la Universidad de San Martín de Porres.

¹ Cfr. Sentencia del caso *La última tentación de Cristo* (Olmedo Bustos y otros vs. Chile), del 5 de febrero de 2001, núm. 79.

Que a nadie se le niegue en absoluto la facultad de seguir y escoger la observancia o la religión de los cristianos, y que a cada uno se le dé facultad de entregar su propia mente a la religión que crea que se adapta a él, a fin de que la divinidad pueda en todas las cosas otorgarnos su habitual solicitud y benevolencia³.

Por medio de esta directriz, el Imperio romano establece la libertad de cultos con carácter general y reconoce a los cristianos como corporación, ordenando la restitución de sus lugares de culto y otros bienes que les fueron confiscados. Como explica Mantecón Sancho, «por primera vez en la historia de la civilización, el Estado *reconoce* –no *concede*– que la libertad de conciencia y de religión constituyen una dimensión ajena a la misión y al fin del Estado»⁴.

Ya en época moderna, puede citarse la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 (Sección 16: «Todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión»); la Primera Enmienda, de 1791, de la Constitución de los EE.UU. («El Congreso no aprobará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente»), y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (artículo 10º: «Nadie será inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley»).

266

En el pasado siglo, la Carta de las Naciones Unidas de 1945 dirá, en su artículo 1º.³, que uno de los propósitos de este organismo es el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos de todos, sin hacer distinción por motivos, entre otros, de religión⁵. Y tres años después, la libertad religiosa estará reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 18º). Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 reconocerá el derecho de libertad religiosa y sus límites en

³ Fragmento del documento completo transscrito por E. DE CESAREA, *Historia Eclesiástica* [ca. 325], texto, versión española, introducción y notas por A. VELASCO DELGADO, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1973, vol. II, pp. 622-626.

⁴ J. MANTECÓN SANCHO, *El derecho fundamental de libertad religiosa. Textos, Comentarios y Bibliografía*, Eunsa, Pamplona 1996, p. 35.

⁵ Cfr. también sus artículos 13º y 55º.

su artículo 18⁶, lo cual será seguido en nuestro continente por el artículo 12º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Por lo que respecta al Derecho constitucional peruano –escenario de este trabajo–, la Constitución de 1979, antecedente inmediato de la actual de 1993, se iniciaba –sin precedentes en nuestro constitucionalismo y en fenómeno explicable por la impronta de la citada Declaración Universal de 1948– con una amplia declaración de derechos fundamentales en su artículo 2, poniendo en evidencia su exaltación de la persona humana, ya que «todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal anteriores y superiores al Estado», según declaraba en su Preámbulo.

En tal declaración de derechos, la libertad religiosa venía consagrada muy al principio (artículo 2º, inciso 3), luego del derecho a la vida y a la igualdad, con lo cual era clara la importancia que la norma fundamental le reconocía. A su turno, la vigente Constitución de 1993 reconocerá igualmente este derecho, en similares términos y ubicación (artículo 2º, inciso 3).

267

Fix Zamudio señalaba en 1997 que, contrariamente a lo ocurrido en otros foros internacionales, como la ONU o el Consejo de Europa, «en el ámbito latinoamericano han sido escasos los pronunciamientos y las decisiones sobre el problema de la libertad religiosa, si se toma en consideración que la preocupación de los órganos del sistema, es decir, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, así como la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, se ha concentrado en la violación de los derechos esenciales de la vida y de la libertad de las personas, así como de la tutela de sus derechos políticos, que fueron lesionados de manera grave y masiva por las dictaduras militares que predominaron por varias décadas en numerosos países latinoamericanos»⁷.

⁶ En el ámbito de la ONU debe mencionarse también la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que en su artículo 14º.1 reconoce el derecho del menor «a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», y la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de 1981.

⁷ H. FIX ZAMUDIO, *La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, en J. MARTÍNEZ-TORRÓN (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso internacional de Derecho eclesiástico del Estado*, Comares, Granada 1998, p. 95.

Esta misma afirmación puede predicarse de las jurisdicciones internas de los países latinoamericanos, que, en el campo de los derechos humanos, o dedicaron su atención especialmente a asuntos como los referidos por el autor citado, o en los cuales la libertad religiosa no fue invocada y tutelada como derecho por los tribunales nacionales, probablemente a consecuencia de una escasa cultura de los derechos humanos por la poca experiencia democrática de la mayoría de tales países.

Sin embargo, en las casi dos décadas de existencia del Tribunal Constitucional del Perú (TC), puede afirmarse que su jurisprudencia viene contribuyendo a revertir esa situación de exigua defensa de la libertad religiosa, como lo prueban las once sentencias que hasta la fecha ha dado este Alto Tribunal sobre este derecho⁸.

El presente trabajo hará un repaso por la jurisprudencia del TC en materia del derecho fundamental de libertad religiosa, destacando cómo este supremo intérprete de la Constitución, en su tarea de defender la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, ha ido perfilando la libertad religiosa en sí misma (contenido y límites) y en relación con los principios de igualdad religiosa y no discriminación, laicidad del Estado y colaboración entre el Estado y las confesiones. Asimismo, revisaremos los seis casos resueltos por el TC entre los años 2010 y 2013, pues es en ese período donde podemos advertir importantes desarrollos en varios de los aspectos que comprende el derecho de libertad religiosa y la consolidación y ampliación de los criterios jurisprudenciales iniciados años atrás.

Asimismo, destacaremos cómo han sido incorporados en la Ley 29635, Ley de Libertad Religiosa (LLR) y su Reglamento (el Decreto Supremo 010-2011-JUS) los temas desarrollados por la jurisprudencia del TC y que estudiaremos aquí⁹.

⁸ Nos referimos a las SSTC: 895-2001-PA/TC, 256-2003-PHC/TC, 3283-2003-PA/TC, 1004-2006-PHD/TC, 2700-2006-PHC/TC, 5680-2009-PA/TC, 6111-2009-PA/TC, 3045-2010-PHC/TC, 928-2011-PA/TC, 3372-2011-PA/TC y 2430-2012-PA/TC.

⁹ El 21 de diciembre de 2010 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* la Ley 29635, Ley de Libertad Religiosa. Se trataba de una ley largamente esperada, si se tiene en cuenta que el derecho de libertad religiosa tiene en el Perú un expreso reconocimiento desde la Constitución de 1979 (artículo 2º, inciso 3). Era una carencia significativa que el Perú –a diferencia de

Esperamos que este trabajo pueda destacar la labor que viene realizando la justicia constitucional en el Perú en defensa del derecho de libertad religiosa, como una muestra de la tutela de los derechos humanos, que es hoy tarea indiscutible de los tribunales constitucionales.

2. El derecho-principio de igualdad religiosa

La Constitución peruana reconoce la *igualdad religiosa* en su artículo 2, inciso 2): «Nadie puede ser discriminado por motivo de [...] religión».

Conforme ha señalado el TC, aquí se consagra el *derecho-principio de no discriminación o de igualdad religiosa*¹⁰. Para el supremo intérprete de la Constitución:

[Este principio] establece la proscripción de un trato que excluya, restrinja o separe, menoscabando la dignidad de la persona e impidiendo el pleno goce de los derechos fundamentales (por lo que en virtud de tal principio queda prohibida) la diferenciación no justificable en el ámbito laboral, educativo, etc., o (el) desempeño de cargos o funciones de naturaleza pública que estén condicionados a la adhesión o no adhesión a una filiación religiosa¹¹.

269

Asimismo, el TC se ha ocupado de precisar que «la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de derecho y de la actuación de los poderes públicos»¹². Por ello, bien cabe hablar no únicamente de *derecho de igualdad religiosa*, sino del *derecho-principio de igualdad religiosa*.

varios países, como España o, más próximos, Chile o Colombia– no contara con una ley de libertad religiosa, donde, entre otros aspectos, se regulen las condiciones que puedan llevar a las confesiones religiosas a suscribir convenios de cooperación con el Estado conforme al artículo 50º de la Constitución. Posteriormente, mediante el Decreto Supremo 010-2011-JUS, publicado en el diario oficial el 27 de julio de 2011, fue dictado el Reglamento de la Ley de Libertad Religiosa.

¹⁰ Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 19. En similar sentido, el TC español ha señalado que el principio de igualdad religiosa es consecuencia del principio de libertad religiosa y «significa que las actitudes religiosas de los sujetos de derecho no pueden justificar diferencias de trato jurídico» (STC 24/1982, de 13 de mayo, fundamento 1).

¹¹ STC 3283-2003-AA/TC, fundamento 19.

¹² STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 21.

Pero también el TC ha aclarado que no todo trato diferenciado es contrario al derecho-principio de igualdad o discriminatorio, pues «contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación»¹³. Esto, llevado al plano del derecho-principio de igualdad religiosa, le permite afirmar al TC:

Igualdad [...] no significa uniformidad. Por ello, a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del *derecho-principio de no discriminación o de igualdad religiosa*, habrá que, en primer término, determinar si se está frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o si se trata de un trato desigual arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio¹⁴.

En el artículo 3º del Reglamento de la LLR podemos encontrar la exigencia del respeto del derecho-principio de igualdad en ámbitos de especial importancia para la dignidad humana como son el acceso a la educación, la salud o el empleo cuando estos son proporcionados por una entidad religiosa, que, sin embargo, puede estar restringido –en diferenciación que no resultaría discriminatoria– a quienes se adhieran al ideario previamente establecido por la entidad religiosa. Así, dicho Reglamento señala:

El acceso a la educación, a la salud, empleo o toda otra circunstancia referente al ejercicio de un derecho fundamental, no podrá ser condicionado por razones religiosas, salvo en los casos en que la entidad con la cual se interactúe, al ser parte de una entidad religiosa, haya establecido previamente en sus estatutos, que su ámbito de actuación está referido únicamente a personas que pertenezcan a dicha entidad o que se comprometan a respetar los principios derivados de la misma.

3. El derecho fundamental de libertad religiosa

En el inciso 3 del artículo 2º, la Constitución entra de lleno en el derecho fundamental de libertad religiosa, reconociéndolo en los siguientes términos:

¹³ STC 0048-2004-PI/TC, fundamento 59.

¹⁴ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 22.

El derecho fundamental de libertad religiosa en la Constitución...

Toda persona tiene derecho: [...] A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias [...] El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

Como puede apreciarse, la Constitución reconoce la *libertad religiosa* juntamente con la *libertad de conciencia* y, a renglón seguido, también la *libertad de pensamiento*, esta última en sentido negativo, al señalar que «no hay persecución por razón de ideas»¹⁵. De esta forma, la Constitución consagra juntos estos tres derechos, tal como lo hacen otros textos sobre derechos humanos ya mencionados, empezando por la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 18º), conforme a la cual: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión».

Sin embargo, el TC se ha ocupado de reconocer la autonomía de la *libertad religiosa*, distinguiéndola de la *libertad de conciencia*. De esta forma, para el supremo intérprete de la Constitución, la *libertad religiosa*:

271

Supone la capacidad de toda persona para autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias *en el plano de la fe religiosa*, así como para la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión (la cursiva es nuestra)¹⁶.

Por su parte, la *libertad de conciencia* o *libertad de creencias*, según el TC:

Es asumida por lo general como la facultad del individuo de actuar y realizar su vida en consonancia con su personal concepción deontológica.

¹⁵ Cuando en esta frase se dice también que «no hay persecución por razón de [...] creencias», se está haciendo alusión nuevamente a la libertad de conciencia, conforme veremos en seguida, pues este derecho, conocido también como *libertad de creencias*, protege «la libertad fundamental de todo ciudadano, como persona, en la búsqueda del bien, de poseer su propio juicio moral como acto personal de la conciencia, y en adecuar sus comportamientos y realizar su vida según el personal juicio de moralidad. Moral, ética y creencias sobre el bien y el mal componen, como actitudes esencialmente personales, el objeto del derecho de libertad de las conciencias» (P. J. VÍLADRICH y J. FERRER ORTIZ, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español*, en J. FERRER ORTIZ [coord.], *Derecho eclesiástico del Estado español*, Eunsa, Pamplona 1996, p. 128).

¹⁶ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 11.

En otras palabras, es la libertad de la persona de poseer su propio juicio ético o moral y de actuar conforme a dicho juicio en su entorno social o en el contexto en el que se desenvuelve¹⁷.

A su turno, la libertad de pensamiento, también conocida como libertad ideológica, protege «el conjunto de ideas, conceptos y juicios que el hombre tiene sobre las distintas realidades del mundo y de la vida; más específicamente, pensamiento quiere decir aquí la concepción sobre las cosas, el hombre y la sociedad –pensamiento filosófico, cultural, científico, político, etc.– que cada persona posee»¹⁸.

Es por ello que el TC se ha referido a la libertad de pensamiento al hablar de la libertad de cátedra, señalando que ésta, primero, asegura la autodeterminación de la cosmovisión ideológica del docente universitario y, segundo, le permite difundirla con libertad de pensamiento¹⁹.

Entonces, la libertad de pensamiento se constituye como el derecho a la libertad de ideas que toda persona pueda tener sobre el hombre, el mundo o la vida. La Constitución alude a ésta en dos de sus artículos. El primero es el ya mencionado inciso 3 del artículo 2º, en un sentido negativo, pues reconoce este derecho prohibiendo todo acoso por motivos ideológicos («no hay persecución por razón de ideas»). El segundo está contenido en el artículo 2º, inciso 4, al reconocer el derecho de toda persona a difundir libremente su pensamiento o su ideología –en ejercicio, a su vez, de otro derecho fundamental: la libertad de expresión– «mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley»²⁰.

272

¹⁷ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 10. Para Hervada, sobre la libertad de conciencia no puede prevalecer ni la razón de Estado ni la conveniencia de un partido, por lo que constituye un ataque frontal a la conciencia imponer a los parlamentarios la disciplina de partido en cuestiones que afectan a la conciencia, estableciéndose controles –por ejemplo votaciones no secretas– que presionan su conciencia (cfr. J. HERVADA, *Escritos de Derecho Natural*, Eunsa, Pamplona 1986, p. 571).

¹⁸ J. HERVADA y J. M. ZUMAQUERO, *Textos internacionales de Derechos Humanos*, Eunsa, Pamplona 1978, p. 149.

¹⁹ Cfr. STC 4232-2004-AA/TC, fundamento 32.

²⁰ De igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce la libertad de pensamiento juntamente con la libertad de expresión, lo que demuestra que es a través

Sintetizando, pueden centrarse los rasgos distintivos de la libertad religiosa, libertad de pensamiento y de conciencia en que «el tema de Dios es el objeto de la libertad religiosa en el sentido de acto de fe y la profesión de la religión a través de todas sus manifestaciones. Mientras que el tema de la actitud de la persona ante la verdad y el bien, se derive o no de una previa postura religiosa, posee autonomía propia y es objeto de la libertad de pensamiento y de la libertad de conciencia. En consecuencia, no es la atención sobre la común raíz de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, la que manifiesta sus diferencias; sino, por el contrario, la atención a los objetos específicos de cada uno de estos derechos es el punto de donde arrancan las diferencias y con ellas la autonomía de cada derecho»²¹.

Con todo, puede decirse que, aunque el derecho de libertad religiosa guarda importantes diferencias con los derechos de libertad de conciencia y de pensamiento, estos tienen un denominador común, pues «los tres implican el reconocimiento de la naturaleza y dignidad del ser personal en su dimensión más profunda y específica, aquélla donde es y actúa el carácter innato, inviolable, irrenunciable e imprescriptible de su racionalidad y de su conciencia mediante la búsqueda y el establecimiento de su propia relación con la verdad, el bien y Dios. Esa raíz común explica la tendencia de los textos internacionales a reconocerlos conjuntamente e incluso en un mismo precepto, y también el peligro de confundirlos»²².

273

De otro lado, el TC ha señalado que pueden distinguirse dos aspectos de la libertad religiosa según la protección de este derecho involucre la prohibición de una conducta (aspecto negativo) o exija una acción (aspecto positivo). Así, el aspecto negativo «implica la prohibición de injerencias por parte del Estado o de particulares en la formación y práctica de las creencias o en las actividades que las manifiesten». Y el aspecto positivo impone que «el

de esta última que se exterioriza el sistema ideológico que protege la libertad de pensamiento. Prescribe la Convención en su artículo 13º.1: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección».

²¹ P. J. VILADRICH y J. FERRER ORTIZ, *Los principios informadores...*, cit., p. 129.

²² *Ibidem*.

Estado genere las condiciones mínimas para que el individuo pueda ejercer las potestades que comporta su derecho a la libertad religiosa»²³.

En relación con este aspecto positivo, puede apreciarse que si bien cabe catalogar a la libertad religiosa –en la conocida clasificación de *generaciones*– dentro de los llamados derechos de *primera generación* o de libertades individuales, no puede considerarse que ésta solo exija, como es característico en tales derechos, la *abstención* o no injerencia de los poderes públicos en la esfera privada, reservándoles una mera actitud de vigilancia en términos de policía administrativa, pues este aspecto positivo exige unas *prestaciones* al Estado, es decir, una política activa encaminada a garantizar el real y efectivo ejercicio de la libertad religiosa, dentro de la que se enmarca, a nuestro juicio, la colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas, según veremos más adelante²⁴.

También en la jurisprudencia del TC puede distinguirse una dimensión subjetiva (que se subdivide en un contenido interno, externo y negativo) y una dimensión objetiva del derecho fundamental de libertad religiosa, que graficamos en el siguiente cuadro con sus correspondientes subdivisiones, las cuales serán desarrolladas en las páginas siguientes:

274

En su dimensión subjetiva interna, la libertad religiosa «supone la capacidad de toda persona para autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa»²⁵.

En su dimensión subjetiva externa, involucra la libertad para «la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión»²⁶, siempre que no se «*ofenda la moral ni altere el orden público*» (artículo 2º, inciso 3, de la Constitución)²⁷.

²³ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 14; STC 256-2003-HC/TC, fundamento 15.

²⁴ Sobre las *generaciones* de derechos humanos y su estado actual puede consultarse: A. E. PÉREZ LUÑO, *Las generaciones de derechos humanos*, en «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 10 (1991), pp. 203-217.

²⁵ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 11.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ García Hervas llega a decir que esta dimensión externa es la relevante para el Derecho, pudiendo afirmarse que el derecho fundamental de libertad religiosa faculta para optar por

Puede apreciarse que, en la dimensión subjetiva externa, el TC sigue a la Declaración Universal de Derechos Humanos que, en el referido artículo 18º, menciona que la manifestación de la libertad religiosa puede darse, pública o privadamente, a través de «la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia», los cuales pueden concretarse en:

1. *Credo y enseñanza*: Una serie de verdades (creencias) a las que el hombre se adhiere, teniendo también libertad para su enseñanza, predicación y proselitismo²⁸.

2. *Culto*: Celebraciones o ritos y otros actos de homenaje a la divinidad, en especial la oración y el sacrificio.

3. *Práctica*: Sistema vital adecuado a ese credo²⁹.

4. *Observancia*: Existencia de normas propiamente morales³⁰ que hay que cumplir (mandamientos, consejos). La observancia, según Mantecón Sancho, puede estar referida «a aquellas prácticas no estrictamente cultuales o litúrgicas, que impone una determinada religión (regímenes dietéticos especiales, formas particulares de vestir, etc.)»³¹.

275

La dimensión subjetiva externa genera el *principio de inmunidad de coacción*, conforme al cual, según el TC, «ninguna persona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas; es decir, que no podrá ser obligada o compelida jurídicamente a obrar de manera opuesta a dichas convicciones»³².

la manifestación pública de unas determinadas creencias religiosas; porque, en definitiva, lo que interesa al Derecho no son las creencias religiosas en cuanto convicciones interiores, sino su proyección *ad extra* (D. GARCÍA HERVAS, *Manual de Derecho Eclesiástico del Estado*, Colex, Madrid 1997, p. 148).

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ J. MANTECÓN SANCHO, *El derecho fundamental...*, cit., p.66.

³² STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 11; STC 3283-2003-AA/TC, fundamento 19. También en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español puede encontrarse, ya desde 1982, la referencia a esta *inmunidad de coacción* del Estado o de cualquier grupo social como exigencia del derecho de libertad religiosa (cfr. STC 24/1982, de 13 de mayo, fundamento 1).

De otro lado, la dimensión subjetiva externa de la libertad religiosa conforme a la Constitución (artículo 2º, inciso 3), ampara su ejercicio no solo en forma individual, sino también *asociada* o colectiva. La Constitución sigue aquí también a la Declaración Universal de Derechos Humanos, según la cual la libertad religiosa puede ser ejercida individual o *colectivamente* (artículo 18º). De esta forma, nuestra ley fundamental reconoce la titularidad del derecho de libertad religiosa de las personas jurídicas, es decir, de las confesiones religiosas³³, como la Iglesia católica u otras entidades religiosas³⁴.

García Hervas destaca esta *dimensión comunitaria* del derecho de libertad religiosa –junto con su *dimensión individual*, por la que son titulares del mismo las personas en cuanto creyentes–, por la cual también pueden ser titulares de este derecho los grupos –principalmente las confesiones– en cuanto tales. Y esto parece distinguir al derecho de libertad religiosa de los otros derechos fundamentales: la posibilidad –jurídica y eficazmente tutelada– de que se proyecte a relaciones sociales típicamente religiosas. De ahí que el derecho de libertad religiosa lleve consigo, ineludiblemente, la posibilidad de configurar grupos sociales con fines específicamente religiosos. Estos grupos (los más relevantes: las confesiones religiosas) tienen una tipicidad singular, por no decir única, en relación con las demás formaciones sociales: su razón de ser viene determinada por la materia religiosa, acerca de la cual es radicalmente incompetente el Estado³⁵.

³³ Este reconocimiento resulta especialmente importante, de cara al debate sobre la titularidad de los derechos fundamentales por parte de personas jurídicas. En nuestra opinión, aquí tenemos un ejemplo de personas jurídicas (las entidades religiosas) que pueden ser titulares de un derecho fundamental como la libertad religiosa. Respecto a los derechos fundamentales de las personas jurídicas, puede consultarse la STC 4972-2006-PA/TC, donde podrá apreciarse que en su repertorio meramente *enunciativo*, según ella misma declara (fundamento 14), de derechos constitucionales de las personas jurídicas, no se menciona la libertad religiosa, pero podría válidamente ser incluida, por las razones que venimos de dar.

³⁴ Los sujetos colectivos confesionales son expresamente mencionados por los artículos 2º (inciso 3) y 50 de la Constitución como «confesiones» –entre ellas, con nombre propio, la Iglesia católica–, lo cual hace que dichos entes se encuentren elevados a la categoría de sujetos de configuración constitucional, del mismo modo que los sindicatos de trabajadores, los partidos políticos o los colegios profesionales (cfr. M. LÓPEZ-ALARCÓN, *Confesiones y entidades religiosas*, en J. FERRER ORTIZ [coord.], *Derecho eclesiástico...*, cit., p. 219).

³⁵ D. GARCÍA HERVAS, *Manual...*, cit., pp. 149-150.

Para Martínez-Torrón, la titularidad de este derecho por parte de las confesiones religiosas se traduce en una regulación de carácter específico y, en principio, preferente cuando se las compara con otros grupos ideológicos inspirados en convicciones no religiosas³⁶, como lo prueba el que las confesiones religiosas sean destinatarias de la colaboración estatal mencionada en el artículo 50º de la Constitución del Perú.

Un ejemplo de ejercicio colectivo de este derecho fundamental puede ser la *enseñanza* o *divulgación* de la religión si es que ésta es emprendida por una entidad religiosa. Así, se entiende que el artículo 6º, inciso e), de la LLR reconozca como derecho colectivo de libertad religiosa el derecho de las entidades religiosas inscritas «a divulgar y propagar su propio credo»³⁷.

Hervada sintetiza los derechos que se derivan de esta dimensión comunitaria de la libertad religiosa en los siguientes:

- Autonomía normativa
- Culto colectivo en privado y en público
- Atención religiosa a sus miembros
- Elección, nombramiento y traslado de sus ministros
- Libre comunicación entre las autoridades y comunidades religiosas
- Uso de bienes muebles e inmuebles
- Enseñanza de su fe de palabra y por escrito
- Juicio religioso y moral sobre toda actividad humana
- Reuniones y formación de asociaciones e instituciones educativas, culturales, caritativas, sociales³⁸.

277

Respecto a la titularidad del derecho de libertad religiosa por parte de las personas jurídicas (entidades o confesiones religiosas), es decir, el ejercicio colectivo de la libertad religiosa, la LLR dispone que las confesiones inscritas como asociaciones civiles pueden inscribirse en el Registro de Entidades Religiosas para el reconocimiento de su personería jurídica civil como entidades religiosas (artículo 13º), siempre que ofrezcan garantías de estabilidad

³⁶ J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religión, Derecho y Sociedad*, Comares, Granada 1999, p. 142.

³⁷ Este mismo artículo 6º contempla otros derechos que pueden ser ejercidos por las entidades religiosas inscritas como titulares del derecho de libertad religiosa.

³⁸ Cfr. J. HERVADA, *Escritos...*, cit., p. 564.

y permanencia por su número de miembros y actividades (artículo 14º), y esta inscripción les abre las puertas a posibles acuerdos de colaboración con el Estado conforme al artículo 50º de la Constitución para aquellas confesiones que, además, acrediten notorio arraigo con dimensión nacional (artículo 15º).

Hemos dicho que un ejemplo de ejercicio colectivo de este derecho fundamental puede ser la *enseñanza* o *divulgación* de la religión cuando éstas son emprendidas por una entidad religiosa. Así se entiende que el artículo 6º, inciso e), de la LLR reconozca como derecho colectivo de libertad religiosa el derecho de las entidades religiosas inscritas «a divulgar y propagar su propio credo». Este mismo artículo 6º contempla otros derechos que pueden ser ejercidos por las entidades religiosas inscritas como titulares del derecho de libertad religiosa:

Gozar de personería jurídica civil, así como de plena autonomía y libertad en asuntos religiosos, pudiendo establecer sus propias normas de organización, régimen interno y disposiciones para sus miembros, sin perjuicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Política del Perú.

278

Crear fundaciones y asociaciones para fines religiosos, educacionales y de asistencia social conforme a la legislación nacional.

Formar, designar o elegir libremente a sus ministros de culto, dirigentes religiosos y establecer su propia jerarquía, según sus normas internas. La condición de ministro de culto se acredita con documento auténtico expedido por la autoridad competente de la entidad religiosa.

Ejercer libremente su ministerio, practicar su culto, celebrar reuniones relacionadas con su religión y establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos.

Solicitar, recibir y otorgar todo tipo de contribuciones voluntarias.

Mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras entidades religiosas, sea en territorio nacional o extranjero.

Por último, debe mencionarse que el TC ha destacado que la Constitución reconoce una dimensión subjetiva de la libertad religiosa en su artículo 2º, inciso 18, conforme a la cual toda persona tiene derecho «*a mantener reserva sobre sus convicciones [...] religiosas*»³⁹; es decir, nadie puede ser obligado a declarar sobre su religión o creencias. Como veremos más adelante, el TC ha tenido

³⁹ Cfr. STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 12.

oportunidad de referirse especialmente a esta dimensión de la libertad religiosa a propósito del derecho del compareciente a no responder en un interrogatorio judicial a la pregunta sobre la religión que profesa⁴⁰. Para Roca, se trata de «un verdadero *derecho de libertad declarativa en materia religiosa*, que reconoce al individuo una esfera de inmunidad de coacción garantizada mediante las consiguientes acciones de rechazo frente a cualquier coacción externa que pretenda obligarle a declarar contra su voluntad» (la cursiva es nuestra)⁴¹.

4. Los límites de la libertad religiosa

En la dimensión subjetiva de la libertad religiosa pueden ubicarse sus límites, los cuales, conforme a la Constitución (artículo 2º, inciso 3), son el respeto de la moral y el orden público⁴².

El orden público es un límite que se señala a la libertad religiosa desde el citado artículo 10º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Como sabemos, se trata de un concepto jurídico indeterminado, por lo que su concreción, en última instancia, está encargada al Juez⁴³.

279

En tanto que la libertad religiosa se interpreta a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 18º.3) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 12º.3)⁴⁴, debe entenderse como sus límites los señalados en estos tratados internacionales, esto es aquellos previstos en la ley que sean necesarios para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Bien cabe sostener, por tanto, que el respeto al orden público (y la moral) que menciona la Constitución como límite de la libertad religiosa

⁴⁰ Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 64. Por ello, con acierto el artículo 9º, inciso a), de la LLR señala que «nadie puede ser obligado a manifestar su convicción religiosa».

⁴¹ M. J. ROCA, *La declaración de la propia religión o creencias en el Derecho español*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 1992, p. 416.

⁴² Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 18.

⁴³ Cfr. J. M.ª BENETYTO PÉREZ, *Artículo 16º. Libertad ideológica y religiosa*, en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, II, Cortes Generales-Edersa, Madrid 1997, p. 324.

⁴⁴ Cfr. Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución; artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

puede traducirse en el respeto de los *derechos fundamentales de los demás*, pues es claro que, en una sociedad democrática que tenga como punto de partida el respeto a la dignidad de la persona, el mantenimiento del orden público tiene por finalidad la protección de los derechos humanos. Así lo entiende Calvo Álvarez, para quien el único límite del ejercicio de la libertad religiosa «es el respeto a los derechos de los demás, ya que ese respeto va inalterablemente unido al genuino sentido de orden público»⁴⁵.

Por ello, con acierto la LLR, al desarrollar los límites de la libertad religiosa previstos en la Constitución, precisa que estos son tanto «la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales como la protección del orden, la salud y moral públicos» (artículo 1º).

5. El principio de laicidad del Estado

En este apartado y el siguiente entramos ya en la dimensión objetiva de la libertad religiosa, que se concretiza en los principios de *laicidad del Estado* y de *colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas*, ambos contenidos en el artículo 50º de la Constitución según la jurisprudencia del TC⁴⁶. Señala este precepto de la Constitución de 1993:

Artículo 50º.- Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas.

Esta norma es similar al artículo 86º de la Constitución inmediata anterior de 1979 en la que, por primera vez en nuestro constitucionalismo, se consagra un régimen de separación Iglesia-Estado que permite hablar de un *Estado laico*. En efecto, hasta antes de 1979, nuestras Constituciones, desde

⁴⁵ J. CALVO ÁLVAREZ, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Eunsa, Pamplona 1983, pp. 250-251. De similar opinión son Z. COMBALÍA, *La salud como límite al derecho de libertad religiosa*, en «Persona y Derecho. Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos» 3 (1993), pp. 60-61; y J. M.^a BENEYTO PÉREZ, *Artículo 16º...*, cit., p. 324.

⁴⁶ Cfr. STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 13.

la de 1823 –claramente influenciada por el artículo 12º de la Constitución de Cádiz de 1812⁴⁷– hasta la de 1920, habían establecido que la religión católica es la oficial y que goza de la protección del Estado, si bien ya desde 1915 se permitía el ejercicio público de confesiones distintas a la católica⁴⁸. La Constitución de 1933 no mencionó la oficialidad del catolicismo, pero dijo que éste goza de la protección del Estado, lo que hacía que el Perú mantenga un Estado confesional. En el cuadro comparativo que mostramos seguidamente puede apreciarse esta relación entre el Estado y la libertad religiosa en el Perú y su evolución desde la primera hasta la vigente Constitución.

Conforme al *principio de laicidad*, radicado en el artículo 50º de la Constitución: «el Estado se autodefine como laico o ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir, como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos»⁴⁹. Sin embargo, el TC ha precisado que laicidad no significa una actitud estatal negativa hacia lo religioso, pues «el hecho de que exista una neutralidad del Estado en materia religiosa no significa que los poderes públicos hayan de desarrollar una especie de persecución del fenómeno religioso o de cualquier manifestación de tipo religioso. La laicidad es incompatible con un Estado que se considere defensor o protector de una determinada confesión, pero también lo es con un Estado que promueva el ateísmo o el agnosticismo o el destierro del ámbito público de toda expresión de origen religioso. La incompetencia del Estado ante la fe y la práctica religiosa no significa la promoción del ateísmo o agnosticismo con la eliminación de

⁴⁷ Prescribía la Constitución gaditana: «La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica y romana, única y verdadera. La Nación la protege por las leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra». Esta Constitución, en su artículo 10º, señalaba que el territorio español comprendía en la América meridional el Perú, por lo que fue jurada en Lima los días 2 y 4 de octubre de 1812, durante el gobierno del virrey D. José Fernando de Abascal y Sousa, marqués de la Concordia (cfr. J. V. UGARTE DEL PINO, *Historia de las Constituciones del Perú*, Editorial Andina, Lima 1978, p. 35). Para Carpio Sardón, la Constitución de Cádiz «estableció el contenido de lo que sería para el Perú el patrón o modelo de su regulación constitucional en materia religiosa» (L. A. CARPIO SARDÓN, *La libertad religiosa en el Perú*, Universidad de Piura, Piura 1999, p. 38). Podría decirse que así fue (con algunos matices desde inicios del siglo XX) hasta antes de la Constitución de 1979.

⁴⁸ Cfr. S. MOSQUERA MONELOS, *El derecho de libertad de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico peruano*, Universidad de Piura/Palestra, Lima 2005, p. 70.

⁴⁹ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 25.

Estado y libertad religiosa en las Constituciones del Perú

1823	1826	1828	1834
<p>Artículo 8º.- La religión de la República es la Católica, Apostólica, Romana con exclusión del ejercicio de cualquier otra.</p> <p>Artículo 9º.- Es un deber de la Nación protegerla constantemente, por todos los medios conforme al espíritu del Evangelio, y de cualquier habitante del Estado respetarla inviolablemente.</p>	<p>Artículo 6º.- La Religión del Perú es la Católica, Apostólica y Romana.</p>	<p>Artículo 3º.- Su Religión es la Católica, Apostólica, Romana. La Nación la protege por todos los medios conforme al espíritu del Evangelio; y no permitirá el ejercicio de otra alguna.</p>	<p>Artículo 2º.- Su Religión es la Católica, Apostólica, Romana. La Nación la protege por todos los medios conforme al Espíritu del Evangelio, y no permite el ejercicio de otra alguna.</p>

282

1933	1979
<p>Artículo 59º.- La libertad de conciencia es inviolable. Nadie será perseguido por razón de sus ideas.</p> <p>Artículo 232º.- Respetando los sentimientos de la mayoría nacional, el Estado protege la Religión Católica, Apostólica y Romana. Las demás religiones gozan de libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos.</p> <p>Artículo 233º.- El Estado ejerce el Patronato Nacional conforme a las leyes y a las prácticas vigentes.</p> <p>Artículo 234º.- Las relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica se regirán por Concordatos celebrados por el Poder Ejecutivo y aprobados por el Congreso.</p> <p>Artículo 235º.- Para desempeñar los cargos de Arzobispo y Obispo, se requiere ser peruano de nacimiento.</p>	<p>Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:</p> <ul style="list-style-type: none"> 2.- A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma. El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón. 3.- A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda a la moral o altere el orden público. 17.- A guardar reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas y religiosas o de cualquier otra índole. <p>Artículo 22º.- (...) La educación religiosa se imparte sin violar la libertad de conciencia. Es determinada libremente por los padres de familia. (...).</p> <p>Artículo 86º.- Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. Le presta su colaboración. El Estado puede también establecer formas de colaboración con otras confesiones.</p>

El derecho fundamental de libertad religiosa...

1839	1856	1860	1867	1920
Artículo 3º.- Su Religión es la Católica, Apostólica, Romana, que profesa sin permitir el ejercicio de cualquier otro culto.	Artículo 4º.- La nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana. El Estado la protege por todos los medios conforme al espíritu del Evangelio y no permite el ejercicio público de otra alguna.	Artículo 4º.- La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana: el Estado la protege, y no permite el ejercicio público de otra alguna.* la inviolablemente Estado la protege. de noviembre al. mo, se consagra un rp	Artículo 3º.- La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana. El Estado la protege y no permite el ejercicio público de otra alguna.**	Artículo 5º.- La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana. El Estado la protege. Artículo 23º.- Nadie podrá ser perseguido por razón de sus ideas ni por razón de sus creencias.

1993

Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.
3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión.

El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

18. A mantener reserva sobre sus convicciones políticas, filosóficas, religiosas o de cualquier otra índole, así como a guardar el secreto profesional.

Artículo 14º.-

(...) La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias.

Artículo 50º.-

Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración.

El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas.

283

* Este artículo fue modificado por la Ley 2193 de 11 de noviembre de 1915, que dio al artículo 4 de la Constitución el siguiente texto: «La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica y Romana y el Estado la protege». Quedaba así eliminada la prohibición del ejercicio público de confesiones distintas a la católica. Un caso de proceso jurídico, anterior a esta reforma constitucional, por un supuesto ejercicio público del protestantismo, puede encontrarse en C. RAMOS NÚÑEZ, FRANCESCO PENZOTTI: VÍCTIMA DEL SECTORISMO RELIGIOSO, EN «REVISTA CHILENA DE HISTORIA DEL DERECHO», 22 (2010), pp. 1011-1019.

** El 6 de enero de 1868, fue restablecida la Constitución de 1860 por el general Pedro Diez Canseco, Vicepresidente de la República encargado del Poder Ejecutivo, después de la abdicación del coronel Prado (cfr. D. GARCÍA BELAUNDE, LAS CONSTITUCIONES DEL PERÚ, MINISTERIO DE JUSTICIA, LIMA 1993, p. 13).

símbolos religiosos de la esfera pública o la imposición de una ideología anti-religiosa, ignorando las tradiciones que responden a la formación histórica, cultural y moral del Perú⁵⁰. Así, ha dicho el TC que «tanto puede afectar a la libertad religiosa un Estado confesional como un Estado “laicista”, hostil a lo religioso»⁵¹.

6. El principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas

Para el TC, la Constitución considera importante el componente religioso perceptible en la sociedad peruana y por ello, conforme se lee en su artículo 50º, dispone que el Estado preste su colaboración a la Iglesia católica y que pueda establecer formas de colaboración con las demás confesiones religiosas, en el marco de lo que el TC ha denominado *principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas*⁵². Así, la Constitución no se limita a reconocer a las confesiones como sujetos colectivos del derecho de libertad religiosa, sino que eleva a rango constitucional la existencia de relaciones de colaboración entre el Estado y las confesiones. De esta forma, como ha dicho el TC, «el artículo 50º de la Constitución contiene un doble contenido para el Estado: el establecimiento de relaciones con las confesiones religiosas y que éstas sean de colaboración»⁵³.

284

⁵⁰ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 49.

⁵¹ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 28. La laicidad del Estado entendida como neutralidad en lo confesional, pero que respeta y valora la presencia del factor religioso en la sociedad en sus diversas manifestaciones, ha sido destacada por el Papa Francisco refiriéndose a las confesiones religiosas en general: «*La convivencia pacífica entre las diferentes religiones se ve beneficiada por la laicidad del Estado, que, sin asumir como propia ninguna posición confesional, respeta y valora la presencia de la dimensión religiosa en la sociedad, favoreciendo sus expresiones más concretas*» (Discurso en el encuentro con la clase dirigente del Brasil, Río de Janeiro 27-VII-2013).

⁵² Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamentos 29.

⁵³ Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 30. Comentando el artículo 16º de la Constitución española, que contiene los principios de laicidad y colaboración como el artículo 50º de nuestra Constitución, escribe Navarro-Valls: «Huye, pues (el artículo 16º CE), de que los protagonistas de la relación (Estado/Iglesias) se transformen en móndadas insolidarias o practiquen formas extremas de parasitismos mutuos y beneficiosos. Nuestro Derecho constitucional en esta materia es un sistema de frontera. Ante los inevitables conflictos fronterizos huye de dos actitudes históricamente letales: la tentación del Estado de desembarazarse totalmente de la religión, encerrarla en el gueto de la privatización o, si se quiere, volver “a meter a Jonás en el

La suscripción de convenios de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas representa, según ha destacado el TC, «la forma más importante de materializar el principio de colaboración»⁵⁴ y, consecuencia de éste, es «el Acuerdo entre el Estado peruano y la Santa Sede de 1980, que es un tratado internacional y, a la fecha, el único convenio de colaboración entre el Estado y una confesión religiosa»⁵⁵. Señala el TC que en dicho Acuerdo se establece:

un régimen especial que rige las subvenciones para personas, obras y servicios de la Iglesia, amén de las exoneraciones, beneficios y franquicias tributarias; la plena libertad para el establecimiento de centros educativos bajo administración eclesial; la asignatura de Religión como materia ordinaria en el currículo escolar, entre otros acuerdos. Asimismo, establece, entre otras formas de colaboración, el compromiso de prestación religiosa para el personal católico de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional a través de un vicario castrense, y de servicios religiosos para los fieles de dicha confesión internados en centros hospitalarios, tutelares y penitenciarios del Estado⁵⁶.

El Estado, ha resaltado el TC, «puede también suscribir convenios de colaboración con confesiones religiosas distintas a la católica, conforme al artículo 50º de la Constitución»⁵⁷. Ha puesto aquí como ejemplo a España –cuya Constitución consagra los principios de laicidad y colaboración en términos similares a nuestro artículo 50º constitucional (cfr. artículo 16º.3 de la Constitución española de 1978)–, que ha suscrito, en 1992, sendos acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España, además de los Acuerdos de cooperación firmados con la Santa Sede en 1979⁵⁸.

285

viente de la ballena”; o, al contrario, la tentación del poder religioso de sofocar la imprescindible autonomía del poder político. Por eso la Constitución establece un punto de equilibrio entre la neutralidad radical y la sospechosa camaradería. Entendió que si no elegía la vía del conflicto como norma, había de escoger la vía de la colaboración como sistema» (R. NAVARRO-VALLS, *Neutralidad activa y laicidad positiva*, en A. RUIZ MIGUEL y R. NAVARRO-VALLS, *Laicismo y Constitución*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2009, pp. 105-106).

⁵⁴ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 32.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ STC 3283-2003-AA/TC, fundamento 23.

⁵⁷ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 33.

⁵⁸ *Ibidem*.

En tales convenios, las confesiones podrían pactar con el Estado su colaboración en materias como la enseñanza religiosa en los centros educativos públicos, el otorgamiento de beneficios tributarios, como los previstos para las entidades sin fines de lucro, o la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios o penitenciarios⁵⁹.

La LLR (artículo 15º) se ha encargado de desarrollar el artículo 50º de la Constitución en lo que respecta a la posibilidad de que el Estado suscriba convenios de colaboración con las entidades religiosas, para lo cual exige que éstas se encuentren inscritas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, que «hayan adquirido notorio arraigo con dimensión nacional y ofrezcan garantías de estabilidad y permanencia por su número de miembros y actividades»⁶⁰.

Podemos concluir, en cuanto a la dimensión objetiva de la libertad religiosa, como lo ha hecho el TC, que el término *colaboración* que emplea la Constitución (unido al *principio de laicidad del Estado*) indica que «nuestro modelo constitucional no responde ni a los sistemas de unión, ni a los sistemas de separación absoluta entre el Estado y las confesiones. La colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas es un lugar de encuentro equidistante de la unión y la incomunicación entre ellos»⁶¹.

286

El modelo constitucional peruano se adscribe, entonces, a lo que el TC español ha denominado *laicidad positiva*, refiriéndose al artículo 16º.3 de la Constitución española⁶², al señalar que este precepto, «tras formular una declaración de neutralidad (SS.TC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente

⁵⁹ Cfr. O. DÍAZ MUÑOZ, *Una ley de libertad religiosa*, en «El Comercio» (Lima 7-VIII-2010, p. a4).

⁶⁰ El requisito del *notorio arraigo* para que una entidad religiosa pueda suscribir convenios de colaboración con el Estado es exigido también por el artículo 7º.1 de la Ley española de libertad religiosa (Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio); y, en similar sentido, la Ley colombiana, por la cual se desarrolla el derecho de libertad religiosa y de cultos (Ley 133, de 1994), pide para la firma de tales acuerdos que las entidades religiosas «ofrezcan garantía de duración por su estatuto y número de miembros» (artículo 15º).

⁶¹ SSTC 3372-2011-PA/TC, fundamento 13; 6111-2009-PA/TC, fundamento 31.

⁶² Como ya hemos mencionado, la Constitución española consagra los principios de laicidad y colaboración como el artículo 50º de la Constitución peruana.

religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener “las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva (...)"⁶³.

7. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre libertad religiosa entre los años 2010 y 2013

7.1. STC 5680-2009-PA/TC: actos religiosos en espacios públicos

El TC declaró fundada la demanda interpuesta por don Félix Wagner Arista Torres (Fiscal Superior Adjunto de la Fiscalía Superior de Amazonas), quien solicitaba que se ordene al Presidente de la Junta de Fiscales Superiores no aplicar la Resolución Superior 012-2006-MP-FSD-AMAZONAS, por afectar su derecho a la igualdad y no discriminación por motivos de religión.

La resolución mencionada establecía como obligación del personal del Ministerio Público y de sus demás dependencias la adoración del Niño Jesús durante todo el año, con un calendario mensual distribuido por oficinas o despachos, sin permitir excepciones para quienes no desean participar en dichas actividades⁶⁴.

287

Frente a ello, señala el TC:

Este Colegiado considera que el hecho de que la religión católica se constituya como un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú y que se proclame una evidente colaboración hacia la misma promovida desde el propio Estado no justifica de ninguna manera que desde el ámbito de la administración pública se imponga

⁶³ STC 101/2004, de 2 de junio, fundamento 3. Como apunta Navarro-Valls, «la clave está en que la separación entre Iglesia y Estado no supone tanto hacernos libres de la religión en su acepción tradicional cuanto más bien hacernos *oficialmente libres* para la práctica o no de la misma religión. Es lo que las Cortes Supremas de Italia, Alemania o Estados Unidos llaman “neutralidad benevolente”, es decir, no una separación distanciadora sino un posicionamiento abierto a la promoción de la libertad religiosa con igualdad para todas las confesiones» (R. NAVARRO-VALLS, *Iglesia-Estado en la España de hoy*, en «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 32 [2013], p. 25).

⁶⁴ Cfr. STC 5680-2009-PA/TC, fundamentos 23 a 26.

la práctica de costumbres y ritos religiosos por más arraigados que estos resulten en el sentimiento mayoritario de la población. Como antes se ha dicho, el nexo entre Iglesia Católica y Estado puede existir como factor histórico, cultural y moral, pero no supone identificación ni asunción de postura oficial alguna, ya que el Estado peruano es laico y no confesional. De allí que utilizar el vínculo institucional creado entre autoridades y trabajadores para imponer actividades abiertamente confesionales lesione la libertad religiosa no solo de quienes no comulgan con la fe católica (sea por pertenecer a otros credos, sea por asumir posiciones abiertamente agnósticas), sino incluso la de aquellos que, pese a pertenecer a la religión católica, tampoco tienen por qué verse obligados a que el Estado les diga en qué momentos o circunstancias deben hacer suyas las prácticas de su propia religión.

Cabe que este Colegiado puntualice que aunque puede ser legítimo que cualquier autoridad administrativa promueva la participación de sus trabajadores en determinadas celebraciones religiosas (la Navidad, por ejemplo), ello no significa que sea pretexo de las mismas, todos los trabajadores o subordinados tengan que ser partícipes de dichas actividades porque así lo ordena o lo dispone la jerarquía administrativa. Como reiteramos, lo que se censura no es la identificación de las personas que dirigen un organismo con los postulados de la fe católica. Lo que se proscribe es el condicionamiento de tales costumbres por sobre la libertad que puedan tener uno o varios trabajadores para no ser partícipes de las mismas. De este modo se garantiza que al natural influjo que tiene la fe católica en países como el nuestro, le sea plenamente oponible la libertad o autodeterminación de cualquier persona en el plano de sus creencias religiosas⁶⁵.

Como puede apreciarse, para el TC es contrario a la laicidad del Estado que en una entidad pública se realicen actividades religiosas de obligatoria asistencia de los trabajadores, compulsión que tampoco puede encontrar justificación en el principio de colaboración (sea con la Iglesia católica o cualquier otra confesión). Sin embargo, el TC precisa que no afecta al principio de laicidad del Estado la realización en una entidad estatal de celebraciones religiosas (como la Navidad o una ceremonia litúrgica, por ejemplo), siempre

⁶⁵ STC 5680-2009-PA/TC, fundamentos 27 y 28.

que se garantice la libertad de las personas para decidir si desean o no participar en tales actos⁶⁶.

Al estimar la demanda, el TC ordenó que el emplazado se abstuviera de reiterar en el futuro las conductas lesivas al derecho de libertad religiosa cuestionadas en este proceso.

En el Derecho comparado, puede citarse como un caso similar el ocurrido en España con un sargento de las Fuerzas Armadas de la guarnición de Valencia que solicitó, por razones de conciencia, ser relevado de participar en una parada militar en honor a la Virgen de los Desamparados. Consideramos que la analogía con el caso bajo estudio, *mutatis mutandis*, es válida, pues tanto en la función pública como en el ámbito militar puede hablarse de la existencia de *relaciones de especial sujeción*, es decir, de un *estado de libertad restringida* por parte del administrado como resultado de un ejercicio más intenso de las potestades administrativas, que se justifica, excepcionalmente, por un determinado fin administrativo y por la eficacia de la actividad administrativa⁶⁷.

289

Volviendo al caso, frente a la denegatoria de su solicitud, el sargento salió de la formación al momento de rendirse honores a la Virgen, por lo que fue sancionado. En Sentencia de 11 de noviembre de 1996, el Tribunal Constitucional dijo:

El art. 16.3 CE no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza. Pero el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza. Decisión personal, a la que no se pueden oponer las Fuerzas Armadas que, como los demás poderes públicos, sí están, en tales casos, vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa

⁶⁶ Cfr. SSTC 03372-2011-PA/TC, fundamento 33; 5680-2009-PA/TC, fundamento 28. Al respecto, téngase presente el artículo 9º, inciso c), de la LLR, conforme al cual «nadie puede ser obligado a participar en actos de culto, a recibir asistencia religiosa o a prestar contribuciones económicas o en especie a entidades religiosas».

⁶⁷ Cfr. J. M.^a MARTÍ SÁNCHEZ, *Las ceremonias religiosas en el ejército*, en J. MARTÍNEZ-TORRÓN (ed.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Granada 1998, p. 618.

del art. 16º.3 CE. En consecuencia, aun cuando se considere que la participación del actor en la parada militar obedecía a razones de representación institucional de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debió respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, atenderse a la solicitud del actor de ser relevado del servicio, en tanto que expresión legítima de su derecho de libertad religiosa⁶⁸.

De esta forma, podemos entender que, a juicio del supremo intérprete de la Constitución, no está reñida con el mandato constitucional de laicidad del Estado la celebración por parte de las instituciones públicas de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esa naturaleza. Pero, en tales circunstancias, deberá respetarse la decisión de una persona que, ejerciendo su libertad religiosa en sentido negativo, se niegue a tomar parte en actos de ese tipo, pues lo contrario vulneraría el mandato de neutralidad que los poderes públicos tienen en materia religiosa, conforme al artículo 16º.3 de la Constitución española.

Pensamos que este criterio del Tribunal Constitucional español puede ser aplicable a los actos religiosos o cívicos en una entidad o dependencia pública: no atenta contra la laicidad del Estado su realización, pero debe respetarse la negativa de los trabajadores, por razones de conciencia, a participar en ellos⁶⁹.

7.2. STC 6111-2009-PA/TC: símbolos religiosos en espacios públicos

El TC declaró infundada esta demanda de amparo interpuesta por don Jorge Manuel Linares Bustamante, en la que, reclamando la protección de su derecho de libertad religiosa, pedía el retiro de los crucifijos y la Biblia de los juzgados y tribunales del Poder Judicial.

⁶⁸ STC 177/1996, de 11 de noviembre, fundamento 10. Este mismo criterio ha sido reiterado en la STC 101/2004, de 2 de junio de 2004.

⁶⁹ Como dice Martí Sánchez, «la idea que habría de primar en esta materia sería la voluntariedad y máximo respeto a las convicciones personales» (J. M.^a MARTÍ SÁNCHEZ, *Las ceremonias religiosas...*, cit., p. 627). Sobre la objeción de conciencia a las prácticas religiosas en la empresa (PALOMINO, R. *Objeción de conciencia y relaciones laborales en el Derecho de los Estados Unidos*, en «Revista Española de Derecho del Trabajo», 50 [1991], pp. 901-930).

Llegado el asunto al TC, éste resolvió que la presencia de símbolos religiosos como el crucifijo o la Biblia, que se encuentran histórica y tradicionalmente presentes en un ámbito público, como en los despachos y tribunales del Poder Judicial, no afecta la libertad religiosa ni el principio de laicidad del Estado, por cuanto la presencia de tales símbolos responde a una tradición históricamente arraigada en la sociedad, que se explica por ser la Iglesia católica un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, conforme lo reconoce el artículo 50º de la Constitución⁷⁰.

De este modo, si bien en un templo el crucifijo entraña un significado religioso, en un escenario público (como en los despachos y tribunales del Poder Judicial) tiene un valor cultural, ligado a la historia del país, a su cultura o tradiciones. En tal contexto, que el Estado mantenga dichos símbolos en tales espacios públicos no significa que abandone su condición de Estado laico para volverse un Estado confesional protector de la religión católica⁷¹.

Además, la sola presencia de un crucifijo o una Biblia en un despacho o tribunal del Poder Judicial no fuerza a nadie a actuar en contra de sus convicciones, pues no puede sostenerse que de la presencia de tales símbolos se derive alguna obligación de, por ejemplo, adoración o veneración, cuyo cumplimiento afecte la conciencia de los no creyentes. Tal supuesto de coacción no se configura por el solo hecho de exhibir o colocar crucifijos siguiendo una tradición arraigada en nuestra historia y en nuestras costumbres⁷².

291

El TC se pregunta si la mera presencia de un crucifijo o la Biblia, cuya presencia se explica por la tradición del país, tienen la capacidad de perturbar a un no creyente al punto de afectar su libertad religiosa. «Si el impacto de la sola presencia silenciosa de un objeto en un espacio público representase un trastorno de tal entidad —se responde el TC— habría igualmente que prohibir la exposición de símbolos religiosos en las calles, como las cruces en la cima de los templos, ya que su presencia podría resultar emocionalmente perturbadora para los no creyentes. Así, por ejemplo, el Estado, en nombre de una supuesta laicidad, tendría la obligación de retirar la cruz del cerro

⁷⁰ Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 43.

⁷¹ Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 44.

⁷² Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 45.

San Cristóbal o prohibir el recorrido por lugares públicos de la procesión del Señor de los Milagros, o suprimir del calendario de feriados no laborables fechas de origen religioso católico como la Navidad o el Jueves o el Viernes Santo, con el argumento de que de lo contrario se ofende a los miembros de religiones no católicas, agnósticos o ateos, que pueden verse emocionalmente afectados por la sola presencia de símbolos religiosos católicos en lugares públicos o porque dichos feriados están marcados por una celebración o, en su caso, conmemoración ligada a la religión católica»⁷³. Para el TC, si el Estado procediera al retiro de estos símbolos religiosos por solo invocarse una subjetiva perturbación, «estaría “protegiendo” en realidad “emociones” de orden meramente subjetivo, antes que derechos fundamentales como la libertad religiosa»⁷⁴.

292

Todo esto lleva al TC a resaltar que actuaciones estatales contrarias a la presencia pública de símbolos religiosos, en nombre de una mal entendida «laicidad», no tienen cabida en nuestro sistema constitucional, pues éste «no es de aquellos que conciben el derecho de libertad religiosa como el derecho a liberarse de la religión y a recabar del Estado una acción institucional en tal sentido. Es evidente que este tipo de sistema no es de libertad religiosa, sino de libertad privilegiada del ateísmo y de intolerancia discriminatoria hacia lo religioso, lo que resulta claramente contrario al artículo 50º de la Constitución»⁷⁵.

Respecto al pedido de retiro de las Biblia, el TC considera que el asunto debe ser enfocado no como la discusión sobre el retiro de un libro religioso, sino en función de lo que representa su presencia en el devenir histórico de la administración de justicia. Así, el TC advierte que «la presencia de Biblia en los estrados judiciales obedece a su recurrente utilización como uno de los elementos a tomarse en consideración al momento de realizar el juramento o el compromiso de decir la verdad. Tal perspectiva permite considerar que, más allá de su indudable vinculación con la religiosidad, la Biblia representa en el desarrollo histórico de la Justicia el esfuerzo de los seres humanos por acercarse a la verdad como valor preciado en el que aque-

⁷³ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 50.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*.

lla se sustenta»⁷⁶. Por ello concluye que «la Biblia puede no ser utilizada por todos como un instrumento de compromiso religioso, sino como una forma de identificación en torno a ciertos valores de trascendencia o aceptación general. En tales circunstancias, no puede considerarse su presencia como lesiva de ningún tipo de libertad a menos que, como se dijo respecto de los crucifijos, se obligara a quienes participan de las actuaciones judiciales (sea como jueces, sea como justiciables) a adoptar cánones de sujeción o vinculación en el orden estrictamente religioso»⁷⁷.

Finalmente, el TC advierte que si bien la justicia constitucional no puede ordenar el retiro de los crucifijos y las Biblias porque alguien así lo pida, ello no impide que el propio Poder Judicial pueda decidir el retiro de estos, «pero no precisamente porque sea inconstitucional mantenerlos»⁷⁸. De esta forma, deja claro que no puede invocarse, en nombre de la libertad religiosa, un derecho a exigir que el Poder Judicial retire de sus instalaciones los crucifijos y las Biblias, pero es válido que su órgano de gobierno decida retirarlos.

Por estas razones, el TC desestima el primer extremo de la demanda (retiro de crucifijos y Biblias de las salas y juzgados del Poder Judicial), pues no aprecia que exista afectación del derecho de libertad religiosa⁷⁹.

293

En relación con el otro pedido del demandante de que se suprima de toda declaración ante el Poder Judicial la pregunta sobre la religión que profesa el procesado o declarante en general, el TC entiende fundado dicho pedido, pues considera que resulta inconstitucional que en todos los casos en que una persona comparezca ante una autoridad o funcionario se pregunte por la religión que ésta profesa⁸⁰. Para ello recuerda que la finalidad de los procesos penales es «la búsqueda de la verdad en torno a la comisión o no de un hecho punible, así como la determinación de las responsabilidades o irresponsabilidades según el caso. En nada contribuye a la materialización de tales propósitos conocer si una persona profesa o no la religión católica, la

⁷⁶ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 52.

⁷⁷ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 53.

⁷⁸ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 55.

⁷⁹ Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 56.

⁸⁰ Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 63.

evangélica o, en general, cualquier otra orientación religiosa (también, por cierto, si es atea o agnóstica). Más bien subyace tras la presencia de tal tipo de pregunta un cierto prejuicio de individualizar y/o tratar a las personas a partir del dato que ofrece su orientación religiosa, situación que en lugar de fomentar una justicia objetiva e imparcial, puede más bien generar riesgos en relación con tales garantías»⁸¹.

Para el TC, no basta que el interrogado pueda ejercer su derecho a mantener reserva sobre sus convicciones religiosas (cfr. artículo 2º, inciso 18, de la Constitución) –como expresión, según hemos visto, del derecho de libertad religiosa en su dimensión subjetiva negativa–, pues la pregunta en sí misma, cuando resulta impertinente en el proceso judicial, podría resultar lesiva a un derecho fundamental (como el derecho a no ser discriminado)⁸².

No obstante, el TC precisa que pueden existir casos en los que este tipo de preguntas se hagan absolutamente necesarias o convenientes para los objetivos de la investigación (por ejemplo, si lo que se indaga es un delito perpetrado por un móvil relacionado con el fanatismo religioso). Pero pretender convertir lo que debería ser rigurosamente ocasional en una regla general o aplicable para todos los supuestos se presta a un inevitable cuestionamiento⁸³.

El TC no solo estima este extremo, sino que amplía la exclusión de esta pregunta a toda autoridad o funcionario público y no solo a los jueces⁸⁴.

Por todo ello, puede concluirse, con Ferrer Ortiz, que la sentencia bajo comentario «permite distinguir junto al origen y significado, evidentemente religiosos, del crucifijo y de otros símbolos, su significado cultural e identitario, resultado de la inculuración de la fe en los pueblos de Occidente. Por eso, la presencia del crucifijo y de otros símbolos o signos de origen religioso en la esfera pública no se sustenta en razones de confesionalidad o de trato privilegiado de una confesión en particular, y se mantienen porque pertenecen a la herencia del país y porque así lo han querido quienes es-

⁸¹ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 65.

⁸² Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 64.

⁸³ Cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 66.

⁸⁴ STC 6111-2009-PA/TC, fundamento 67.

tán legitimados para decidir en los distintos ámbitos: un consejo escolar, un ayuntamiento, un parlamento, etc.»⁸⁵.

Casi en simultáneo con la sentencia del TC bajo comentario (que es del 7 de marzo de 2011), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en decisión definitiva e inapelable, dictada el 18 de marzo de 2011, consideró que la presencia del crucifijo en las aulas de las escuelas públicas no afectaba la libertad de conciencia y de religión de los no cristianos, ni la neutralidad del Estado en materia religiosa, ni el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a las convicciones de sus progenitores⁸⁶.

Se trataba de la sentencia *Lautsi y otros contra Italia*, del 18 de marzo de 2011. En el caso, Soile Lautsi pedía el retiro del crucifijo en las aulas de la escuela pública a la cual asistían sus hijos, de trece y once años. Su pedido fue rechazado por el consejo escolar y por la jurisdicción nacional, por lo que recurrió al TEDH, que le dio la razón en primera instancia. El Estado italiano impugnó esa decisión y, en instancia definitiva, la Gran Sala del TEDH la revocó.

La sentencia de la Gran Sala parte por señalar que el crucifijo es, ante todo, un símbolo religioso; sin embargo, para el TEDH esto no es decisivo para el caso. Según este Tribunal, no hay pruebas de que la exposición del crucifijo en las paredes de las aulas pueda tener una eventual influencia sobre los alumnos, por lo que no se puede razonablemente afirmar si tiene o no un efecto en personas jóvenes cuyas convicciones no están aún formadas⁸⁷.

295

⁸⁵ J. FERRER ORTIZ, *La presencia de símbolos de origen religioso en el espacio público y la libertad de no declarar la propia religión. Comentario a la STC 6111-2009-PA/TC*, en O. DÍAZ MUÑOZ, G. ETO CRUZ y J. FERRER ORTIZ (coord.), *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional*, Tribunal Constitucional, Lima 2014, p. 133.

⁸⁶ En similar sentido se pronunció el Tribunal Constitucional de Austria (G 287/09-25, del 9 de marzo de 2011), también en un caso de crucifijos en la escuela pública.

⁸⁷ «La Cour considère que le crucifix est avant tout un symbole religieux. Les juridictions internes l'ont pareillement relevé et, du reste, le Gouvernement ne le conteste pas. Que la symbolique religieuse épouse, ou non, la signification du crucifix n'est pas décisif à ce stade du raisonnement.

«Il n'y a pas devant la Cour d'éléments attestant l'éventuelle influence que l'exposition sur des murs de salles de classe d'un symbole religieux pourrait avoir sur les élèves ; on ne saurait donc raisonnablement affirmer qu'elle a ou non un effet sur de jeunes personnes, dont les convictions ne sont pas encore fixées» (n. 66).

No obstante, el TEDH considera comprensible que la demandante pueda ver en la exposición del crucifijo una falta de respeto a su derecho de asegurar la educación de sus hijos según sus convicciones filosóficas, conforme al artículo 2º del Protocolo n.º 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, «la percepción subjetiva de la demandante no es suficiente para configurar una violación del artículo 2º del Protocolo n.º 1»⁸⁸.

El TEDH ha recordado la doctrina que señaló desde el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca* (1976), según la cual, en la determinación de los planes de estudio, el Estado tiene un amplio margen de discrecionalidad basado en razones de oportunidad o conveniencia, con la limitación de no perseguir un fin de *adoctrinamiento* que pueda ser considerado como contrario a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres⁸⁹.

Desde esta perspectiva, el TEDH concluye que la elección de la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas es, en principio, discrecional del Estado. El hecho de que no haya consenso europeo sobre la presencia de símbolos religiosos en las escuelas estatales, refuerza este enfoque. Así, tal presencia está prohibida solo en un pequeño número de Estados europeos: Macedonia, Francia (con excepción de Alsacia y Lorena) y Georgia. Por otro lado, la presencia de crucifijos en las aulas está expresamente prevista, además de Italia, en Austria, en algunos *Länder* alemanes y cantones suizos y Polonia. Pueden encontrarse también símbolos religiosos en las es-

296

⁸⁸ «On peut néanmoins comprendre que la requérante puisse voir dans l'exposition d'un crucifix dans les salles de classe de l'école publique où ses enfants étaient scolarisés un manque de respect par l'Etat de son droit d'assurer l'éducation et l'enseignement de ceux-ci conformément à ses convictions philosophiques. Cependant, la perception subjective de la requérante ne saurait à elle seule suffire à caractériser une violation de l'article 2 du Protocole n° 1» (*Ibidem*).

⁸⁹ «Il reste que les Etats contractants jouissent d'une marge d'appréciation lorsqu'il s'agit de concilier l'exercice des fonctions qu'ils assument dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement et le respect du droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques (paragraphes 61-62 ci-dessus).

«Cela vaut pour l'aménagement de l'environnement scolaire comme pour la définition et l'aménagement des programmes (ce que la Cour a déjà souligné : voir essentiellement, précités, les arrêts *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen*, §§ 50-53, *Folgerø*, § 84, et *Zengin*, §§ 51-52 ; paragraphe 62 ci-dessus). La Cour se doit donc en principe de respecter les choix des Etats contractants dans ces domaines, y compris quant à la place qu'ils donnent à la religion, dans la mesure toutefois où ces choix ne conduisent pas à une forme d'endoctrinement (*Ibidem*)» (n. 69).

cuelas de algunos Estados europeos donde la cuestión no está expresamente regulada, como España, Grecia, Irlanda, Malta, San Marino y Rumanía⁹⁰.

Para el TEDH, una prueba de la ausencia de adoctrinamiento con la sola presencia del crucifijo en el aula es que «el crucifijo colocado en una pared es un símbolo esencialmente pasivo, y este aspecto es de importancia a los ojos de (este) Tribunal, teniendo en cuenta especialmente el principio de neutralidad (del Estado). No se le puede atribuir una especial influencia en los alumnos comparable a la que puede tener un discurso didáctico o la participación en actividades religiosas»⁹¹.

Además, los efectos del crucifijo en la escuela merecen ser valorados teniendo en cuenta el contexto en el que esto ocurre. Por un lado, su presencia no está asociada a una enseñanza obligatoria del cristianismo. De otro, en Italia se abre paralelamente el espacio escolar a otras religiones. Por ejemplo, no está prohibido el uso del velo islámico y de otros símbolos y vestimentas de connotación religiosa; a menudo se celebra el inicio y el fin del Ramadán en las escuelas donde hay alumnos musulmanes; pueden organizarse clases voluntarias de religión para los distintos credos. De esta forma, nada indica que las autoridades sean intolerantes con los alumnos creyentes de religiones no cristianas, no creyentes o con convicciones filosóficas que no se relacionan con alguna religión⁹². Finalmente, el TEDH señala que la señora Lautsi ha conservado

⁹⁰ «La Cour en déduit en l'espèce que le choix de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques relève en principe de la marge d'appréciation de l'Etat défendeur. La circonstance qu'il n'y a pas de consensus européen sur la question de la présence de symboles religieux dans les écoles publiques (paragraphes 26-28 ci-dessus) conforte au demeurant cette approche» (n. 70).

⁹¹ «De plus, le crucifix apposé sur un mur est un symbole essentiellement passif, et cet aspect a de l'importance aux yeux de la Cour, eu égard en particulier au principe de neutralité (paragraphe 60 ci-dessus). On ne saurait notamment lui attribuer une influence sur les élèves comparable à celle que peut avoir un discours didactique ou la participation à des activités religieuses (voir sur ces points les arrêts *Folgerø* et *Zengin* précités, § 94 et § 64, respectivement)» (n. 72).

⁹² «En outre, les effets de la visibilité accrue que la présence de crucifix donne au christianisme dans l'espace scolaire méritent d'être encore relativisés au vu des éléments suivants. D'une part, cette présence n'est pas associée à un enseignement obligatoire du christianisme (voir les éléments de droit comparé exposés dans l'arrêt *Zengin* précité, § 33). D'autre part, selon les indications du Gouvernement, l'Italie ouvre parallèlement l'espace scolaire à d'autres religions. Le Gouvernement indique ainsi notamment que le port par les élèves du voile islamique et d'autres symboles et tenues vestimentaires à connotation religieuse n'est pas prohibé, des

plenamente su derecho, en su condición de madre, de ilustrar y aconsejar a sus hijos, de ejercer con ellos sus funciones naturales de educadora y de guiarlos en una dirección conforme a sus propias convicciones filosóficas⁹³.

7.3. STC 3045-2010-PHC/TC: la libertad religiosa en establecimientos penitenciarios

En este caso, doña Anilda Noreña Durand, recluida en prisión, pedía, en protección de su derecho de libertad religiosa, que no se le prohibiera el acceso a la Biblia en los días de visita (sábados y domingos) y que no se impidiera a sus visitantes el ingreso al establecimiento penitenciario portando dicho libro.

El TC desestimó la demanda, pues advirtió que la recurrente se encontraba ejerciendo su derecho a la libertad religiosa, ya que venía practicando actos de culto, habiéndole brindado la autoridad penitenciaria las facilidades para ello, como el establecimiento de un horario de visita para los diferentes grupos religiosos los días jueves y sábados, así como la concesión de un ambiente para la oración todos los días de la semana y el ingreso de un instrumento musical. También el TC observó que la recurrente contaba con una Biblia en el establecimiento penitenciario; por ello, la retención de dicho libro a los visitantes durante los días sábados y domingos (días de visita) no suponía para la recurrente la prohibición del acceso a este libro⁹⁴.

298

7.4. STC 0928-2011-PA/TC: apostasía y pretensión de cancelar la inscripción del bautismo en los libros parroquiales

aménagements sont prévus pour faciliter la conciliation de la scolarisation et des pratiques religieuses non majoritaires, le début et la fin du Ramadan sont “souvent fêtés” dans les écoles et un enseignement religieux facultatif peut être mis en place dans les établissement pour “toutes confessions religieuses reconnues” (paragraphe 39 ci-dessus). Par ailleurs, rien n’indique que les autorités se montrent intolérantes à l’égard des élèves adeptes d’autres religions, non croyants ou tenants de convictions philosophiques qui ne se rattachent pas à une religion (...)» (n. 74).

⁹³ «En fin, la Cour observe que la requérante a conservé entier son droit, en sa qualité de parent, d'éclairer et conseiller ses enfants, d'exercer envers eux ses fonctions naturelles d'éducateur, et de les orienter dans une direction conforme à ses propres convictions philosophiques (voir, notamment, précités, les arrêts *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen et Valsamis*, §§ 54 et 31 respectivement)» (n. 75).

⁹⁴ Cfr. STC 3045-2010-PHC/TC, fundamento 9.

El TC resolvió un caso donde se encontraba comprometida la dimensión colectiva de la libertad religiosa al desestimar una demanda de amparo en la que unos padres pedían que se ordene a la Iglesia católica la anotación o formalización del abandono de dicha Iglesia en la partida de bautismo de su hijo (de tres años de edad), en virtud de la apostasía que alegaban haber realizado en representación del menor.

La demanda fue presentada por don Ricardo Luis Salas Soler y doña Lourdes Leyla García León, quienes solicitaban que se ordenara al Obispo del Callao que excomulgara de la fe católica a su menor hijo por apostasía, otorgando la partida de bautismo con la anotación de la excomunión.

El TC advirtió que los recurrentes pretendían que la jurisdicción constitucional ordenara la «anotación» o *formalización* del abandono de la Iglesia católica en la partida de bautismo del menor, en virtud de la *apostasía* que alegaban haber realizado en representación de su hijo. Entonces, para el TC correspondía dilucidar si la ausencia de tal acto formal de abandono de la Iglesia católica vulneraba algún derecho fundamental del citado menor que justificara la intervención de la justicia constitucional⁹⁵.

299

Concluye el TC que no se ha acreditado afectación alguna a derechos fundamentales con la ausencia de esa formalización, pues, a partir de lo dicho por la propia parte demandada⁹⁶, el TC llega a la convicción de que el abandono de la Iglesia católica, como ejercicio del derecho de cambiar de religión o de creencias, no requiere de intervención de ninguna instancia de dicha Iglesia⁹⁷. Así, para el TC:

los recurrentes no han acreditado la vulneración de la libertad religiosa de su menor hijo ni, específicamente, de su derecho de cambiar de religión o de creencias, pues la no formalización del abandono de la Iglesia católica, a través de la correspondiente anotación en el libro de bautismo, no

⁹⁵ Cfr. STC 928-2011-PA/TC, fundamento 5.

⁹⁶ El TC cita la siguiente declaración de la demandada: «así como nadie obligó a los demandantes a bautizar a su menor hijo bajo la fe católica, la Iglesia Católica como tal tampoco obliga a los bautizados y padres de estos a profesar y practicar la fe católica, pues estos actos se ejercen en la libertad que Dios concedió a los hombres» (fundamento 9).

⁹⁷ Cfr. fundamento 10.

impide que el hijo de los recurrentes pueda ejercer su libertad religiosa y profesar la creencia religiosa que libremente elija, o no profesar ninguna, sea al llegar a la mayoría de edad o incluso antes, en este último caso conforme a la evolución de sus facultades y bajo la guía de sus padres, según el artículo 14º.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño⁹⁸.

También observa el TC que la no formalización del abandono de la Iglesia católica no perjudica el derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones, cuando afirma:

este Tribunal también aprecia que el hecho de no estar formalizado el abandono de la Iglesia católica del hijo de los recurrentes, mediante su anotación en el libro de su bautismo, en nada impide o perjudica el derecho de los recurrentes a que su menor hijo reciba la educación religiosa y moral de acuerdo con las convicciones de sus progenitores, derecho fundamental reconocido en el artículo 13º de la Constitución (como derecho de los padres de escoger los centros de educación y participar en el proceso educativo) y con reconocimiento en tratados internacionales sobre derechos humanos (cfr. artículo 18º.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 13º.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 12º.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como en la Ley de Libertad Religiosa (artículo 3º, inciso «d»). En efecto, aun cuando no se haya dado dicha formalización, los recurrentes pueden educar a su menor hijo en las convicciones que libremente elijan, sea como «racionalista-crítico, librepensador y ateo», según se declara el codemandante (a fojas 22), o en cualquier otra convicción. Es decir, al igual que ocurre con el derecho de cambiar de religión o de creencias, el ejercicio del derecho de los recurrentes a que su menor hijo reciba una educación religiosa y moral distinta a la católica no requiere de intervención de ninguna instancia religiosa, por lo que no se aprecia vulneración de derecho fundamental alguno que justifique la intervención del Estado a través de la jurisdicción constitucional⁹⁹.

⁹⁸ Cfr. STC 928-2011-PA/TC, fundamento 13.

⁹⁹ STC 928-2011-PA/TC, fundamento 14.

Para el TC este es un caso que, en lo que respecta a la Iglesia católica, compromete el derecho de libertad religiosa en su dimensión colectiva o asociada, pues «la formalización del abandono de una confesión religiosa es una cuestión interna de cada confesión, en este caso de la Iglesia católica, por lo que acceder al pedido de los recurrentes de ordenar la anotación del acto formal de abandono en la partida de bautismo de su menor hijo implicaría una vulneración de la libertad religiosa –en su dimensión colectiva o asociada (artículo 2º, inciso 3, de la Constitución)– de la Iglesia católica; representaría una transgresión del Estado a su laicidad o aconfesionalidad consagrada en el artículo 50º de la Constitución (cfr. STC 6111-2009-PA/TC, fundamentos 23 a 28; STC 05416-2009-PA/TC, fundamentos 22 a 27); y afectaría la independencia y autonomía que reconocen a dicha Iglesia tanto la Constitución (artículo 50º) como el tratado internacional que contiene el Acuerdo entre el Estado peruano y la Santa Sede de 1980 (artículo 1º). Por estas razones, el pedido de los recurrentes de que la jurisdicción constitucional ordene a la Iglesia católica la formalización del abandono de ésta, sea a nombre de ellos o de su menor hijo, va contra el marco constitucional y supranacional descrito»¹⁰⁰.

301

Por todo ello, el TC concluye que «la ausencia del acto *formal* de abandono de una confesión religiosa, no vulnera la libertad para el acto *material* de abandono de ella, pues este último viene amparado por el derecho de libertad religiosa, mientras que el primero corresponde al campo de la autonomía de las confesiones religiosas»¹⁰¹.

7.5. STC 3372-2011-PA/TC: laicidad y declaración estatal de patrones religiosos

El TC declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por don Lucero Robert Tailor Moreno Cabanillas, quien cuestionaba que por ley se declare al Señor de los Milagros Patrono del Perú, al no haberse acreditado una amenaza a su derecho de libertad religiosa.

¹⁰⁰ STC 928-2011-PA/TC, fundamento 17. Al respecto, conforme al artículo 3º, inciso a), de la LLR, el ejercicio de la libertad religiosa comprende «profesar la creencia religiosa que libremente se elija y cambiar o abandonar la que se tenga en cualquier momento, conforme al procedimiento propio de cada iglesia, confesión o comunidad religiosa. En todo caso, se respeta la libertad religiosa individual» (la cursiva es nuestra).

¹⁰¹ STC 928-2011-PA/TC, fundamento 19.

La demanda se presentó contra los presidentes del Consejo de Ministros y del Congreso de la República, y en ella se solicitaba que se ordene a la Presidencia del Consejo de Ministros que retire el proyecto de ley (4022/2009-PE) presentado por el Poder Ejecutivo para declarar al Señor de los Milagros Patrono del Perú. Pidió, además, que el Congreso de la República se abstuviera de realizar todo acto orientado a la aprobación de dicho proyecto y que se archivara.

Moreno Cabanillas señaló que profesaba la fe cristiana evangélica y que, a su juicio, el proyecto de ley presentado por el Poder Ejecutivo contravenía el texto constitucional conforme al cual el Estado peruano no es un Estado confesional y existe separación entre las confesiones religiosas y el Estado.

El Sexto Juzgado Especializado Civil de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad declaró improcedente de plano la demanda, mientras que la Sala superior fundamentó la improcedencia en la supuesta sustracción de la materia, pues el proyecto de ley reclamado se había convertido en la Ley 29602, la cual, a criterio de la Sala, era un texto normativo distinto al demandado.

302

Comparando el referido proyecto de ley con la Ley 29602 finalmente aprobada, el TC consideró que el cuestionamiento de constitucionalidad realizado por el demandante podía mantenerse, pues esta Ley, si bien no declara al Señor de los Milagros Patrono del Perú, sí lo declara «símbolo de religiosidad y sentimiento popular»¹⁰².

El TC destaca en su sentencia que una declaración de este tipo en nada perjudica la laicidad del Estado si se trata de un símbolo en el que no domina su significación religiosa, sino su carácter cultural. Así, el TC resalta que no basta con constatar el origen religioso de un signo para que deba atribuirse un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone la Constitución, pues «la cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si, ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita

¹⁰² STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 6.

inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa»¹⁰³.

Realizado el análisis del caso, el TC concluye que la secular tradición del Señor de los Milagros, si bien tiene origen religioso, actualmente constituye una expresión cultural que se encuentra enraizada en la sociedad peruana, como lo prueba el hecho de que su festividad haya sido declarada Patrimonio Cultural de la Nación por el Instituto Nacional de Cultura, de ahí que la ley cuestionada no represente una transgresión al principio de laicidad del Estado contenido en el artículo 50º de la Constitución¹⁰⁴.

Tampoco se ve afectada la libertad religiosa del demandante en su dimensión subjetiva, dado que la declaración del Señor de los Milagros como símbolo de la religiosidad y sentimiento popular en nada trastorna la capacidad del recurrente (que señala ser de religión evangélica) de autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa. En efecto, en palabras del TC, «la declaración del Señor de los Milagros como “símbolo de religiosidad y sentimiento popular” del Perú que hace la Ley N° 29602, en nada perturba la capacidad del recurrente de autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa, ni le obliga a actuar contra sus creencias religiosas, ni le impide la práctica de su religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión. Es decir, siguiendo lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido como el contenido del derecho fundamental de libertad religiosa, este Tribunal no considera que la Ley N° 29602 impida al recurrente conservar, cambiar, profesar y divulgar su religión o sus

303

¹⁰³ STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 20.

¹⁰⁴ Cfr. STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 27. En forma similar, el TC español consideró que no contraviene la laicidad del Estado el hecho de que en los estatutos del Colegio de Abogados de Sevilla se disponga que éste «por secular tradición tiene por Patrona a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada», pues «cuando una tradición religiosa se encuentra integrada en el conjunto del tejido social de un determinado colectivo, no cabe sostener que a través de ella los poderes públicos pretendan transmitir un respaldo o adherencia a postulados religiosos; concluyéndose así que, en el presente caso, el patronazgo de la Santísima Virgen en la advocación o misterio de su Concepción Inmaculada, tradición secular del Colegio de Abogados de Sevilla, no menoscaba su aconfesionalidad» (STC 34/2011, de 28 de marzo, fundamento 4).

creencias (cfr. Sentencia del caso *La última tentación de Cristo* [Olmedo Bustos y otros] vs. Chile, del 5 de febrero de 2001, n.º 79)»¹⁰⁵.

Finalmente, argumenta el TC que así como la ley bajo análisis no es inconstitucional, tampoco lo sería otra ley que la derogara, pues «no resulta inconstitucional la ley que declara símbolo de religiosidad y sentimiento popular al Señor de los Milagros, pero ello no impide que el legislador, con la misma legitimidad democrática con la que aprobó dicha ley, pueda derogarla»¹⁰⁶.

7.6. STC 2430-2012-PA/TC: exámenes convocados en días de descanso religiosos y objeción de conciencia

El TC desestimó la demanda de amparo interpuesta por Claudia Cecilia Chávez Mejía (adventista del Séptimo Día), en la cual solicitaba que la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa programara los exámenes de admisión ordinarios y los correspondientes a su centro preuniversitario en fechas que no coincidieran con su descanso religioso de los sábados, porque podría afectarse sus derechos a la libertad religiosa y a la educación en la eventualidad de que en un futuro decidiera postular a dicho centro de estudios.

El TC rechazó la demanda al no haberse acreditado una amenaza *cierta e inminente*, como exige el artículo 2º del Código Procesal Constitucional. No obstante este aspecto procesal, el TC precisó los criterios a seguir en los casos de personas que manifestaran que, por razón de sus creencias religiosas, el día fijado para realizar un examen entrara en colisión con lo establecido por su confesión religiosa como descanso semanal con abstención de cualquier actividad laboral o asimilada a ella. Al respecto, identificó dos supuestos.

El primero es el de un examen destinado a la aprobación de una asignatura. En este caso, el TC hace notar que el alumno tiene el derecho a solicitar el cambio de fecha del examen y que la entidad educativa estatal

¹⁰⁵ STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 32.

¹⁰⁶ STC 3372-2011-PA/TC, fundamento 29.

debería brindarle una fecha alternativa, a fin de armonizar el respeto de su libertad religiosa con las necesidades de evaluación¹⁰⁷.

El segundo supuesto es el del examen de admisión a entidades educativas estatales convocado en el día de descanso religioso de algún concursante. En tales casos, el respeto al derecho-principio de igualdad exige que el examen tenga lugar simultáneamente para todos los postulantes, pues de esta forma se garantiza que haya una igual comparación de las capacidades y méritos de todos ellos, a fin de obtener, en igualdad de oportunidades y condiciones, una puntuación que les permita alcanzar una plaza y el orden de su adjudicación. En estas circunstancias, un examen a algún postulante en fecha distinta a la de los demás acarrearía el riesgo de romper esa igualdad en la evaluación. Por ello, la entidad educativa no está obligada en este caso a establecer una fecha alternativa de examen para el concursante, lo que no obsta para que procure convocar a sus exámenes de admisión en fechas que no entren en colisión con el día de descanso religioso de los postulantes¹⁰⁸.

La sentencia *sub examine* ha mencionado casos similares que muestra el Derecho comparado. Así, en su fundamento 30, refiere el *Vivien Prais v. Council of the European Communities*, de 27 de octubre de 1976, resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (hoy de la Unión Europea)¹⁰⁹:

305

1) En el caso, la ciudadana británica Vivien Prais, firmante en un concurso convocado por la secretaría del Consejo de las Comunidades Europeas para cubrir un puesto de jurista traductor de lengua inglesa, presentó, el 25 de abril de 1975, una carta en la que hacía saber al Consejo que, por ser de religión judía, no podía realizar el examen en la fecha fijada (el 16 de mayo de 1975), por coincidir con el primer día de la fiesta judía de *Chavouoth* (Pentecostés), en la que tiene prohibido viajar y escribir. En razón de ello, solicitó que se le concediera realizar las pruebas en día distinto. El Consejo denegó la petición, arguyendo que era esencial que todos los candidatos fueran examinados simultáneamente. Prais recurrió la decisión ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, invocando el artículo 27º.2 del Estatuto de funcionarios de las Comuni-

¹⁰⁷ Cfr. STC 2430-2012-PA/TC, fundamento 41.

¹⁰⁸ Cfr. STC 2430-2012-PA/TC, fundamento 42.

¹⁰⁹ Case 130/75, puede consultarse en «<http://europa.eu>».

dades (según el cual los funcionarios son elegidos sin distinción de raza, creencias o sexo) y el artículo 9º.2 (libertad de pensamiento, conciencia y religión) de la Convención Europea de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950. El Tribunal rechazó la pretensión de Prais, acogiendo la argumentación del Consejo y precisando que:

- 2) Si un candidato informa a la autoridad convocante que imperativos de orden religioso le impiden presentarse a las pruebas en ciertas fechas, la autoridad debe tenerlo en cuenta y evitar establecer los exámenes en esos días.

Si, por el contrario, el candidato no comunica a tiempo sus dificultades, la autoridad estará facultada para no cambiar de fecha, especialmente si esta ya ha sido comunicada a otros candidatos. A juicio del Tribunal, la demandante se encontraba en este supuesto.

La sentencia del TC que aquí analizamos cita también a la Corte Constitucional de Colombia, que ha sostenido un criterio distinto al del TC peruano, pues ha considerado que el Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES) vulneró el derecho a la libertad de cultos del accionante (miembro de la Iglesia Evangélica de Quibdo) al no programar un día distinto al domingo para presentarse al examen de estado para el ingreso a la Educación Superior (cfr. Sentencia T-493 de 2010); y en la sentencia T-448 de 2007, dicha Corte determinó que la Universidad Nacional de Colombia vulneró el derecho fundamental a la libertad de cultos que profesa el demandante (Adventista del Séptimo Día), por no permitirle rendir el examen de admisión en un día distinto al sábado¹¹⁰.

Como otro parecer discrepante del criterio del TC peruano puede citarse, en Estados Unidos, lo resuelto en el caso de Minkus, quien era un judío ortodoxo que solicitó el cambio de día para la realización de unas oposiciones fijadas en sábado por un organismo público (el *sanitary district* de la ciudad de Chicago). Ante la negativa del organismo a cambiar de día las oposiciones, Minkus presenta una demanda. La Administración alega que la ley del

¹¹⁰ Cfr. STC 2430-2012-PA/TC, fundamento 30.

Estado ordena que todos los exámenes sean públicos y competitivos, lo que exige que todos los concursantes se encuentren en condiciones de igualdad solo posibles en los exámenes simultáneos. Frente a ello, la Corte, en apelación, replica que, siguiendo este razonamiento, resultaría que los exámenes orales nunca serían conforme a ley, ya que no son simultáneos. Y concluye que el cambio de día solicitado por el objetor no constituye un gravamen excesivo para el Estado, pues éste debería realizar las adaptaciones necesarias en sus concursos y oposiciones, de modo que las personas con motivaciones religiosas razonables pudieran efectuar las pruebas en el día de la convocatoria sin problemas para su conciencia¹¹¹.

También el TC en esta sentencia se ocupa de la objeción de conciencia, a fin de dilucidar si puede ser calificada como tal la negativa a rendir un examen en un día de descanso semanal religioso.

La objeción de conciencia consiste en la negativa del individuo a someterse a una conducta que, en principio, le sería jurídicamente exigible (sea que la obligación provenga de una norma, un contrato, un mandato judicial o administrativo), por razones axiológicas (un deber para su conciencia, diverso del planteamiento de quien busca meramente eludir la norma), de contenido primordialmente religioso o ideológico¹¹².

307

La objeción de conciencia puede encontrarse en diversos escenarios. Entre sus principales manifestaciones está la objeción al servicio militar obligatorio; o la objeción de conciencia a los tratamientos médicos, que se presenta ante prácticas sanitarias que se imponen de manera necesaria para

¹¹¹ Cfr. R. NAVARRO-VALLS, R. y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, Mc Graw Hill, Madrid 1997, p. 154. Según NAVARRO-VALLS y MARTÍNEZ-TORRÓN, la Administración viene obligada «a hacer un esfuerzo de acomodación que, en caso de pruebas individuales, debería traducirse en el cambio de día solo para el candidato afectado; y, en caso de pruebas comunes, en el cambio de día para todos los concursantes, siempre, naturalmente, que todavía no se les haya comunicado la fecha» (R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Las objeciones...*, cit., p. 171). Una discrepancia, de carácter práctico, con este planteamiento respecto a las pruebas comunes, puede encontrarse en A. FERNÁNDEZ-CORONADO, «Objeción de conciencia y descanso semanal», en V. GUITARTE IZQUIERDO y J. ESCRIVÁ IVARS, (eds.), *La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, p. 224.

¹¹² Cfr. R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Las objeciones...*, cit., p. 14.

preservar la salud o la vida. También está la objeción de conciencia al aborto, que consiste en la negativa, generalmente del personal sanitario, a participar de modo directo o indirecto en prácticas abortivas. La objeción de conciencia fiscal es el rechazo al pago de aquella parte de los tributos cuyo destino final establecido por la autoridad repugna a la conciencia del contribuyente. La objeción de conciencia en el ámbito laboral se da en aquellas situaciones en las que un trabajador se niega, por razones de conciencia, a cumplir una obligación que se deriva de su relación de trabajo¹¹³.

Siguiendo a Navarro-Valls y Martínez-Torrón, la objeción de conciencia «hace solo unas décadas era [un fenómeno] minoritario y reconducible a pocos supuestos. Hoy, sin embargo, es tal la multiplicación de supuestos y modalidades, de formas de solución, de presupuestos ideológicos, filosóficos y religiosos, que ya no se habla de objeción de conciencia en singular, sino de *objeciones de conciencia*, en plural»¹¹⁴.

Un debate que suscita la objeción de conciencia es su cobertura jurídica. Las constituciones no suelen reconocer directamente la objeción de conciencia como alegable *erga omnes* en sus muy diversas manifestaciones. A lo más, y no todas, se limitan a mencionar alguna de sus modalidades, especialmente la objeción al servicio militar. Frente a ello, algunos entienden la objeción de conciencia operativa en todos los casos –como una expresión del reconocimiento de la libertad religiosa–, es decir, aun cuando la concreta forma de objeción de conciencia de que se trate no esté expresamente mencionada en el texto constitucional (sin perjuicio, naturalmente, de su limitación por razones de orden público o protección de derechos de terceros). Es lo que se conoce como objeción *contra legem*, considerada la objeción de conciencia por antonomasia. Para otros, en cambio, cabrá entender a la objeción de conciencia tan solo actuante cuando el legislador la haya aceptado expresamente, después de una ponderación de intereses en juego, es decir, cuando haya una previa *interpositio legislatoris*¹¹⁵.

¹¹³ Cfr., por todos, R. PALOMINO, *Las objeciones de conciencia*, Editorial Montecorvo, Madrid 1994.

¹¹⁴ R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Las objeciones...*, cit., p. 1.

¹¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 18-20. Sobre la introducción de la objeción de conciencia en la Constitución del Perú y su cobertura jurídica, nos hemos ocupado en nuestro trabajo: *Libertad de*

En este escenario, «la cuestión no es tanto admitir o no un teórico derecho general a la objeción de conciencia, cuanto precisar sus límites. Tarea de precisión que no siempre el legislador podrá encontrarse en condiciones de hacer, ni a veces deberá hacer, precisamente por esa faz inédita y cambiante que muestra el ejercicio del derecho de libertad religiosa e ideológica (...) El viejo problema de la tensión entre la libertad religiosa o ideológica y la autoridad política, aunque admite la proposición de algunos principios abstractos, debe resolverse sobre todo teniendo a la vista los supuestos prácticos que pueden plantearse: de lo contrario, se corre el riesgo de crear un aparato lógico-jurídico que solo de manera forzada pueda ser aplicado a la experiencia frecuentemente conflictual que ofrece el ejercicio del derecho de libertad religiosa o ideológica»¹¹⁶.

Por ello, compartimos la opinión de Navarro-Valls y Martínez-Torrón cuando afirman: «resolver en justicia los conflictos de objeción de conciencia supone, en última instancia, un proceso de equilibrio de intereses (lo que la jurisprudencia americana llama un *balancing process*) que determine cuándo debe prevalecer la opción asumida en conciencia y cuándo han de primar otros intereses sociales que resulten afectados en esa concreta situación. Tal vez por ello la objeción de conciencia sea poco susceptible de una regulación predominantemente legislativa, pues, a ese nivel, son escasas las respuestas definitivas que pueden darse»¹¹⁷. Es, entonces, a la jurisprudencia –llamada a resolver las controversias singulares que provoca el ejercicio de los derechos– a la que le toca un papel protagónico en los casos de objeción de conciencia.

309

A este propósito y volviendo a la sentencia bajo comentario, el TC recuerda y complementa la doctrina jurisprudencial sobre objeción de conciencia que ya diera hace doce años en la STC 0895-2001-AA/TC:

Este Tribunal ha tenido oportunidad de ocuparse de [la objeción de conciencia] en la STC 0895-2001-AA/TC (fundamento 7), detallando

conciencia y de religión en la reforma constitucional peruana, en «Conciencia y Libertad» 14 (2002), pp. 110-127.

¹¹⁶ R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Las objeciones...*, pp. 25-26.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 28-29.

que «el derecho constitucional a la objeción de conciencia (...), permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa». Es decir, la objeción de conciencia es la negativa al cumplimiento de una deber jurídico «cuya exigencia de cumplimiento riñe con los dictados de la conciencia o de la religión que se profesa», pudiendo dicha obligación «provenir, incluso, de un mandato legal o constitucional» (STC 0895-2001-AA/TC, fundamento 4)¹¹⁸.

Seguidamente, el TC precisa que la objeción de conciencia tiene una naturaleza «estrictamente excepcional»¹¹⁹ y que si bien, en principio, la objeción debe sustentarse en convicciones religiosas que, como ha destacado el TEDH, han alcanzado en el individuo «un cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia», también, y por aplicación del derecho-principio de igualdad (artículo 2º, inciso 2, de la Constitución), puede aceptarse que a través de la objeción de conciencia se protejan convicciones que no sean estrictamente de carácter religioso, pero que, al menos, posean una intensidad axiológica equiparable a lo religioso; es decir, ser convicciones o creencias que desempeñen en la vida del individuo un papel semejante al que ocupan los preceptos religiosos en quienes practican una religión tradicional, de las que se derivan ciertas consecuencias éticas dirigidas a orientar con carácter prescriptivo el comportamiento de la persona¹²⁰.

310

Asimismo, el TC destaca que la objeción «debe ser declarada expresamente en cada caso y no podrá considerarse que la objeción de conciencia

¹¹⁸ STC 2430-2012-PA/TC, fundamento 34.

¹¹⁹ Cfr. STC 2430-2012-PA/TC, fundamento 35.

¹²⁰ Cfr. STC 2430-2012-PA/TC, fundamento 36 y 37. Entonces, las creencias o convicciones protegidas por la objeción de conciencia son, por supuesto, las religiosas, pero, además, por imperio del principio de igualdad, están protegidas también las convicciones no religiosas que desempeñan en la vida de una persona una función equiparable a la de la religión. Por ello, la definición de objeción de conciencia como «la oposición de un individuo al cumplimiento de un deber legal, en razón de sus convicciones morales o religiosas», contenida en el artículo 4º de la LLR, parecería insuficiente, pues la objeción de conciencia no solo puede fundarse en razones estrictamente religiosas, sino también en motivos de carácter ético, ideológico o humanitario cuando revistan una intensidad axiológica equiparable a la de las convicciones

garantiza *ipso facto* al objector el derecho de abstenerse del cumplimiento del deber»¹²¹, pues resolver los conflictos de objeción de conciencia involucra «la necesidad de “una razonable ponderación de los intereses que están en juego”»¹²².

A partir de todo lo dicho, el TC concluye que los supuestos de negativa a rendir exámenes en días de descanso religioso preceptivo «no serían en estricto casos de objeción de conciencia, pues carecerían del requisito del *deber jurídico* a objetar [...], ya que la persona no estaría obligada legalmente a rendir el examen en cuestión»¹²³. Esta conclusión no deja de ser controvertible, pues en la doctrina también se sostiene que éste podría ser un caso de una objeción frente a una obligación que se impone solamente de modo relativo (la negativa a dar el examen podría traer como consecuencia la suspensión del alumno), por lo que se trataría de una objeción de conciencia frente a una *violación relativa* de la libertad religiosa¹²⁴.

religiosas. En consecuencia, no debería restringirse legalmente los supuestos de objeción de conciencia, sino valorar en cada caso concreto su conformidad constitucional, mediante la ponderación de los derechos en conflicto.

¹²¹ STC 2430-2012-PA/TC, fundamento 38.

¹²² STC 2430-2012-PA/TC, fundamento 39.

¹²³ STC 2430-2012-PA/TC, fundamento 40.

¹²⁴ Cfr. NAVARRO-VALLS, R. y MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *Las objeciones..., cit., p. 32-33*. Se trataría de lo que la doctrina llama objeción de conciencia impropia o relativa (cfr. J. MANTECON SANCHO, *Exámenes convocados en días de descanso religioso. Comentario a la STC 2430-2012-PA/TC*, en O. DÍAZ MUÑOZ, G. ETO CRUZ y J. FERRER ORTIZ [coord.], *El derecho fundamental de libertad religiosa...*, cit., p. 241).

La tragedia de *Charlie Hebdo*: algunas claves para un análisis jurídico*

JAVIER MARTÍNEZ-TORRÓN**

Sumario:

1. El islam en las democracias occidentales; 2. Acomodar la pluralidad de valores éticos; 3. Libertad de expresión y ofensas a los sentimientos religiosos: la jurisprudencia de Estrasburgo; 4. Tratar el *hate speech* antirreligioso como cualquier otro discurso del odio; 5. En búsqueda de un equilibrio entre libertades fundamentales; 6. Diferenciar entre legitimidad moral y legalidad; 7. Erradicar el fanatismo sin glorificar el insulto.

El reciente atentado contra el semanario francés *Charlie Hebdo*, perpetrado por unos fanáticos que se describen como islamistas y dicen actuar en defensa del islam, ha conmocionado al mundo occidental, como ya había sucedido en otras ocasiones en estos primeros años del siglo XXI: desde el ataque a las Torres Gemelas de Nueva York en 2001, a los trenes de cercanías en Madrid en 2004 o al metro de Londres en 2005, entre otros. En estas semanas se han multiplicado las reacciones frente al atentado, tanto en el ámbito mediático como en el político y en el de las iniciativas sociales; con tintes, a menudo, más emocionales que racionales, y adoptando perfiles muy diferentes dependiendo de las áreas geográficas y del personal posicionamiento en ciertas materias.

313

Lo apasionado de algunas de esas reacciones es comprensible, por la gravedad y por las circunstancias del atentado, pero al mismo tiempo suscita en los juristas cierta inquietud, porque este asunto pone sobre la mesa varios temas que son de relevancia jurídica directa o indirecta. Y, cuando se trata de derecho, y de derechos, es más que arriesgado lanzarse a la acción –política, social o mediática– sin un previo proceso de reflexión. La precipitación, por

* Artículo originalmente publicado en «El Cronista del Estado social y democrático de derecho», núm. 50, febrero 2015. Disponible en: <http://www.elcronista.es>.

** Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

muy conveniente que resulte para algunos un aumento rápido –y normalmente efímero– de popularidad, no es buena consejera en estos casos.

Tampoco lo es la simplificación de problemas de suyo complejos, que en este caso ha llevado a no pocas personas a incurrir en cierto maniqueísmo fácil, exigiendo implícitamente autoidentificarse en términos de «Yo soy Charlie» o «Yo no soy Charlie». Una actitud que recuerda al personaje de Valle-Inclán, para quien los españoles se dividían en dos bandos: «uno, el Marqués de Bradomín, y el otro todos los demás».¹ Vale la pena, por eso, analizar estos temas con cuidado.

1. El islam en las democracias occidentales

Una de las cosas que más ha llamado la atención en estos días es el abundante número de personas –y de medios de comunicación– que incurren en afirmaciones descalificadoras del islam, insistiendo en repetir, a modo de mantra o de conjuro contra las amenazas para la democracia, que el islam es incompatible con nuestra cultura política y en general con nuestro sistema de valores. Esto es un completo desacuerdo, basado en una mezcla de ignorancia, equívoco y prejuicio.

No es la primera vez que sucede. De hecho, manifestaciones análogas se producen cada vez que alguien, diciendo operar en nombre del islam, lleva a cabo actos de violencia. Cuando tales actos tienen lugar en países de mayoría musulmana, nadie en esos países suele echar la culpa al islam: se sobreentiende que se trata de ataques contra la vida y la integridad de las personas cuyo origen está en el fanatismo y la intolerancia, y no, de suyo, en la religión de Mahoma; entre otras cosas porque no pocas veces se trata de enfrentamientos entre personas adscritas a distintas versiones del islam. En cambio, cuando la violencia que se atribuye inspiración religiosa se produce en países occidentales donde la población musulmana es minoría, es frecuente atribuir la responsabilidad no tanto a personas o grupos concretos, sino genéricamente a la religión que esgrimen como causa de su conducta criminal. Es ya sabida la retahíla en la que vienen simplistamente a identificarse islam, intolerancia, violencia, discriminación y anquilosamiento intelectual.

¹ Ramón del Valle-Inclán, *Sonata de estío*.

Lo preocupante es que ese modo de pensar no ha quedado reducido al ámbito de la morbosidad mediática o del discurso político oportunista (o populista). Instituciones tan respetables como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –la máxima autoridad judicial en materia de libertades públicas en Europa– no han sido impermeables a ese prejuicio, que ha influido en algunas de sus sentencias. Entiéndaseme bien. No pretendo sugerir que el Tribunal de Estrasburgo haya emprendido una suerte de ‘cruzada laica’ contra el islam en Europa; de hecho, en general la jurisprudencia del TEDH ha tratado a la religión musulmana como a cualquier otra. Pero algunos de sus pronunciamientos no serían fácilmente imaginables si los hechos se hubiesen referido a una religión distinta, especialmente cuando estaban en cuestión políticas legislativas de países que, como Francia o Turquía, hacen gala de una laicidad estricta: en un caso como principio esencial de identidad nacional, y en el otro como factor que se afirma como imprescindible para defender el sistema democrático frente al potencial aumento de posiciones islámicas radicales².

Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo ha encontrado argumentos –a veces de manera forzada o con un análisis deficiente de los hechos– para justificar la legitimidad de ‘purgas ideológicas’ en el ejército turco (caso *Kalaç* y sus secuelas³); la disolución del mayor partido político por parte de la Corte Constitucional turca, por su inspiración islamista (caso *Refah Partisi*⁴); la prohibición del *hijab* o velo islámico parcial tanto en la Universidad turca (caso *Leyla Şahin*⁵) como en los colegios públicos franceses (casos *Dogru* y *Kervancı*, entre otros⁶), aunque hubiera clara evidencia que las mujeres en

² Me he ocupado con más detalle de esta cuestión en J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Islam in Strasbourg: Can Politics Substitute for Law?*, en el volumen colectivo *Islam, Europe and Emerging Legal Issues* (ed. por W.C. DURHAM JR., D.M. KIRKHAM, C. SCOTT AND R. TORFS), Ashgate, Aldershot 2012, pp. 19-61.

³ *Kalaç c. Turquía*, 1 julio 1997.

⁴ *Refah Partisi y otros c. Turquía*, 31 julio 2001 (sentencia de sala), y 13 febrero 2003 (sentencia de Gran Sala).

⁵ *Leyla Şahin c. Turquía*, 29 de junio de 2004 (sentencia de sala), y 10 noviembre 2005, (sentencia de Gran Sala).

⁶ *Dogru c. Francia*, y *Kervancı c. Francia*, ambas dictadas por la misma sala del TEDH, en la misma fecha, 4 diciembre 2008, y con texto casi idéntico. También *Aktas c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la Appl. No. 43563/08; *Bayrak c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la Appl. No. 14308/08; *Gamaleddyn c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la Appl. No. 18527/08; *Ghazal c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la Appl. No. 29134/08; todas ellas de 30 junio 2009.

cuestión vestían el velo con plena libertad; o la reciente legislación francesa que criminaliza el uso del velo islámico integral (*burka o niqab*), aunque sea libremente, en todo espacio público, incluida la vía pública (caso *S.A.S.*⁷). La mayor parte de esas sentencias han tenido notable importancia política, y a veces también mediática, y han declarado legítimos ciertos límites a diversas libertades públicas, no solo la libertad religiosa.

Cuando se analizan pormenorizadamente esos casos, y se los pone en su respectivo contexto político, no es difícil conjeturar que *muchos de ellos, si no todos, hubieran recibido una solución diferente de haberse tratado de una religión que no fuera la islámica*. Además, en alguna de esas sentencias, el Tribunal hacía algunas simplistas alusiones al islam, con implícitos juicios de valor peyorativos sobre el carácter discriminatorio, e incluso violento, de su ley religiosa, que fácilmente podían ser interpretadas como transmitiendo el mensaje de que es imposible ser, al mismo tiempo, un creyente musulmán y un verdadero demócrata⁸. Lo cual implicaría, en última instancia, que Europa debería tratar al islam como una potencial amenaza para la democracia y las libertades; o al menos que la religión musulmana, y sus seguidores, carecen de la capacidad de integrarse plenamente en la tradición política occidental de la democracia liberal⁹.

⁷ *S.A.S. c. Francia* (Gran Sala), 1 julio 2014.

⁸ Vid. *Refah Partisi* (2001), § 72, confirmado expresamente en *Refah Partisi* (2003), § 123. Esta no era la primera vez que el Tribunal hacía esta clase de alusiones. En un caso relativo al uso del velo islámico por parte de una maestra musulmana de escuela primaria (*Dahlab c. Suiza*, decisión sobre la admisibilidad de la Appl. No. 42393/98, 15 febrero 2001), el TEDH sostuvo que vestir el pañuelo islámico “parece ser impuesto a las mujeres por un precepto que se encuentra en el Corán y que [...] es difícil de compatibilizar con el principio de igualdad de género. Parece por tanto difícil conciliar el uso de un velo islámico con el mensaje de tolerancia, respeto por los demás y, sobre todo, igualdad y no discriminación que todos los profesores deben transmitir a sus alumnos en una sociedad democrática” (The Law, § 1).

⁹ No es extraño, por ello, que uno de los jueces mostrase, en un voto particular a la sentencia *Refah Partisi* de Gran Sala, su preocupación por el hecho de que algunas de las declaraciones del Tribunal fueran “carentes de matices, especialmente por lo que se refiere a cuestiones extremadamente sensibles suscitadas por la religión y sus valores”. El mismo juez lamentaba el uso trivial de “términos tomados del discurso político-ideológico”, como “fundamentalismo islámico”, que consideraba inapropiado en un tribunal internacional. También se lamentaba de la superficialidad que mostraba el TEDH al realizar una caricatura de la poligamia –que es una forma de organización familiar– reduciéndola a “discriminación fundada sobre el género de las partes afectadas”.

Frente a esa visión deformada, es preciso recordar que la religión islámica no es de suyo una religión violenta o inconciliable con los valores y modo de vida occidentales (entre otras cosas, hay muchas y muy diversas interpretaciones del islam, como de casi cualquier otra religión). Cada uno compartirá o no los puntos de vista morales del islam, y podrá considerar que algunos son discutibles, trasnochados o retrógrados, pero quien tiene amigos musulmanes que toman en serio su religión sabe que normalmente son personas de un elevado nivel moral.

2. Acomodar la pluralidad de valores éticos

De hecho, parte de la desconfianza con que algunas personas de nuestro ámbito geográfico contemplan el islam proviene de que buena parte de sus fieles mantienen una firmeza en sus valores morales que es hoy desusada en el occidente cristiano (muchos de cuyos ciudadanos han terminado por ser bastante acomodaticios en lo tocante a reglas éticas que no vienen refrendadas –e impuestas– por la fuerza de la norma jurídica). Esa firmeza explica que muchos musulmanes estén en desacuerdo con parte del estilo de vida occidental, lo cual tiene que ver con una serie de cuestiones muy heterogéneas que incluyen, a menudo, la falta de respeto a la vida humana, la pérdida de peso de la institución familiar en la organización social y política, o una obsesión por el consumo y las comodidades materiales a costa de la dimensión espiritual del ser humano. Sus argumentos convencerán a unos y no a otros, pero –como todo ciudadano– están en su pleno derecho de discrepar; y *si por algo han de distinguirse nuestras democracias es por su capacidad de acomodar la pluralidad de concepciones religiosas y éticas*, sin imponer un pensamiento uniforme. En eso consiste justamente su principal fortaleza.

317

Hacer de cada musulmán un sospechoso es tan necio como injusto, a pesar de la terminología religiosa utilizada por terroristas sin escrúpulos que se presentan como defensores del islam. Es verdad que hay quienes utilizan la bandera del islam para justificar actos violentos o intimidatorios, o para tergiversar la realidad y presentarse como víctimas en lugar de agresores (la legítima defensa de sus creencias y tradiciones contra la imposición autoritaria de las democracias occidentales basadas en el descreimiento, se argumenta). Pero eso no hace mala a la religión islámica, como el uso de una retórica protestante, en su día, por parte del Ku Klux Klan no hace malo al

protestantismo. Además, la instrumentalización de causas de suyo legítimas para fines perversos no solo tiene lugar en el ámbito de la religión. En España lo sabemos bien: hemos sufrido la violencia de ETA y de posiciones políticas afines, disfrazada de defensa del nacionalismo vasco (que es de suyo una opción legítima, se esté o no de acuerdo con ella). Identificar el terrorismo que se presenta como islámico con el propio islam sería tan absurdo como hacer equivalentes el terrorismo abertzale y la identidad vasca. En el fondo, además, eso es lo que persiguen los violentos: propagar el odio como un modo de subvertir la vida social.

La preocupación por la seguridad nacional es tan comprensible como necesaria, y los atentados terroristas suelen generar inquietud acerca de sus flancos débiles. Sin una seguridad adecuadamente garantizada por el Estado no puede haber libertad ni, por tanto, democracia real. Pero un hipotético intento de justificar medidas de control que, de hecho, redunden en discriminación del islam sobre la base de estos atentados, o de otros similares, no solamente no tendría fundamento jurídico alguno, sino que iría contra el derecho fundamental de libertad religiosa.

318

En todo caso, si se quiere garantizar que la convivencia democrática no queda corrompida por la sombra de la sospecha y el prejuicio –que terminan por devendir fuentes de discriminación en la práctica– *es esencial que la población islámica, y aún más sus líderes espirituales, adopten una posición activa y de vanguardia para deslegitimar el terrorismo que se disfraza de religión*. Esto es de la mayor importancia para el futuro del propio islam, dentro y fuera de España: para evitar que sus señas de identidad les sean robadas por unos delincuentes, y que eso distorsione la percepción social que las sociedades occidentales tienen sobre la religión islámica.

Los no musulmanes tenemos el deber de defender las libertades de quienes lo son (incluida su libertad de religión y de conciencia); pero los musulmanes tienen el deber de reprobar específicamente a quienes mistifican su religión y atacan las libertades de otros, y también de colaborar con las autoridades en su lucha contra la violencia que se escuda en una parafernalia religiosa. Por eso son tan apreciables –y tan necesarias– las numerosas reacciones de condena que han tenido autoridades islámicas o teólogos musulmanes en los días que siguieron al atentado contra *Charlie Hebdo*, afirmando que esa

masacre injustificable carece de cualquier fundamento religioso objetivo¹⁰. Es una pena que, en nuestro país, no se les haya dado mayor resonancia por parte de los medios de comunicación.

3. Libertad de expresión y ofensas a los sentimientos religiosos: la jurisprudencia de Estrasburgo

No se entienda cuanto se ha dicho en los párrafos anteriores como un alegato a favor de la prohibición, ni de iure ni de facto, de expresiones críticas contra el islam, mientras éstas no franqueen el umbral de la incitación a la violencia o discriminación. Veamos esta cuestión con algún detalle, pues en el trasfondo de esta tragedia se encuentra también un tema de notable relevancia jurídica: cómo abordar los conflictos entre libertad de expresión y sentimientos religiosos. No olvidemos que el atentado tuvo lugar contra el semanario que difundió en 2006 las llamadas «caricaturas de Mahoma», previamente publicadas por el diario danés *Jyllands-Posten*, consideradas por muchos musulmanes como seriamente blasfemias, y por muchas otras personas como una invitación a la discriminación de los ciudadanos de origen islámico.

319

Naturalmente, en este tema, además de las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico nacional, un punto de referencia imprescindible es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la jurisprudencia del órgano encargado de su interpretación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que se ha pronunciado en reiteradas ocasiones al respecto desde principios de la década de los 1990¹¹.

Hay un primer punto indiscutible en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, recogido en su artículo 17º: ninguna de las disposiciones del Convenio podrá ser entendida en el sentido de implicar «para un Estado, grupo o individuo, derecho alguno a dedicarse a una actividad o a realizar

¹⁰ Vid., por ejemplo, en España, www.webislam.com.

¹¹ Me remito, para un análisis más pormenorizado, a J. MARTÍNEZ-TORRÓN, «¿Libertad de expresión amordazada? Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo», en J. MARTÍNEZ-TORRÓN y S. CAÑAMARES, *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa* (coords.), Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, pp. 83-120.

un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo». Es lo que habitualmente se conoce bajo el dicho *no hay libertad para los enemigos de la libertad*. Una de las claras consecuencias de ese principio es que la libertad religiosa no puede utilizarse para destruir o limitar indebidamente otras libertades. Lo que, en nuestro caso, significa que *la violencia física nunca puede ser considerada una reacción legítima frente a una ofensa verbal o escrita a una religión*, a sus dogmas o personas sagradas, o a sus fieles. Por eso, no hay sombra de justificación posible para los atentados de París, como de ningún otro cuyos autores presenten como castigo merecido para un lenguaje blasfemo.

Sentado esto, la cuestión que requiere más matices es la que se refiere a qué limitaciones puede imponer el ordenamiento jurídico a expresiones que tienen por finalidad ofender a una religión y a sus fieles. De nuevo aquí encontramos una afirmación neta, esta vez por parte de la jurisprudencia de Estrasburgo: el derecho fundamental a *la libertad de expresión no protege la calumnia deliberada, ni tampoco el «hate speech», ya sea antirreligioso o de cualquier otro tipo*; es decir, el discurso encaminado a provocar odio o discriminación (sentencias *Jersild* y *Gündüz*, entre otras¹²). Es más, independientemente de la censura moral y social de que puedan ser objeto, esas conductas pueden ser, y son a menudo, penalmente sancionables. De ahí que el art. 510 del Código Penal español, razonablemente y siguiendo una tendencia común en Europa, criminalice la provocación «a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias», entre otros; y castigue también la difusión de informaciones injuriosas en los mismos términos, cuando existe «conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad».

Menos claras, en cambio, resultan las respuestas posibles frente a otras situaciones de ofensa a la religión que no son calificables ni de *hate speech* ni de calumnia (en este último caso porque tienen, al menos parcialmente,

¹² *Jersild v. Denmark*, 23 septiembre 1994, § 35; *Gündüz c. Turquía*, 4 diciembre 2003, §§ 40-41.

algún fundamento de hecho¹³⁾). En el fondo, la cuestión central consiste en dilucidar si la protección de los sentimientos religiosos –de la mayoría o de una minoría– forma parte de la garantía de la libertad de religión y de creencias.

Aquí, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adoptado una posición más ambigua, desde dos sentencias importantes de 1994 y 1996, respectivamente (casos *Otto-Preminger-Institut* y *Wingrove*¹⁴⁾). Por un lado, ha afirmado que las religiones no pueden esperar permanecer libres de crítica, puesto que la libertad de expresión incluye el derecho a difundir ideas que «ofenden, escandalizan o molestan»;¹⁵ es más, el artículo 10 CEDH protege la elección deliberada no solo de contenido ofensivo, sino de una forma ofensiva para transmitirlo¹⁶, así como el recurso a cierta exageración e incluso provocación¹⁷. Por otro lado, sin embargo, el TEDH ha mantenido que el Convenio Europeo no impone una política uniforme al respecto, y que los ordenamientos jurídicos de cada país tienen cierta discrecionalidad para sancionar las expresiones «gratuitamente ofensivas» contra una religión o sus símbolos sagrados¹⁸. De hecho, en España, el art. 525 del Código Penal criminaliza el escarnio público, de palabra o por escrito, de los «dogmas, creencias, ritos o ceremonias» de una confesión religiosa con intención de ofender los sentimientos de sus miembros; y aplica la misma pena a una conducta análoga respecto de quienes no profesan religión alguna.

321

La doctrina de Estrasburgo parece estar dominada por el hecho de que el ejercicio de la libertad de religión y creencia –ya sea por parte de personas religiosas o no religiosas– requiere un clima de tolerancia y de respeto, libre de ataques que puedan de hecho retraer a los ciudadanos de manifestar sus creencias sin intimidación. Esto es, por lo demás, un rasgo común a todas las libertades fundamentales. *Un entorno social de libre discusión y de libre expresión, incluida*

¹³ El Tribunal Europeo ha hecho notar que es razonable exigir un mínimo de base fáctica para los juicios de valor de carácter ofensivo, pues de otra manera tales juicios podrían ser considerados «excesivos» (cfr. *Paturel c. Francia*, 22 diciembre 2005, § 36, en relación con ofensas a una determinada iglesia, con una doctrina que data de *Lingens c. Austria*, 8 julio 1986, § 46).

¹⁴ *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, 20 septiembre 1994, y *Wingrove c. Reino Unido*, 25 noviembre 1996.

¹⁵ Esta afirmación se remonta a la sentencia *Handyside c. Reino Unido*, 7 diciembre 1976, § 49.

¹⁶ Vid. *Oberschlick c. Austria*, 23 mayo 1991, § 57.

¹⁷ Vid. *Prager and Oberschlick c. Austria*, 26 abril 1995, § 38.

¹⁸ Vid. *Otto-Preminger-Institut*, §§ 47 y 49. En parecidos términos, *Wingrove*, § 52.

la libre expresión de las creencias, es esencial para la democracia. Y viceversa, un ambiente de agresividad verbal o de violencia no constituye ciertamente el hábitat más adecuado para el ejercicio de las libertades. Desde esta perspectiva, las agresiones a la religión no son intrínsecamente diversas de las agresiones por razón del sexo, la raza o el origen nacional; y recordemos que todos esos factores son mencionados por el artículo 14 CEDH, que prohíbe la discriminación¹⁹.

Aun así, no debemos perder de vista que toda restricción de la libertad de expresión, además de perseguir una finalidad legítima, debe ser justificada como «necesaria en una sociedad democrática» a tenor del art. 10.2 CEDH. Lo cual significa que –en palabras del TEDH– debe responder a «una necesidad social imperiosa».²⁰ Por eso, muchos pensamos que, en su formulación actual, el artículo 525 del Código Penal es de dudosa justificación –afortunadamente no se aplica– porque la tutela de los sentimientos religiosos no forma parte, de suyo, de la garantía de la libertad religiosa.

A mi entender, las expresiones ofensivas para la religión, incluso las *gratuitamente ofensivas*, solo pueden restringirse o sancionarse en casos extremos. En concreto, cuando el lenguaje injurioso, aun no constituyendo en rigor *hate speech*, puede traducirse de hecho, por las circunstancias y el contexto, en una limitación al derecho de libertad religiosa de las personas. Por ejemplo, y sobre todo, cuando la ofensa proferida no se limita a herir los sentimientos de determinados fieles, sino que dañan seriamente la reputación de una confesión religiosa o de sus miembros, produciendo así situaciones de discriminación o dificultando que algunos ciudadanos practiquen libremente su religión. Esto es más fácil que suceda con minorías religiosas, por lo general más vulnerables a las consecuencias de la difamación, que con la religión mayoritaria.

¹⁹ De hecho, la posibilidad de considerar la religión como una causa legítima para restringir la libertad de expresión fue reconocida incluso por los tres jueces que, en *Otto-Preminger-Institut*, escribieron una opinión discrepante y rehusaron aceptar que de la libertad religiosa consagrada en el art. 9 CEDH pueda derivarse un pretendido derecho a la tutela de los sentimientos religiosos. En sus palabras exactas, “la tolerancia se aplica a todos, y el carácter democrático de una sociedad resultará afectado si se permiten ataques abusivos a la reputación de un grupo religioso” (*Otto-Preminger-Institut c. Austria*, opinión discrepante conjunta de los jueces Palm, Pekkanen y Makarczyk, § 6).

²⁰ *Handyside c. Reino Unido*, § 48.

4. Tratar el *hate speech* antirreligioso como cualquier otro discurso del odio

Parte de los problemas que surgen en este ámbito provienen de que, en la práctica, *no siempre es fácil discernir cuándo estamos en presencia de una incitación al odio o discriminación, y cuándo se trata simplemente de una ofensa grosera* (pero no por ello necesariamente sancionable penalmente). A lo cual ha de añadirse que, *no raras veces, los tribunales –independientemente– aplican a las expresiones injuriosas contra la religión criterios distintos de los que son comúnmente aceptados en relación con otras circunstancias personales que no pueden ser causa de discriminación*, como el sexo, la raza o la orientación sexual. Además, la circunstancia de que la ofensa se dirija a grupos minoritarios o a la iglesia mayoritaria –independientemente de la mayor vulnerabilidad de los primeros– no es un factor definitivo de diferenciación. Téngase en cuenta que la justificación de que se criminalice el *hate speech* no está en la presunción de que esas expresiones provocativas vayan a producir, directa y necesariamente, situaciones de hecho de violencia o discriminación; de otro modo, esa figura se aplicaría en principio solo a las minorías y rara vez a los grupos mayoritarios. Su razón de ser se encuentra, más bien, en que cierto tipo de lenguaje es inaceptable en una sociedad democrática porque implica una descalificación de seres humanos a los que se considera inferiores –indignos– por tener una concreta raza o sexo, o por mantener determinadas ideas o creencias.

323

Un ejemplo de las consecuencias indeseables que pueden producir las incertidumbres en esta materia lo encontramos en los hechos que dieron lugar a un pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2013, a mi juicio desacertado, y sustentado sobre una evaluación de las circunstancias verdaderamente peculiar. Me refiero al auto de inadmisión de la querella criminal presentada contra el sindicato de inspiración anarquista CNT por razón de ciertas campañas mediáticas y de internet contra la visita del Papa con ocasión de la Jornada Mundial de la Juventud en 2011²¹. Las imágenes usadas en la campaña de CNT –algunas de las cuales son citadas por la propia sentencia– incluían un dibujo con un obispo ahorcado, una iglesia

²¹ AAP Madrid, sección 30, Auto N° 73/2013, 24 enero 2013. El texto de la querella puede encontrarse en: http://laicismo.org/data/docs/archivo_774.pdf (visitado el 26 enero 2015).

ardiendo con el slogan «la única iglesia que ilumina es la iglesia que arde», o un montaje fotográfico en el que se ve la silueta del Papa dentro de una mira telescopica y con la frase «totus muertos» (jugando con las palabras latinas del conocido lema de Juan Pablo II, *totus tuus*).

La Audiencia Provincial entendió, sorprendentemente, que se trataba de meras críticas hacia la Iglesia Católica y sus instituciones, que entraban dentro del legítimo ejercicio de la libertad de expresión, que en ningún caso constituían escarnio público (artículo 525º.1 CP) ni, aún menos, provocación «a la discriminación, al odio o a la violencia» (artículo 510º.1 CP). Desde luego, hay que empeñarse mucho para no apreciar en ese caso la existencia de escarnio o de intención de ofender; pero, aun así, puedo entender la reticencia de la Audiencia Provincial a aplicar el artículo 525º CP. Sin embargo, lo que resulta menos comprensible es que no se vea en esas imágenes una provocación al odio o la discriminación en un país como España, en cuya historia la violencia religiosa, de uno u otro signo, está por desgracia lejos de ser una ficción.

Es, como decía, significativo de una actitud, relativamente extendida, que tiende a tratar con mayor lenidad el *hate speech* antirreligioso en comparación con otras expresiones de incitación al odio. Es decir, una actitud que tiende a aplicar a la discriminación religiosa, en la práctica, criterios diversos de los que aplica a otras clases de discriminación. Habría sido ilustrativo observar cuál hubiera sido la decisión del mismo tribunal en caso de, por ejemplo, expresiones equivalentes referidas a judíos, mujeres o personas de orientación homosexual. ¿Se hubiera entendido que una sinagoga ardiente era un ejercicio de crítica jurídicamente aceptable hacia la religión judía? ¿O que una mujer ahorcada o una persona homosexual en el centro de una mira telescopica, con la consigna «totus muertos», constituyan una legítima discrepancia e intercambio de ideas en relación con presuntos excesos de los movimientos feministas o impulsores de los derechos de los homosexuales? No parece que fuera esa la actitud de otro tribunal español cuando, con toda razón, condenaba, sobre la base del mismo artículo 510º CP, al imán que explicaba asépticamente en un libro cómo debía efectuarse el castigo físico a las mujeres cuando era necesario «para corregirlas» y sin dejar huella en su cuerpo²².

²² Me refiero a la sentencia condenatoria del imán de Fuengirola dictada por el Juzgado de lo Penal nº 3 de Barcelona, con fecha 12 enero 2004 (procedimiento abreviado Nº 276/2003).

Insisto: para apreciar la existencia de *hate speech* no hace falta tener la certeza de que habrá una relación de causa-efecto entre las expresiones vertidas y sus efectos inmediatos en la vida de las personas. El discurso de incitación al odio por motivos religiosos no es tolerable porque implica, por parte de quien lo profiere, una consideración de ciertas personas como inferiores, o incluso despreciables, por razón de sus creencias. Lo cual enrarece la vida social, y es tan dañino para el ejercicio de las libertades, a medio y largo plazo, como la descalificación de seres humanos por su raza, su sexo, sus incapacidades físicas, o su orientación sexual.

5. En búsqueda de un equilibrio entre libertades fundamentales

Cuando se intenta encontrar un equilibrio razonable en los conflictos que pueden surgir entre libertad religiosa y libertad de expresión, puede ser útil preguntarnos acerca de cuál es la razón de ser de esas dos libertades fundamentales, tomando como punto de referencia, de nuevo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, según ha sido interpretado por la jurisprudencia de Estrasburgo, y tratando de identificar la lógica inherente a los principios que el TEDH ha ido aplicando en sus sentencias.

325

A ese propósito, parece que la finalidad esencial de la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 8º CEDH) consiste en la tutela de la autonomía individual en dos ámbitos de particular significado para la persona humana: la libertad de *creer* y la libertad de *actuar* en consecuencia. Es decir, proteger la libertad del individuo para proporcionar una respuesta personal a las cuestiones cruciales a las que todo ser humano ha de enfrentarse (quiénes somos, de dónde venimos, adónde vamos); y, paralelamente, la libertad para comportarse en la propia vida de acuerdo con esas respuestas. Toda respuesta a esas cuestiones es considerada igualmente válida desde la perspectiva del Convenio Europeo: ya sean religiosas o no religiosas (agnósticas o ateas)²³.

²³ En palabras literales del TEDH: “[...] la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los fundamentos de una ‘sociedad democrática’ en el significado que le atribuye el Convenio. Es, en su dimensión religiosa, uno de los elementos más vitales que definen la identidad de los creyentes y su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos y los indiferentes” (*Kokkinakis c. Grecia*, 25 mayo 1993, § 31). *Kokkinakis* –un caso relativo al derecho al proselitismo– fue la primera sentencia del TEDH con fundamento en el art. 9, y el punto de partida para una serie progresiva de posteriores decisiones sobre cuestiones relacionadas con la libertad de religión y de creencias.

Porque, en realidad, cualquier respuesta a esas cuestiones es, en algún sentido, una *creencia*, a pesar de que el término ‘creyente’ suela reservarse para las personas que poseen creencias de signo religioso.

Implícitamente se asume que ninguna de esas cuestiones cruciales tiene una sola respuesta que sea absoluta y racionalmente indiscutible –por eso son creencias–, lo cual justifica el derecho inalienable de cada persona a buscar sus propias soluciones. *Ni las creencias religiosas ni las creencias no religiosas son susceptibles de prueba objetiva desde una perspectiva racional*, y en consecuencia su contenido concreto y su validez no pueden ser enjuiciados con criterios ‘objetivos’ por el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de los límites que puedan imponerse legítimamente a su práctica en aplicación del art. 9.2 CEDH. Toda religión o creencia es aceptada como igualmente válida y protegible en principio, no porque suponga una respuesta ‘razonable’ o ‘verdadera’ a cuestiones vitales, sino porque es el resultado de una legítima opción personal, que nadie puede sustituir. La protección de la libertad religiosa y de creencia en esos términos es esencial para el pluralismo, el cual a su vez es inseparable de la noción de democracia²⁴.

326

Por otro lado, no cabe duda de que el ejercicio de la libertad de religión y creencias implica con frecuencia el ejercicio de otras libertades fundamentales protegidas por el Convenio Europeo, especialmente la libertad de reunión y asociación, así como la libertad de expresión. Esto, sin embargo, no debe movernos a confusión sobre la clase de ideas tuteladas respectivamente por esas libertades. Por eso, el Tribunal de Estrasburgo ha subrayado que, en el sentido en que lo utiliza el artículo 9 CEDH, el término ‘creencias’ –religiosas o no– denota aquellas «convicciones que poseen un cierto nivel de obligatoriedad, seriedad, coherencia e importancia», y no es sinónimo de palabras como ‘opiniones’ o ‘ideas’ tal como son utilizadas por el artículo 10 CEDH, que garantiza la libertad de expresión²⁵.

Si dirigimos ahora la mirada hacia esta última libertad, tal como la concibe la jurisprudencia del TEDH, su finalidad esencial parece ser también

²⁴ Vid. *Kokkinakis*, § 31.

²⁵ *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, 25 febrero 1982, § 36.

garantizar el pluralismo como un elemento indispensable de la democracia, en particular mediante la tutela del derecho de toda persona a difundir libremente información o ideas. Su fundamento implícito es que las personas no solo tienen el derecho de formar libremente su opinión sobre cualquier tema, sino también el derecho de efectuar sus propias contribuciones al debate público sobre cuestiones diversas en sus respectivas sociedades. Por esa razón, como indiqué antes, el Tribunal Europeo ha resaltado que los límites a la libertad de expresión han de ser interpretados de manera restrictiva, incluso cuando se trata de ideas que «ofenden, escandalizan o molestan», por su contenido o por la forma en que se transmiten²⁶. Esto ha de aplicarse de manera particularmente rigurosa a las opiniones relativas a temas de interés general: mientras mayor es la importancia del asunto que se discute, más amplia ha de ser la protección de la libertad de expresión y más estricta la interpretación de las limitaciones que es legítimo imponerle²⁷.

Dicho de otra manera: para el TEDH, la protección de la libertad de expresión es inseparable de una referencia al *contenido* de la información o de las ideas que se difunden. Lo que merece ser tutelado no es la ‘expresión’ entendida como concepto meramente formal o abstracto, sino más bien la expresión de un contenido sustantivo: información (hechos) u opiniones (ideas, juicios de valor). De ese modo, la libertad de palabra desempeña una importante función respecto a la formación de un debate plural, social e intelectual, sobre una diversidad indefinida de temas, así como respecto a la búsqueda de la verdad histórica²⁸, y deviene condición necesaria para el progreso social²⁹.

327

Es fácil entender, en consecuencia, que, por lo que concierne a la información sustantiva o a las opiniones que se difunden, la libertad de ex-

²⁶ Cfr. *Handyside c. Reino Unido*, 7 diciembre 1976, § 49; *Oberschlick c. Austria*, 23 mayo 1991, § 57; *Prager and Oberschlick c. Austria*, 26 abril 1995, § 38.

²⁷ Cfr. *Jersild c. Dinamarca*, 23 septiembre 1994, § 35; *Gündüz c. Turquía*, 4 diciembre 2003, §§ 43-44; *Paturel c. Francia*, 22 diciembre 2005, §§ 32, 37, 42 y 46; *Giniewski c. Francia*, 31 enero 2006, §§ 50-51 y 54.

²⁸ Cfr. *Chauvy y otros c. Francia*, 29 junio 2004, § 69; y *Giniewski c. Francia*, 31 enero 2006, § 51.

²⁹ Cfr. *Otto-Preminger-Institut c. Austria*, 20 septiembre 1994, § 49.

presión del art. 10º CEDH abarca un espectro mucho más amplio de temas que la libertad de pensamiento, conciencia y religión del art. 9º CEDH. Además, y al contrario de lo que sucede en el caso de la religión o las creencias, *la veracidad de los datos o el rigor de las opiniones –es decir, su conexión lógica con los datos de hecho– pueden y deben ser enjuiciados de acuerdo con criterios objetivos*, como se infiere de la doctrina del TEDH acerca de la distinción entre declaraciones de hecho y juicios de valor³⁰.

A la vista de lo anterior se comprende mejor la doctrina de Estrasburgo en materia de conflictos entre libertad de expresión y libertad religiosa, a la que antes me refería, y que gira, recordémoslo, en torno a tres ejes principales. En primer lugar, el *hate speech* antirreligioso no es protegido por el artículo 10º CEDH, y su criminalización es legítima³¹. No obstante, el Tribunal Europeo ha sido en general reticente a reconocer la existencia de ‘discurso del odio’, ya sea en expresiones de carácter antirreligioso o en declaraciones de líderes religiosos contra ideas o personas atea^s³².

En segundo lugar, los ordenamientos jurídicos nacionales pueden restringir o sancionar las *ofensas gratuitas* a la religión, aunque el TEDH se

³⁰ Vid. supra, nota 13.

³¹ La criminalización del *hate speech*, de hecho, tiende a convertirse en la regla y no en la excepción. Además del art. 510º.1 del Código Penal español, puede citarse, a título de ejemplo, el art. 130.2 del Código Penal alemán, que establece una pena similar a la del código español para aquellas personas responsables de la producción o difusión de escritos “que inciten al odio contra sectores de la población de un determinado grupo nacional, racial o religioso, o de un grupo caracterizado por sus costumbres tradicionales, o que promuevan medidas violentas o arbitrarias contra esos grupos, o que lesionen la dignidad humana de otros mediante el insulto o la calumnia o difamación maliciosa contra ciertos sectores de la población de los grupos antes mencionados”. En Irlanda, la *Prohibition of Incitement to Hatred Act* de 1989 establece penas ligeramente inferiores para las personas culpables de incitación al odio, y define el *hate speech* de manera que comprende “el odio contra un grupo de personas... por razón de su raza, color, nacionalidad, religión, origen nacional o étnico, pertenencia a una comunidad nómada, u orientación sexual” (art. 1º).

³² Cfr., por ejemplo, *Gündüz c. Turquía*, 4 diciembre 2003; *Erbakan c. Turquía*, 6 julio 2006; *Güzel c. Turquía*, 27 julio 2006; *Kutlular c. Turquía*, 29 abril 2008. Una excepción es *Soulas c. Francia*, 10 julio 2008, relativa a la condena del autor y editores de un libro titulado “La colonización de Europa. Discurso verdadero sobre la inmigración y el Islam”. Hay que hacer notar que el autor del libro cargaba las tintas no tanto sobre cuestiones religiosas cuanto sobre la procedencia geográfica y étnica de los musulmanes residentes en Francia. De ahí precisamente la condena de los tribunales franceses, sobre la base de una actitud racista del autor, ratificada por el TEDH.

reserva el derecho de supervisar, en el caso concreto, si la limitación a la libertad de expresión del ofensor puede considerarse «necesaria en una sociedad democrática»; lo cual sucedería si ese lenguaje ofensivo pudiera de hecho ir en detrimento de la libertad religiosa de ciertas personas, que podrían sentirse inhibidas para manifestar sus creencias en público. En la práctica, sin embargo, no es fácil dictaminar que la gravedad de la ofensa en cuestión está abocada a producir consecuencias tan serias. De ahí que la tendencia del Tribunal haya sido, desde hace tiempo, permisiva de las expresiones de carácter injurioso hacia una religión o sus miembros³³.

En tercer lugar, resulta preciso distinguir entre *juicios de valor* y *declaraciones de hecho*, lo cual matiza el margen de apreciación estatal para limitar o penalizar la libertad de expresión en cada uno de esos supuestos. Mientras que la exactitud o la verdad de las afirmaciones que se refieren a hechos puede ser sometida a un examen objetivo, los juicios de valor son, por su naturaleza, subjetivos y menos susceptibles de prueba, y por tanto también de sanción o control. En todo caso, como casi siempre el lenguaje ofensivo contiene una mezcla de afirmaciones de hecho y juicios de valor, la libre expresión de los segundos, según el TEDH, solo puede ser restringida por la ley nacional cuando carecen de todo fundamento de hecho real. El Tribunal ha aplicado esta idea con especial firmeza en relación con la falsificación de hechos históricos relativos al Holocausto judío por el régimen nazi, que ha considerado constitutiva de *hate speech*³⁴.

329

6. Diferenciar entre legitimidad moral y legalidad

A mi juicio, los principios sentados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son útiles y válidos, a pesar de las dificultades inherentes a su aplicación práctica, porque intentan alcanzar un equilibrio entre diversos intereses jurídicos con la finalidad de propiciar un clima jurídico en el que puedan ejercerse de hecho todas las libertades fundamentales por parte de todos.

³³ Así, por ejemplo, *Paturel c. Francia*, 22 diciembre 2005, *Giniewski c. Francia*, 31 enero 2006, y *Aydin Tatlav c. Turquía*, 2 mayo 2006.

³⁴ Vid. *Roger Garaudy c. Francia*, decisión sobre la admisibilidad de la Appl. No. 65831/01, 24 junio 2003.

Permítaseme aclarar un punto importante. Cuando hago notar que, a mi juicio, la tutela de los sentimientos religiosos no forma parte, per se, de la garantía de la libertad religiosa, y que solo en casos extremos pueden penalizarse las expresiones ofensivas para la religión, no es que considere que el lenguaje difamatorio es encomiable o que merezca un juicio social, moral o políticamente positivo. Al contrario: creo que ofender sin motivo, en este y en cualquier otro ámbito, es algo a evitar. Pero el respeto a la libertad de expresión, que es una de las libertades clave de un sistema democrático, solo puede restringirse en casos de estricta necesidad. La censura no es en absoluto amiga de la democracia.

Y sobre todo no se olvide que, en contra de lo que mucha gente piensa, el derecho no sirve para todo, ni es el único punto de referencia para calificar un comportamiento humano como legítimo. *Identificar legalidad y legitimidad moral es un error notable.* Hay expresiones ofensivas que el derecho debe permitir, pero que no por ello se hacen acreedoras a un juicio moral positivo por parte de la sociedad. Actuaciones que justificarían un claro rechazo social manifestado de distintas formas –por ejemplo mediante el boicot organizado, haciendo uso de la propia libertad de expresión– no necesariamente reclaman represión jurídica, y aún menos jurídico-penal.

330

El derecho es un instrumento de organización social que tiene sus limitaciones, y estoy convencido de que en esta área está llamado a desempeñar una función modesta. A fin de cuentas, la coerción jurídica es un instrumento que puede funcionar cuando otros medios de solución de conflictos sociales han fallado. *El derecho no debe intervenir en cada caso de lenguaje antirreligioso, sino únicamente en casos de particular gravedad por sus consecuencias perjudiciales para la libertad religiosa.* En caso de duda, es preferible que el derecho se abstenga de interferir en la libertad de palabra, independientemente de lo deplorable que puedan resultar algunas expresiones ofensivas contra la religión. Un posible abuso del poder para restringir la libertad de expresión es más peligroso para la democracia y el pluralismo que el perjuicio para las creencias religiosas que podrían causar ciertas formas abusivas de expresión.

El deber de abstención del ordenamiento jurídico frente a expresiones ofensivas que entran dentro de la legalidad, sin embargo, no significa que quie-

nes profieren dichas expresiones tengan derecho a servirse de los medios públicos que el Estado pone a disposición de los ciudadanos para aquellas actividades que considera socialmente positivas. Por la misma razón que no pueden confundirse legalidad y legitimidad moral, tampoco la legalidad de una conducta hace que, de suyo, tenga carácter beneficioso para la sociedad y que sea merecedora del apoyo de los poderes públicos. Al contrario, siendo partidario de una concepción amplia de la libertad de expresión y contrario a la censura, entiendo que *las ofensas gratuitas y deliberadas a los sentimientos religiosos de los ciudadanos no pueden gozar de ninguna clase de apoyo público* (por ejemplo, en forma de financiación, o de utilización de espacios públicos de uso común). Por las mismas razones que ese apoyo ha de negarse a quienes, en uso de su libertad de palabra, ofenden los sentimientos de personas de determinada etnia o raza, origen nacional, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

7. Erradicar el fanatismo sin glorificar el insulto

En definitiva, el atentado contra la vida de los redactores de *Charlie Hebdo* nos enfrenta a la necesidad de tomar posición respecto a dos cuestiones: el hecho en sí, y el problema de fondo subyacente.

331

En relación con el segundo aspecto, los conflictos entre libertad de expresión y libertad religiosa, he intentado explicar los principios –que creo adecuados– elaborados por la jurisprudencia de Estrasburgo. Pero no debemos perder de vista que se trata de principios que requieren una interpretación cuidadosa en su aplicación a hechos concretos. Son situaciones que *no tienen respuesta fácil*, como suele suceder, por lo demás, en los problemas relativos a la delimitación de fronteras entre el legítimo ejercicio de diversas libertades fundamentales. Sería muy poco realista afirmar que estamos ante cuestiones ‘sencillas’ que pueden resolverse de manera simple y categórica recurriendo a una interpretación extensiva de la libertad de expresión o de la libertad religiosa. La simplificación nunca es planteamiento apropiado para resolver cuestiones complejas.

Ciertamente, una comprensión ‘relajada’ o conformista del margen de apreciación estatal en la aplicación de los límites a la libertad de expresión (art. 10º.2 CEDH) pondría en peligro la salvaguarda real de esa libertad, indispensable para una democracia pluralista, y la dejaría en manos de las

ideas religiosas predominantes (y también, lo que es incluso más frecuente, en manos de la ‘corrección política’). Por otra parte, sin embargo, una posición a favor de manera absoluta y sin matices de la libertad de expresión, entendida como mera libertad de ofender, comportaría en la práctica una patente de corso para llevar a cabo actos de agresión contra otros, aunque se trate de una agresión verbal y no física. Permitir el desarrollo de un ambiente de agresividad social posibilitaría que se pudiera en peligro fácilmente la real libertad de muchas personas para expresar sus ideas, incluyendo la manifestación de sus creencias religiosas. En algunos casos, podría incluso resultar afectada la reputación, y por tanto la credibilidad, de determinadas comunidades religiosas, lo cual incidiría negativamente en la real libertad de que realmente disponen.

Además, la experiencia enseña que los efectos de las agresiones verbales muchas veces trascienden el ámbito de la mera verbalidad. El respeto por los demás, aunque rechacemos o incluso despreciamos sus ideas, es un componente esencial de una sociedad plural y libre. La libertad de expresión *no es la libertad de ofender*, sino la *libertad de decir cosas que pueden ser ofensivas* para otros o que pueden ser entendidas por otros como ofensivas. El acento se ha de poner en el contenido de la información o de las ideas que se transmiten, y *no en la ofensa en cuanto tal*. El lenguaje contundente o incluso claramente ofensivo –la ofensa puede ser un modo de comunicar una idea– son conceptualmente distintos del lenguaje *abusivo*, aunque la línea divisoria entre ellos no siempre se muestra nítida cuando se analizan los casos concretos.

Por lo que concierne al atentado en sí, no hay duda de que es execrable, y debe ser condenado sin ambages. Pero la violencia ejercida contra los periodistas –que afectó colateralmente también a otras personas– no hace necesariamente de los asesinados unos héroes. La aludida distinción entre legalidad y legitimidad moral hace que resulte comprensible la actitud de quienes en los días siguientes a los hechos, en diversos países y de manera más o menos oportuna, se pronunciaron bajo el lema «yo no soy Charlie», en contra de la corriente mayoritaria. Y lo hicieron no por apoyo a los terroristas, sino por dejar claro que no compartían el modo en que los fallecidos concebían la libertad de expresión. No podemos confundir la compasión por las personas con el juicio que nos merezcan sus hechos; si en lo primero es

de esperar la unanimidad, en lo segundo es de esperar que las opiniones sean divergentes. Para muchos, el semanario francés nunca se ha distinguido ni por su buen gusto, ni por lo sofisticado de su humor, ni por su contribución positiva a un clima de convivencia social impregnada de respeto por quienes piensan diferente. Al contrario, su línea ha sido más bien optar por la ofensa, en ocasiones grosera, aun a costa de la buena fama de personas o de grupos minoritarios. No es esa la mejor manera de promover un ambiente de debate intelectual sobre cuestiones de importancia, o sobre aspectos sustanciales que definen la identidad de los ciudadanos. La reproducción de las «caricaturas de Mahoma» del *Jyllands-Posten* fue solo una de sus desafortunadas *boutades*, más aireada que otras por las consecuencias, entonces y ahora. Su labor periodística era tan jurídicamente legítima como, a juicio de muchos, moral y socialmente reprobable.

Ese es un matiz que creo ha faltado en no pocas de las manifestaciones que han utilizado el lema *Je suis Charlie*, y que han podido ser entendidas por muchos como una suerte de ‘beatificación’ de periodistas cuya actividad se asemejaba, más que a la lucha por las libertades, a un negocio –por lo demás fallido– basado en el humor grotesco y en el escándalo. Poner el acento en la concreta actitud de *Charlie Hebdo*, presentando a sus redactores como héroes, en lugar de subrayar la importancia de tutelar la libertad de expresión y de conciliarla con el respeto por las libertades y la fama de los demás, es probablemente un error de perspectiva, que impide llegar al fondo del problema. La de *Charlie Hebdo* es una tragedia en la que abundan las víctimas pero se echan de menos los héroes (exceptuando a los agentes de seguridad caídos).

333

Erradicar el fanatismo religioso –y de cualquier otra clase– es esencial en las sociedades libres. Por ello, es razonable aprovechar esta penosa circunstancia para recordar la importancia de la libertad de expresión y que no es legítimo responder a la palabra con la metralleta. Pero sería también deseable que los responsables de la cosa pública reafirmasen la importancia de que quienes usan su libertad de expresión sean capaces de respetar las opciones éticas de quienes piensan diferente, por chocantes que resulten en un determinado contexto cultural. Para impulsar una sociedad verdaderamente abierta, el camino no pasa por glorificar el insulto –a los musulmanes o a quien sea– sino por generar espacios y posibilidades reales de diver-

sidad. En eso, más allá de la tarea que compete a los instrumentos jurídicos y a las instancias de gobierno, será inestimable la actitud de un periodismo, y en general de una clase intelectual, más consciente de su responsabilidad social y más sensible hacia los valores que definen a las minorías.

El dilema del prisionero

Reflexiones críticas sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de derecho de voto de los condenados

MARCO OLIVETTI*

Sumario:

1. La restricción del derecho de voto en consecuencia de una condena penal: del derecho penal al derecho constitucional; 2. Los derechos políticos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: las libertades de reunión y de asociación; 3. La garantía de elecciones libres y secretas; 4. Las limitaciones del derecho de voto compatibles con el Convenio y el problema de los condenados a una pena de prisión; 5. La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de voto de los prisioneros: el caso Hirst contra Reino Unido; 6. El caso Frodl v. Austria; 7. El caso Greens y el caso Scoppola; 8. Las decisiones de 2013: los casos Firth, Anchugov and Gladkov y Söyler; 9. Anotaciones críticas, 9.1. Críticas de método, 9.2. Para una justificación teórica plausible de la privación del derecho de voto de los condenados.

335

1. La restricción del derecho de voto en consecuencia de una condena penal: del derecho penal al derecho constitucional

En las últimas dos décadas el tema de la privación del derecho de voto de los autores de crímenes que han sido condenados a una pena que comporta la privación de la libertad personal, se ha convertido en unos de los objetos privilegiados del diálogo entre las jurisdicciones de diferentes sistemas jurídicos¹, que es una de las dimensiones más interesantes del

* Profesor catedrático de derecho constitucional en el Departamento de Derecho de la Universidad de Foggia, Italia. Miembro del Comité de reformas constitucionales nombrado por el gobierno italiano en 2013.

¹ Como es bien sabido, dicho diálogo tiene una dimensión «horizontal», en la cual están involucrados jueces de diferentes ordenes jurídicos estatales, y una dimensión «vertical», que concierne a las relaciones entre jueces internacionales o supranacionales. Para una síntesis de unos problemas planteados por dicho diálogo véase G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bolonia, 2010.

constitucionalismo contemporáneo. Varias sentencias de tribunales supremos o constitucionales fueron emitidas en Sudáfrica², Canadá³, Australia⁴, Israel⁵, Estados Unidos⁶, México⁷. A estas sentencias se añadió después del año 2004 una importante corriente jurisprudencial elaborada en el sistema de protección de derechos humanos del Consejo de Europa.

² *August v. Electoral Commission*, 1999 (3) SALR 1, 15 n. 30 (CC) (S. Afr.), que fue adoptada en ausencia de una «disqualifying rule» prevista por la ley *Minister of Home Affairs v National Institute for Crime Prevention and the Reintegration of Offenders (NICRO)* 2005 (3) SA 280 (CC).

³ *Sauvé v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 438, (1992), 7 O.R. (3d) 481 (según la cual un «blanket disenfranchisement» es inconstitucional porque el derecho de voto es garantizado por la Carta canadiense de derechos y libertades sin la previsión de limitaciones) y *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68 (según la cual la privación del derecho de voto para los condenados a una pena de más de dos años de reclusión es inconstitucional por la violación del principio de proporcionalidad: el fin legítimo que el gobierno canadiense declaraba perseguir –una punición suplementaria, que fomente la responsabilidad cívica y el estado de derecho– no convenció al Tribunal, y además porque los medios utilizados por el gobierno no eran proporcionales al fin).

⁴ *Roach v. Electoral Commissioner*, [2006] HCA 43, 2.5.2007, según el cual la privación del derecho de voto para todos los prisioneros condenados es inconstitucional, pero el legislador puede establecer la misma medida limitándola a los condenados a una pena de más de tres años.

⁵ *Alrai v. Minister of the Interior* HCJ 2757/06, 50(2) PD 18 [1996] (Isr.).

⁶ La decisión del Tribunal Supremo de Estados Unidos *Richardson v. Ramirez*, 418 U.S. 24 (1974) es las menos recientes de las decisiones aquí citadas y quizá la única adoptada según un criterio de *judicial selfrestraint*. No es una coincidencia que dicha decisión haya considerado constitucionalmente legítimas las fuertes limitaciones del derecho de voto previstas en varios estados miembros de Estados Unidos. El argumento central utilizado por *Richardson v. Ramirez* es que la sección 2 de la XIV enmienda a la Constitución, que contempla la privación del derecho de voto por las leyes estatales «por participación en una rebelión o en otro crimen», permite a los estados excluir del derecho de voto a los condenados y no permite a los jueces ejercer un control sobre la legislación estatal desde el punto de vista del respeto del principio de la *equal protection* fundada en la sección 1 de la misma XIV enmienda. Sin embargo, en el fallo *Hunter v. Underwood*, 471 US 222, 233 (1985) el Tribunal supremo declaró inconstitucional una norma de la Constitución de Alabama que había quitado el derecho de voto a las personas condenadas por crímenes de *moral turpitude*, incluso cuando dichos crímenes no eran sancionados con la cárcel. El Tribunal supremo opinó que dicha norma, aun si construida formalmente de manera neutral desde el punto de vista racial, había sido en realidad adoptada con finalidades discriminatorias. Para una exposición de los fallos más recientes sobre este tema, véase M. E. FEINBERG, *Suffering Without Suffrage: Why Felon Disenfranchisement Constitutes Vote Denial Under Section Two of the Voting Rights Act*, in *Hastings Poverty and Law Journal*, 8:2 (2011), p. 61 y ss.

⁷ Debe cotejarse, entre otras, las decisiones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en los fallos SUP-JDC-20/2007, SUP-JUD 98/2010 y SUP-JDC-157/2010. Sobre

Estas sentencias se sitúan al interior de un doble conflicto: uno entre los jueces supremos o constitucionales y las asambleas representativas democráticamente elegidas –que en varios casos introdujeron⁸ o confirmaron⁹ la privación del derecho de voto de los condenados– y el otro entre los tribunales nacionales y los supranacionales, en los casos en los cuales la privación del derecho de voto de los condenados tenía un fundamento constitucional interno¹⁰.

estos fallos v. nuestro comentario en M. Olivetti, *Presunción de inocencia, custodia cautelar y limitaciones al sufragio pasivo*, ponencia en el III Observatorio Judicial Electoral, Ciudad de México, 2011 y L. Ríos Vega, *La suspensión preventiva del sufragio pasivo: prisión, libertad o proporcionalidad?*, Documento de Trabajo para el III Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral, TEPJF, Ciudad de México, 2010.

⁸ Es por ej. el caso de Australia (2006) y de Nueva Zelanda [si v. l'Electoral (*Disqualification of sentenced prisoners*) Amendment Act 2010, que añadió la letra (d) al texto del art. 80.1 del *Electoral Act* 1983, según el cual no tiene derecho de voto «a person who is detained in a prison pursuant to a sentence of imprisonment»]. Sobre este último caso, véase la opinión crítica de A. Geddis, *Prisoner Voting and Rights Deliberation: How New Zealand's Parliament Failed*, en *New Zealand Law Review*, 2 (2011) p. 454-455.

⁹ Son, por ej., los casos de Canadá y de Reino Unido. En el primero, después de la primera sentencia *Sauvé*; en el segundo, después de la sentencia *Hirst* del TEDH. Sobre el debate parlamentario en la Cámara de Comunes británica de febrero de 2011 v. House of Commons, *Debates*, vol. 523, col. 493. Al final del debate se rechazó la modificación del *Representation of the People Act 2000* pedida por el TEDH; véase D. Nicol, *Legitimacy of the Commons Debate on Prisoner Voting*, en *Public Law*, oct. 2011, p. 681 y ss. Sin embargo, en noviembre 2012 el *Lord Chancellor* publicó el *Draft Voting Eligibility (Prisoners) Bill* y anunció el nombramiento de un *Joint Committee* de las dos Cámaras, encargado de proceder al *pre-legislative scrutiny*. El borrador de proyecto de ley imagina tres soluciones: la solución A y la B reconocen el derecho de voto a todos los que purgan penas de prisión de menos de 4 años o mayores a 6 meses, mientras que la solución C confirmaría la exclusión completa del voto de todos los prisioneros condenados. El 18 de diciembre de 2013 el *Joint Committee* publicó un Informe en el cual afirma: «we recommend that the Government introduce a Bill at the start of the 2014-15 session, which should provide that all prisoners serving sentences of 12 months or less should be entitled to vote in all UK parliamentary, local and European elections; and moreover that prisoners should be entitled to apply, up to 6 months before their scheduled release date, to be registered to vote in the constituency into which they are due to be released». Para el informe ahora citado véase <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtdraftvoting/103/10302.htm>.

¹⁰ Además, en varios estados miembros los Tribunales constitucionales o supremos se han pronunciado sobre el tema en examen en el contexto generado por la jurisprudencia del TEDH: ejemplo de ello son las decisiones del Tribunal constitucional de Austria de 27.11.2003 y de 27.9.2007, y del Tribunal supremo del Reino Unido en *R (on the application of Chester) v Secretary of State for Justice* y *McGeoch (AP) v The Lord President of the Council and another (Scotland)*, del 16.10.2013.

En su conjunto, la jurisprudencia ha desplazado la perspectiva del análisis de este tema –situado «*at the intersection of voting rights and criminal justice*»¹¹– del derecho penal al derecho constitucional, internacional y electoral. Sin embargo, en esta modificación de perspectiva se ha producido una desvalorización de las razones que justificaban –y que a nuestro parecer pueden seguir justificando¹²– la restricción del derecho de voto.

En este ensayo se analizará la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha adoptado varias decisiones sobre este tema entre 2004 y 2013, dando origen a un «recorrido jurisprudencial» no siempre lineal y todavía no acabado. Despues de una breve introducción sobre la colocación sistemática del derecho de voto y de los derechos políticos en el sistema del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (parr. 2 y 3), se examinarán las limitaciones a dicho derecho y en particular la de condena penal definitiva (par. 4). Se analizará, entonces, la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de voto de los prisioneros condenados, a fin de poner en evidencia sus elementos de continuidad y sus contradicciones (par. 5-8) y se intentará una crítica general de las posiciones prevalentes en ella (par. 9).

338

2. Los derechos políticos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: las libertades de reunión y de asociación

Los derechos de participación política están situados al margen del *corpus* principal de los derechos fundamentales garantizados por el CEDH, que en su texto originario se presentaba como una codificación limitada a los derechos clásicos de libertad, en el sentido estricto de esta noción; es decir, como limitado a los *Abwehrrechte* (derechos de defensa), o libertades negativas. En comparación con estas últimas, los derechos de participación política constituyen una categoría de derechos distintos, cuya característica común es la de permitir a los ciudadanos participar en la formación de la voluntad del estado¹³; entonces, entre las libertades clásicas y los derechos políticos hay

¹¹ A. C. EWALD, “Civic death”: the ideological paradox of criminal disenfranchisement law in the United States, en *Wisconsin Law Review*, 2002, p. 1054.

¹² Si v. *infra*, par. 9.2.

¹³ Arndt, *Art. 3, ZP I*, in U. Karpenstein, F.C. Mayer (a cura di), *EMRK – Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten – Kommentar*, Verlag C.H. Beck, München,

la distancia identificada por Benjamin Constant entre las libertades de los modernos y las libertades de los antiguos.

Sin embargo, la participación de los ciudadanos en la vida política no es un fenómeno extraño al Convenio; en primer lugar, por las razones histórico-políticas que el 4 de noviembre de 1950 fueron la base del Convenio mismo: la de ofrecer una síntesis de los derechos de la tradición liberal-demócrata de Europa Occidental, como alternativa, sea a los fascismos derrotados en la segunda guerra mundial, sea a los régimenes comunistas entonces triunfantes en la Europa del Este bajo dominación soviética.

Además, la importancia de la democracia representativa y, por reflexo, de los derechos de participación política que este tipo de régimen político supone, se percibe, en el texto originario del Convenio, por lo menos en dos aspectos: de un lado la referencia a una sociedad democrática como contexto en el cual se sitúan los derechos garantizados por el Convenio¹⁴; de otro lado la inclusión, entre los derechos protegidos por el CEDH, de unas libertades que desarrollan un papel de «puentes» entre las libertades privadas y la participación a la vida política: es el caso de los derechos de reunión y asociación, garantizados por el art. 11º del CEDH, cuya proyección política deriva de su carácter de derechos individuales de libertad con ejercicio colectivo. Si es cierto que las libertades de reunión y de asociación son relevantes también en la perspectiva de la vida privada y social (pero “pre-política”) de las personas (como se ve de la explícita mención que se hace en el art. 11º sobre la libertad de asociación en sindicatos), es también claro que dichas libertades –así como la libertad de opinión protegida por el art. 10º– permiten al ciu-

2012, p. 390 subraya que se trata de un „Teilhaberecht“ y que el art. 3 del Prot. Ad. n. 1 requiere que los estados adopten medidas positivas. El TEDH, en el fallo *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece [GC]*, App. no. 42202/07, § 67, 15.3.2012 comentó que «In the context of Article 3 of Protocol No. 1, the primary obligation is not one of abstention or non-interference, as with the majority of civil and political rights, but one of adoption by the State of positive measures to “hold democratic elections”». Sobre el voto como *status activus civitatis* ver G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Mohr, Tübingen, 1905, p. 136 y ss. y 159 y ss.

¹⁴ Véase el Preámbulo (cf. *Zdanoka v. Latvia - GC*, App. 58278/00, dec. 16.3.2006, § 98 y ss) y los art. 9.2, 10.2 y 11.2 del CEDH.

dadano, y a los ciudadanos organizados, influir en la esfera pública y en la vida política. Esta relevancia «pública» de los derechos protegidos por el art. 11º es confirmada por la jurisprudencia del TEDH, que incluye la libertad de asociación en los partidos políticos entre las diferentes formas de la libertad de asociación protegida por el Convenio. El Tribunal ha subrayado que dicho perfil de la libertad de asociación goza de una protección reforzada, con la consecuencia de que en las limitaciones a la libertad de los partidos, los Estados miembros disponen de un margen de apreciación más estricto¹⁵.

3. La garantía de elecciones libres y secretas

En el sistema jurídico del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, el derecho de voto (el más importante de los derechos de participación política) es objeto de una regulación escrita solo gracias al primer Protocolo adicional al Convenio, firmado en París el 20 de marzo de 1952 y en vigor el 18 de mayo de 1954. Y además esta regulación se refiere al derecho de voto solo en forma indirecta: el artículo 3º, de hecho no adopta la perspectiva más amplia que se encuentra en la Declaración universal de los derechos humanos de 1848 (art. 21º)¹⁶, en el Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos de 1966 (art. 25º)¹⁷, en la Convención Americana sobre derechos

340

¹⁵ *United Communist Party of Turkey v. Turkey*, App. 133/1996/752/951, 30.1.1998, § 46. Sin embargo, según el TEDH, tampoco este perfil de la libertad de asociación es exento de límites y los partidos que persiguen un programa político incompatible con los valores democráticos consagrados en el Convenio pueden ser disueltos por los estados miembros (*Refah Partisi et al. C. Turquie*, Req. 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, dec. 13.2.2003 § 100, 102 y ss.; *Herri Batasuna et Batasuna c. Espagne*, Req. 25803/04 et 25817/04, dec. 30.6.2009 § 63-64, 78, 82).

¹⁶ «1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.

2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.

3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto».

¹⁷ «Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

humanos de 1969 (art. 23º)¹⁸ y en la Carta africana sobre los derechos humanos y de los pueblos (art. 13º)¹⁹, que garantizan el derecho de participar a la dirección de los asuntos públicos, el derecho de votar y de ser votado y el derecho al igual acceso a las funciones públicas de su propio país. Al contrario, el art. 3º del I Protocolo Adicional contiene una formulación más restrictiva²⁰:

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.

Formalmente, entonces, el art. 3º no utiliza la expresión «derecho de votar» y por esto no parecería posible razonar sobre si se trata de una garantía del derecho subjetivo de votar y de ser votado. La naturaleza de la garantía contenida en el art. 3º del Protocolo Adicional núm. 1 es en primer lugar *objetiva*: las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar elecciones libres. Aparentemente esta parecía ser solo una obligación recíproca de los

-
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
 - c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país».

¹⁸ «1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal».

¹⁹ «Todo ciudadano tendrá derecho a participar libremente en el gobierno de su país, ya sea de modo directo o a través de representantes libremente escogidos de conformidad con las disposiciones de la ley.

2. Todo ciudadano tendrá derecho a acceder al servicio público de su país.

3. Todo individuo tendrá derecho a acceder a la propiedad y a los servicios públicos en estricta igualdad con todas las personas ante la ley».

²⁰ F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, VII ed., Puf, Paris, 2005, p. 478-479.

Estados miembros y no un derecho individual de los ciudadanos: entonces, de un lado este artículo podría quizá compararse con las cláusulas de homogeneidad políticas previstas en las Constituciones de los Estados federales, con la finalidad de armonizar las estructuras políticas de los estados miembros²¹. De otro lado, este artículo parecería tener relevancia solo en el marco del procedimiento de garantía colectiva previsto por el Convenio, es decir, en cuanto a los procedimientos entre Estados²², y no en el marco del recurso individual.

De hecho, las primeras decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos²³ habían interpretado el artículo 3º del Protocolo Adicional como una garantía institucional y no como un derecho subjetivo, y habían afirmado que dicho artículo no garantizaba el derecho individual de votar, sino solo el derecho a que los Estados miembros organizaran elecciones libres²⁴ y que las elecciones libres mencionadas por el art. 3º implicaban el sufragio universal²⁵.

342

²¹ El ejemplo más conocido es la garantía a los Estados miembros de una forma de gobierno republicana, prevista por el art. IV, sec. 4 de la Constitución de Estados Unidos. Cláusulas similares se encuentran también en la Constitución suiza (art. 5), en la argentina (art. 5) y en la alemana (art. 28). Sobre este problema véase v. M. Olivetti, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 44 y ss.

²² S. Marcus-Helmons, *Article 3*, en L.-E. Petitti, E. Decaux, P.-H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, II ed., Economica, Paris, 1999, p. 1013, que cita como ejemplo la demanda de Dinamarca, Noruega, Suecia y Holanda contra Grecia en 1969 por violación de este artículo después del golpe de estado de 1967.

²³ Hasta la modificación del Convenio con el Protocolo n. 11 (que fue adoptado el 11 de mayo de 1994 y entró en vigor el 1 de noviembre de 1998), la Comisión Europea de Derechos Humanos era el órgano al cual se sometían sea las demandas de los estados sea las demandas individuales, estas últimas solo en el caso de que el estado miembro afectado hubiese aceptado específicamente este procedimiento, que entonces era facultativo. Después de la decisión de la Comisión, el asunto podía llegar al Tribunal, lo que, sin embargo, pasaba solo en un número limitado de casos. F. Sudre, *Droit européen*, cit., p. 534 recuerda que el Tribunal adoptó 36 sentencias entre 1960 y 1979, 119 sentencias entre 1980 y 1989 y 389 sentencias entre 1994 y 1998; es decir, en este último periodo, un promedio de 75 sentencias cada año, más que en todo el período 1959-82.

²⁴ Si v. i casi decisi dalla Corte sulla base di Req. 530/59 e 1065/61 *X and others v. Belgium*, Com. Dec. 18.9.1961. Sobre la evolución de la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal se v. C. Pinelli, *Protocollo 1 – Art. 3*, en S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (cur.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, p. 847 y ss.

²⁵ *X. v. Federal Republic of Germany*, App. 2728/66, dec. 6.10.1967.

No era entonces cierto que fuese posible derivar del art. 3º del Prot. Ad. núm. 1 un derecho subjetivo. Sin embargo, ya en 1975 la Comisión Europea de los Derechos Humanos había llegado a la conclusión de que dicho artículo garantiza un derecho subjetivo individual²⁶ y el TEDH, en el caso *Mathieu-Mohin*, en 1981, el primero en el cual se ocupó del art. 3º, confirmó y desarrolló esta orientación.

«Mientras que todas las demás cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos núms. 1, 4, 6 y 7 (P1, P4, P6, P7) utilizan palabras como «Toute personne a droit» o «Nul ne peut», el artículo 3º (P1-3) utiliza la expresión «Les Hautes Parties Contractantes s'engagent». Tal vez se ha deducido de esto que el art. 3 no crea derechos y libertades individuales «directamente reconocidas a todos los que» están sometidos a la jurisdicción de dichas partes (sentencia Irlanda contra Reino Unido del 18 de enero de 1978, serie A nº 25, p. 91, § 239), sino que crea únicamente obligaciones entre estados. (...) Una interpretación tan restrictiva no resiste a l'examen [...].

Los trabajos preparatorios del Convenio no revelan ninguna intención de excluir, en el campo del art. 3º (P1-3), el juego del derecho individual, mientras que se pensó por mucho tiempo en excluir el control de la Corte. Además, en los trabajos preparatorios se encuentran frecuentes menciones de la «libertad política», de los «derechos políticos», de los «derechos y libertades políticas del individuo», del «derecho a elecciones libres» y del «derecho de voto».

343

Entonces... la «coloración interestadual» de la formulación del artículo 3º (P1-3) no refleja ninguna diferencia de fondo con las demás cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos. Ella parece explicable con la voluntad de dar más solemnidad a la tarea asumida y con la circunstancia de que en el campo considerado se encuentra en primer plano no una obligación de abstención o de non interferencia, como por la mayoría de los derechos civiles y políticos, sino la obligación, a cargo del estado, de adoptar medidas positivas para «organizar» elecciones democráticas²⁷.

²⁶ *W, X, Y et Z. Contre Belgique*, Req. 6745/74 y 6746/74, dec. 30.5.1975.

²⁷ *Mathieu Mohin et Cleyrfaut c. Belgique*, Req. 9267/81, dec. 2.3.1987, n. 48-50; *Zdanoka v. Latvia*, n. 102.

Se trata de una interpretación extensiva del texto del art. 3º del Prot. Ad. n. 1, que parece discutible sea desde el punto de vista literal, sea desde el punto de vista histórico, sea desde el punto de vista sistemático²⁸.

En lo que concierne a la letra del art. 3º, es claro que no hay ninguna mención de la dimensión subjetiva de la garantía de elecciones libres, y menos aún de un derecho individual de voto.

En lo que se refiere a los trabajos preparatorios²⁹, el TEDH puede encontrar en ellos solo referencias genéricas a los derechos políticos y puede hacer hincapié únicamente sobre un argumento «negativo», según el cual, no había ninguna intención de excluir el recurso individual.

Por fin, el sistema de los derechos garantizados por el CEDH autoriza una conclusión diferente a la que adoptó el TEDH; por la naturaleza misma de los derechos políticos, que son al mismo tiempo una forma de participación del ciudadano a una función pública, antes de ser derechos subjetivos e individuales. Y el texto del art. 3º se refiere a dichos derechos exactamente en esta perspectiva, considerando los intereses individuales en este ámbito como reflejos de una garantía objetiva: la de elecciones libres. En otras palabras: el art. 3º reconoce el derecho de voto para realizar elecciones libres, no el revés (es decir: no reconoce las elecciones libres para permitir a la dignidad de la persona de exprimirse en el voto).

344

Sin embargo, estas observaciones tienen solo la función de subrayar que lo que explica la «subjetivización» del derecho de voto es el activismo judicial del TEDH y no el texto del CEDH y de sus protocolos, interpretados según las reglas tradicionales de la hermenéutica jurídica. Se trata, entonces (como en muchos otros aspectos de la jurisprudencia de los jueces de Estrasburgo), de actos de voluntad y no de razón, y el derecho individual de votar

²⁸ De hecho, aun al final de los años noventa un autor comentaba que el reconocimiento de un derecho subjetivo individual de voto era «le point le plus étonnant» de la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal: S. Marcus-Helmons, *Article 3*, cit., p. 1020.

²⁹ Sobre el origen del art. 3 ver R. Goy, *La garantie européenne du droit à des libres élections législatives: l'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention de Rome*, en *Revue du droit public et de la science politique*, 1986, p. 1278 y ss.

y de ser votado es entonces un derecho «descubierto» por la Corte europea, de creación «pretoria»³⁰. De toda manera, es difícil negar hoy que la jurisprudencia del TEDH sobre la existencia en el art. 3º de un derecho subjetivo de votar y de ser votado se haya consolidado y el jurista positivo tiene que aceptar este hecho consumado.

4. Las limitaciones del derecho de voto compatibles con el Convenio y el problema de los condenados a una pena de prisión

A) En su jurisprudencia, el TEDH subraya constantemente la importancia central de este derecho en el sistema del Convenio europeo de derechos humanos. Sin embargo, también en este caso, la jurisprudencia de Estrasburgo repite su afirmación clásica, según la cual el derecho de voto no es absoluto³¹ y los Estados pueden limitar los derechos garantizados por el artículo 3º por varios tipos de finalidades:

Los derechos garantizados por el artículo 3 del Protocolo núm. 1º son muy importantes para la creación y la preservación de una verdadera democracia fundada sobre la prevalencia del derecho. Sin embargo, dichos derechos no son absolutos. Hay margen para «limitaciones implícitas», y a los Estados contratantes debe reconocérseles un margen de apreciación en la materia³².

345

Según el TEDH, la ausencia de una enumeración de los motivos de las limitaciones deja a los Estados miembros un margen de apreciación más extenso de lo que pasa con los derechos –como los de reunión y de asociación–, en los cuales el Convenio mismo menciona las razones por las cuales los Estados pueden limitar el derecho en cuestión³³. En una decisión reciente el TEDH ha llegado a comentar que:

«Given that Article 3 of Protocol No. 1 is not limited by a specific list of “legitimate aims”, the Contracting States can justify a restriction by

³⁰ F. Sudre, *Droit international et européen*, cit., p. 482 y 484.

³¹ M. Starita, *Art. 3 Prot. Ad. n. 1*, en S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2012, p. 842.

³² *Zdanoka c. Lettonie*, n. 98 y 103.

³³ *Zdanoka c. Lettonie*, n. 86. Se vea M. Starita, *Art. 3 Prot. Ad. n. 1*, cit., p. 834.

reference to any aim which is compatible with the principle of the rule of law and with the general objectives of the Convention»³⁴.

Considerado que en su estructura textual el artículo 3º no menciona el derecho de voto, no puede sorprender que dicho artículo tampoco mencione las finalidades por las cuales se permiten las limitaciones de dicho derecho. Las restricciones están sujetas al respeto del principio de proporcionalidad, es decir:

- a) tiene que perseguir un fin legítimo;
- b) tienen que ser necesarias para conseguir el fin;
- c) no deben existir alternativas menos restrictivas para el titular del derecho.

El Tribunal de Estrasburgo ha subrayado que los derechos de votar y de ser votado no deben ser limitados «en su misma sustancia» ni privados de su efectividad³⁵. El TEDH utiliza un criterio más estricto en el control sobre las limitaciones al derecho de votar que sobre las al derecho a ser votado. El margen de apreciación nacional, ya amplio en el derecho de votar, es aún más amplio en el derecho de ser votado.

346

B) La jurisprudencia de la Comisión de derechos humanos permitía inicialmente que algunas categorías de personas, como los encarcelados por ejecución de una condena penal, fueran privadas del derecho de votar³⁶. En el fallo *X. v. Federal Republic of Germany*, la Comisión había afirmado que la restricción del derecho de voto de

«convicted prisoners serving their sentence [...] do not affect the “free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature” within the meaning of article 3º of the Protocol (P1-3)»³⁷.

³⁴ *Shindler v. The United Kingdom*, App. 19840/09, dec. 7.5.2013, n. 101

³⁵ *Matthews v. The United Kingdom*, App. 24833/94, dec. 18.2.1999, n. 65, *Labita c. Italie*, Req. 26772/95, dec. 6.4.2000, n. 201.

³⁶ *X v. Federal Republic of Germany*, App. 2728/66, dec. 6.10.1967. Nello stesso senso si v. *X v. United Kingdom*, App. 7730/76, dec. 28.2.1979.

³⁷ *X v. Federal Republic of Germany*, App. 2728/66, dec. 6.10.1967. Nello stesso senso si v. *X v. United Kingdom*, App. 7730/76, dec. 28.2.1979.

Y en el fallo *H. v. The Netherlands*, la misma Comisión había afirmado que

«Este tipo de limitaciones se explican con la idea que unas condenas marcan de infamia para un periodo determinado que puede ser tenido en consideración por la legislación en lo que se refiere al ejercicio de los derechos políticos. Aún si puede parecer rígido que una condena superior a un año tenga siempre como consecuencia una suspensión del derecho de voto por tres años, la Comisión no cree que una medida de este tipo exceda las limitaciones que pueden ser justificadas en el marco del artículo 3 del Protocolo Adicional»³⁸.

Hay que subrayar que en el fallo que se acaba de citar la condena de la cual derivaba la suspensión del derecho de votar era una condena por rechazo de prestar el servicio armado por una persona que no había respetado las formalidades previstas en la ley para ser calificado como objector de conciencia: entonces sin dudas una condena por un crimen de relevancia menor. Además, en la decisión que se acaba de citar, la misma Comisión había reconocido

347

«la existencia de un principio generalmente reconocido según el cual ciertas restricciones que se refieren al derecho de voto pueden ser impuestas a los condenados a ciertas penas de prisión»³⁹.

La Comisión había entonces llegado a la conclusión (que nos parece razonable) que las limitaciones del derecho de voto de este tipo no violaban el principio de elecciones libres e idóneas a permitir la libre expresión de la opinión del pueblo.

Aun recientemente, en el caso *M.D.U. c. Italie*, 28.1.2003, el TEDH había considerado que la suspensión por dos años del derecho de voto de una persona condenada por fraude fiscal, podía ser justificada por el fin de proteger «the proper functioning and preservation of the democratic regime»⁴⁰ y no había considerado necesario proceder a un texto detallado de proporcionalidad: al contrario, el TEDH había rechazado el recurso como

³⁸ *H. v. The Netherlands*, Req. 9914/82, dec. 4.7.1983.

³⁹ *H. v. The Netherlands*, Req. 9914/82, dec. 4.7.1983.

⁴⁰ Si. v. *M.D.U. c. Italie*, Req. 58540/00, dec. 28.1.2003, n. 14.

manifestamente infundado. Esta tendencia a dejar un margen de apreciación bastante amplio a los estados fue abandonada en unos casos más recientes, que involucraron el Reino Unido, Rumania, Austria e Italia, en los cuales el TEDH adoptó una interpretación más restrictiva –y todavía muy discutida– que considera la restricción del derecho de voto como una regla muy problemática a la luz del art. 3º del Protocolo Adicional n. 1. Después de un parcial cambio de jurisprudencia en una sentencia de la Gran Cámara sobre un caso italiano, el criterio restrictivo adoptado por el TEDH se ha manifestado de nuevo en dos decisiones relativas a Rusia y a Turquía. Es entonces necesario examinar en el detalle los casos *Hirst v. United Kingdom*, *Frödl v. Austria*, *Scoppola c. Italie* y los casos de 2013: sobre el primero y el tercero de estos casos se ha pronunciado no solo una sala del Tribunal, sino también la Gran Cámara.

5. La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de voto de los prisioneros: el caso *Hirst contra Reino Unido*

348

A) La sentencia *Hirst* representó un dramático cambio en comparación con la jurisprudencia anterior del TEDH: de hecho, todos los fallos sobre el derecho de voto de los condenados sucesivos a esta sentencia utilizan los argumentos expuestos por primera vez en esta decisión, especialmente en la versión de la Gran Cámara, como base para la decisión, que, a su vez retoma unos argumentos de la sentencia *Savué v. Canada (Chief Electoral Officer)*.

La legislación del Reino Unido establecía (y sigue estableciendo⁴¹) la suspensión del derecho de votar para todos los condenados a penas que consistan en la privación de la libertad personal, con la excepción de los condenados por *contempt of the court* y por no haber pagado una multa, y sin ninguna distinción basada en la gravedad del crimen. Al mismo tiempo, según la legislación británica, el *disenfranchisement* es una consecuencia automática y general de la condena, que opera sin intermediación del juez en la aplicación de la medida de la privación del derecho de voto. La legislación del Reino Unido incluye desde tiempos muy antiguos la privación del derecho de voto entre las consecuencias de la condena, y esta limitación fue confirmada por

⁴¹ Se vea *supra* nota 9.

las leyes electorales que se adoptaron sucesivamente⁴². En 2000 dicha legislación había sido modificada, en cierta medida suavizandola, reconociendo el derecho de voto a las personas detenidas por enfermedades mentales en ausencia de una condena y a los detenidos todavía no condenados⁴³.

En la decisión de primera instancia *Hirst v. The United Kingdom (no. 2)*, del 30.3.2004, la IV sala del Tribunal consideró desproporcionada la legislación del Reino Unido. El TEDH confirmó su jurisprudencia, según la cual los derechos de votar y de ser votado son fundamentales pero no son absolutos y confirmó que los estados disponen de un margen de apreciación en el marco del cual pueden establecer limitaciones: pero dichas restricciones no pueden afectar a la substancia misma de los derechos de votar y de ser votado, ni privarlos de efectividad⁴⁴. El TEDH ha reconocido que el margen de apreciación del cual disponen los estados en la reglamentación de las condiciones que rigen el derecho de voto depende también de la ausencia de un consenso en las normas y en las prácticas de los estados miembros⁴⁵. Según el Tribunal, los estados tienen que utilizar este margen de apreciación intentando realizar un balance entre el derecho de voto y las restricciones previstas por la ley; pero el TEDH observó que en el Reino Unido las restricciones al derecho de voto nunca fueron objeto de un debate detallado ante los órganos legislativos con la finalidad de encontrar un equilibrio entre los intereses que están en juego, y que dependan exclusivamente de una fidelidad a la tradición histórica⁴⁶.

⁴² La raíz se encuentra en la llamada «muerte civil» (*civic death*) que consistía en la privación de unos derechos de un condenado desde los tiempos del Rey Eduardo III. Dichas limitaciones fueron confirmadas por el *Forfeiture Act 1870* (sobre el cual W. Anson, *The Law and Custom of the Constitution*, vol. I, *Parliament*, V ed., Clarendon Press, Oxford, 1922, p. 131-132 comentaba que «conviction of treason or felony is a disqualification, unless either the term of punishment has been served or a free pardon has been obtained») y por el *Representation of the People Act 1969*.

⁴³ *Representation of the People Act 2000*, sec. 3.

⁴⁴ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, App. 74025/01, n. 36.

⁴⁵ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 40. En el mismo sentido v. también *Yumak and Sadak v. Turkey*, App. 10226/03, 8.7.2008, n 109 e *Communist Party of Russia and others v. Russia*, App. 29400/05, dec. 19.6.2002, n. 109.

⁴⁶ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 41.

Aplicando el *test* de proporcionalidad, el TEDH se ha preguntado en primer lugar si la restricción del derecho de voto perseguía un fin legítimo, y ha considerado como fines en abstracto admisibles de un lado la prevención del crimen y la punición de los reos y del otro el reforzamiento del sentido cívico y el respeto del estado de derecho, con la consecuencia que las personas que cometieron graves violaciones de la ley penal pueden ser privadas del derecho de participar en la formación de estas reglas por el período de expiación de su pena⁴⁷. Después de haber analizado los argumentos de la Corte Suprema de Canadá en los casos *Sauvé 1* y *Sauvé 2* (llegando a la conclusión que dichos argumentos pueden ser utilizados para el caso en examen⁴⁸) el TEDH manifestó dudas sobre la legitimidad de los fines mencionados (subrayando que, a su parecer, la privación del derecho de voto no favorece la rehabilitación del condenado), pero prefirió no adoptar una posición porque le pareció que la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto fuera suficiente para resolver el caso⁴⁹.

En lo que se refiere a la proporcionalidad en sentido estricto, la Corte opinó que

350

«la disposición en cuestión priva del derecho de voto, garantizado por el Convenio, una gran cantidad de personal (más de 70 000) en forma indiscriminada. De hecho, ella establece una restricción global para todos los detenidos condenados con sentencia definitiva y se aplica automáticamente a todos ellos, cual que sea la duración de su pena y independientemente de la naturaleza o de la gravedad de la violación que hayan cometido»⁵⁰.

B) El gobierno del Reino Unido pidió que la decisión de la IV sala del TEDH fuese remitida a la *Grande Chambre* del mismo Tribunal y dicha petición fue aceptada bajo el art. 43º del CEDH. Sin embargo, la Gran Cámara, en su sentencia *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, del 6.10.2005 confirmó en su esencia la decisión de la IV sala, aún si modificó unas argumentaciones, esencialmente aceptando la tesis del gobierno del Reino Unido sobre la existen-

⁴⁷ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 42.

⁴⁸ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 47.

⁴⁹ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 47.

⁵⁰ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)*, n. 49.

cia de un fin legítimo, pero considerando desproporcionadas las limitaciones del derecho de voto previstas para realizarlas. La decisión de la Gran Cámara fue adoptada con una mayoría de 12 votos contra 5 y los jueces disidentes redactaron dos votos particulares, que contestaron la decisión de la mayoría con argumentos de una cierta importancia.

La Gran Cámara describió en primer lugar el marco general en materia de derecho de voto de los prisioneros. El TEDH subrayó que los prisioneros guardan en general todos los derechos y libertades fundamentales garantizados por el Convenio, con la excepción del derecho de libertad y que todas las restricciones a dichos derechos tienen que ser justificadas, por ejemplo con exigencias de seguridad o de prevención del crimen⁵¹. La Gran Cámara excluyó de manera muy rotunda que el prisionero pierda sus derechos simplemente en consecuencia de su encarcelación y afirmó que no hay lugar en el sistema del Convenio por una privación automática del derecho de voto basada simplemente en lo que puede ofender a la opinión pública⁵². Los estándares de tolerancia del Convenio no impiden a la sociedad de adoptar medidas en contra de los que intentan de destruir los derechos garantizados por el Convenio mismo y las restricciones de los derechos electorales pueden ser adoptadas en contra de individuos que abusaron de un cargo público o que amenazaron el estado de derecho o los fundamentos de la democracia⁵³. Pero la medida del *disenfranchisement* puede ser adoptada solo si, bajo el principio de proporcionalidad, hay «una conexión inteligible y suficiente entre la sanción y la conducta y las circunstancias del individuo afectado»⁵⁴.

351

A diferencia de la IV sala del TEDH, la *Grande Chambre* opinó que el fin perseguido por la legislación inglesa con la privación general del derecho de voto para los prisioneros condenados fuese finalizada a «prevenir el crimen sancionando la conducta de los prisioneros condenados y también de fortalecer la responsabilidad cívica y el estado de derecho» y aceptó esta finalidad como un fin legítimo en la perspectiva del principio de proporcionalidad⁵⁵.

⁵¹ *Hirst v. the United Kingdom* (no. 2) - GC, n. 69.

⁵² *Hirst v. the United Kingdom* (no. 2) - GC, n. 70.

⁵³ *Hirst v. the United Kingdom* (no. 2) - GC, n. 71.

⁵⁴ *Hirst v. the United Kingdom* (no. 2) - GC, n. 71.

⁵⁵ *Hirst v. the United Kingdom* (no. 2) - GC, n. 74-75.

Sin embargo, el Tribunal llegó a la conclusión que la privación en vía general del derecho de voto para todos los condenados a una pena de detención de más de 2 años era desproporcionada, sea porque la ley británica no hacía (y no hace) distinciones entre condenas de diferente gravedad, sea en cuanto la misma ley se aplica en forma general y automática y no deja al juez ninguna evaluación sobre la aplicación de la suspensión del derecho de voto al caso concreto⁵⁶.

En conclusión, el Tribunal definió la disciplina del Reino Unido como

«un instrumento sin matices, que priva del derecho de voto, garantizado por el Convenio, un gran número de individuos, y de forma indiferenciada. Esta disposición infinge una restricción global a todos los detenidos condenados que están espiando su pena y se aplica automáticamente a ellos, cual que sea la duración de su pena y independientemente de la naturaleza o de la gravedad de la infracción que hayan cometido y de su situación personal. Es necesario opinar que una restricción general, automática y indiferenciada, de un derecho conseguido por el Convenio y que tiene una importancia crucial, va más allá del margen de apreciación aceptable, por amplio que sea, y es incompatible con el art. 3 del Protocolo nº 1»⁵⁷.

352

El TEDH, entonces, atribuyó una importancia central a la conexión entre la privación del derecho de voto y las circunstancias particulares del crimen cometido, retomando, también sobre este punto, un argumento del Tribunal Supremo de Canadá en el fallo *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*.

La Gran Cámara constató la ausencia de consenso sobre este tema entre los estados contractantes, y reconoció que los estados miembros tienen un margen de apreciación nacional amplio en la definición de las restricciones del derecho de voto, en particular para los prisioneros. Pero al mismo tiempo subrayó que dicho margen no es ilimitado⁵⁸ y llegó a la conclusión que la privación automática del derecho de voto en consecuencia de una con-

⁵⁶ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 77.

⁵⁷ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 82.

⁵⁸ *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* - GC, n. 83.

dena definitiva queda fuera de dicho margen. Peró reconoció que los estados pueden utilizar varias y diferentes medidas para hacer frente a la cuestión del derecho de los prisioneros de votar⁵⁹.

La decisión de la Gran Cámara es interesante también por la opinión disidente de los jueces Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler y Jebens, que formularon una crítica muy bien argumentada a la posición de la mayoría. En particular, los jueces disidentes afirmaron que «el Tribunal ha constantemente afirmado en su jurisprudencia que los estados contractantes benefician de un amplio margen de apreciación» en la materia del derecho de voto y que «el art. 3 del Prot. Ad. n. 1 prohíbe las restricciones al derecho de voto que tengan naturaleza general, bajo reserva que no sean arbitrarias y no obstaculen la “la libera expresión de la opinión del pueblo”, lo que pasa por ejemplo con las restricciones basadas sobre la edad, la nacionalidad o la residencia».

«Contrariamente a la mayoría nosotros no pensamos que una limitación general al derecho de voto de los detenidos tenga que ser evaluada en manera en principio diferente y hasta hoy la jurisprudencia de los órganos del Convenio nunca ha llegado a una conclusión diferente.

353

Nosotros no creemos tampoco que sea necesaria una decisión del juez en cada caso concreto. Al contrario, es evidentemente compatible con la garantía del derecho de voto que dicha cuestión sea resuelta en abstracto por el legislador»⁶⁰.

Según el voto particular, habría sido preferible una actitud inspirada a la prudencia:

«Si las restricciones no afectan la substancia misma del derecho de voto y si no son arbitrarias, se debe declarar la legislación nacional sobre el derecho de voto incompatible con el art. 3 solo si de razones poderosas justifican una conclusión de este tipo. Nosotros no creemos que razones de este tipo hayan sido formuladas»⁶¹.

⁵⁹ *Hirst v. the United Kingdom* (no. 2) - GC, n. 84.

⁶⁰ *Hirst v. the United Kingdom* (no. 2) - GC, voto particular, n. 4.

⁶¹ *Hirst v. the United Kingdom* (no. 2) - GC, voto particular, n. 5.

El voto particular considera que la interpretación adoptada por la mayoría en el caso *Hirst* es de tipo dinámico-evolutivo y que una interpretación de este tipo necesita de una base en cambios en las sociedades de los estados contratantes y una tendencia al consenso entre sus legislaciones. Esto es esencial porque el Tribunal es un juez y no un legislador⁶².

En otro voto particular el juez Costa subraya que la decisión ha privado el estado contratante de todo margen de apreciación en un derecho (el derecho de voto), que es de creación jurisprudencial⁶³.

6. El caso *Frodl v. Austria*

Las principales argumentaciones de la *Grande Chambre* en el caso *Hirst* fueron en seguida aceptados, y ulteriormente desarrollados, por la III sala del TEDH en el fallo *Calmanovici c. Roumanie* (1.7.2008)⁶⁴ y por la I sala del mismo Tribunal el caso *Frodl v. Austria* (8.4.2010). Considerada la casi total identidad de argumentos en los dos fallos, se sintetizarán aquí solo los de la segunda de estas dos sentencias.

354

Según el sistema jurídico austriaco⁶⁵, la privación del derecho de voto no se aplica a todos los condenados por violaciones de normas penales, sino solo a los condenados: a) con sentencia definitiva; b) por crímenes intencionales; c) por una pena de por lo menos un año de prisión (excluyendo las multas y las detención por meno de un año). Según el Tribunal constitucional de Austria, que se había pronunciado sobre la conformidad de este sistema al CEDH, estas limitaciones a la aplicación del *disenfranchisement* diferencian el sistema adoptado en Austria del sistema británico sancionado por la sentencia *Hirst* y permiten a la legislación austriaca respetar el principio de proporcionalidad, quedándose al interior del margen de apreciación nacional⁶⁶.

⁶² *Hirst v. the United Kingdom* (no. 2) - GC, voto particular, n. 5.

⁶³ *Hirst v. the United Kingdom* (no. 2) - GC, voto particular, n. 9.

⁶⁴ A conclusiones parecidas a las de *Calmanovici v. Romania*, App. 42250/02, dec. 10.2.2009, el TEDH llegó otra vez en el fallo *Cucu v. Romania*, App. 22362/06, 13.11.2012, en partic. N. 111.

⁶⁵ Art. 26º de la Constitución federal, art. 22º del Reglamento de la Asamblea nacional, art. 44 del código penal.

⁶⁶ Se v. las sentencias citadas supra en la nota 7.

En su sentencia, la I sala del TEDH sintetizó la jurisprudencia ya elaborada en el caso *Hirst* sobre la existencia de un derecho individual de votar y la admisibilidad de limitaciones a dicho derecho⁶⁷; la contradicción con el Convenio de que existan limitaciones que afecten la esencia misma del derecho en cuestión⁶⁸; la titularidad de los derechos por los condenados («los prisioneros en general guardan todos los derechos y libertades fundamentales garantizados bajo el Convenio, con la excepción del derecho de libertad») y la inaceptabilidad de un sistema en el cual la privación del derecho de voto sea una simple y automática consecuencia de una condena a una pena de prisión («bajo el sistema del Convenio, en el cual la tolerancia y la apertura mental son caracteres distintivos de una sociedad democrática, no hay ningún lugar para una privación automática del derecho de voto basada solo en lo que puede ofender a la opinión pública»⁶⁹). Establecido este marco conceptual, el TEDH ha reconocido de nuevo la posibilidad de limitaciones al derecho de voto, pero con la condición de que sea respetado el principio de proporcionalidad⁷⁰.

El TEDH opinó que la limitación del derecho de voto de los prisioneros prevista por la legislación austriaca correspondía al fin legítimo de prevención del crimen y reforzamiento de la responsabilidad cívica⁷¹, aceptando el argumento del gobierno de Austria, según el cual el sistema era más matizado y menos indiferenciado del sistema británico. Sin embargo, eso no fue suficiente, porque el Tribunal llegó a la conclusión que el sistema austriaco es compatible con el Convenio.

355

Citando su decisión en el caso *Hirst*, pero llegando más allá de lo que había afirmado literalmente en aquel fallo, el TEDH estableció tres condiciones para que la privación del derecho de voto de los condenados sea compatible con el art. 3 del Protocolo Adicional n. 1:

- 1) La exclusión del derecho de voto puede ser prevista solo para un grupo estrictamente definido de condenados que estén expiendo una

⁶⁷ *Frodl v. Austria*, App. 20201/04, dec. 8.4.2010, n. 23.

⁶⁸ *Frodl v. Austria*, n. 24.

⁶⁹ *Frodl v. Austria*, n. 25.

⁷⁰ *Frodl v. Austria*, n. 26.

⁷¹ *Frodl v. Austria*, n. 30.

condena de duración larga; 2) es necesaria una conexión directa entre los hechos sobre los cuales la condena está basada y la sanción de la privación del derecho de voto; 3) dicha medida tiene que ser dispuesta preferiblemente no como consecuencia directa de una ley, sino por la decisión de un juez después de un procedimiento judicial⁷².

La finalidad de dichos criterios, según el TEDH, es establecer que la privación del derecho de voto de los condenados –aún si es admisible– sea configurada como una excepción y no como la regla⁷³. Por esta razón,

[...] es esencial que la decisión sobre la privación del derecho de voto sea adoptada por un juez, tomando en cuenta las circunstancias específicas, y que exista una conexión entre el crimen cometido y los asuntos relativos a elecciones y a instituciones democráticas.

Este argumento del Tribunal –que fue en seguida abandonado en la decisión de la Gran Cámara en el caso *Scoppola-3*– fue expuesto de manera parecida también en el fallo Calmanovici:

356

[...] el principio de proporcionalidad exige la existencia de una conexión visible y suficiente entre la sanción y el comportamiento así como la situación de la persona afectada. El Tribunal consideró también la recomendación de la Comisión de Venecia, según la cual la privación de los derechos políticos tiene que ser pronunciada por un juez en una decisión específica, porque un tribunal independiente que utiliza un procedimiento contradictorio ofrece una buena garantía contra la arbitrariedad [...]⁷⁴.

Este argumento, sin embargo, es discutible desde diferentes puntos de vista. Se introduce de esta manera una técnica que en la doctrina italiana se suele llamar «reserva de jurisdicción»; es decir, se permite la limitación del derecho solo bajo previa y específica decisión judicial en el fallo concreto. En primer lugar, hay que subrayar que el sistema del Convenio y la tradición constitucional y legislativa de los estados miembros no soportan una conclusión de este tipo:

⁷² *Frodl v. Austria*, n. 28, citando los n. 77 y 78 de la sentencia *Hirst - GC*.

⁷³ *Frodl v. Austria*, n. 35.

⁷⁴ *Calmanovici c. Roumanie*, § 153.

la necesidad de que los derechos puedan ser limitados exclusivamente bajo una específica decisión judicial no es general, sino que es propia de derechos como los de libertad personal, de domicilio, de correspondencia, de prensa, etc. (en el caso, por ejemplo, de la Constitución italiana).

De otro lado, la limitación del derecho de voto como consecuencia de una condena penal tiene su origen, de un lado, en una ponderación de intereses realizada por el legislador (que establece dicha consecuencia de una condena), y de otro lado en una decisión judicial sobre la aplicación de la ley al fallo concreto. La intervención preventiva del juez, que según el Tribunal desarrolla la función de garantizar el respeto del principio de proporcionalidad, es necesaria para imponer la sanción penal en el caso concreto pero no es una condición imprescindible para la privación del derecho de voto que es consecuencia de dicha sanción: si existe una exigencia de proporcionalidad, es entre unos tipos de crímenes y la privación del derecho de voto, pero a dicha exigencia puede hacerse frente con una ponderación de intereses realizada por el legislador *in abstracto*. Por el contrario, una intervención del juez lleva consigo el riesgo de una evaluación caso por caso, con lesión del principio de igualdad, que en la limitación de los derechos políticos tiene que ser respetado de manera particularmente rigurosa, no solo en el interés de su titular, sino también por exigencias de regularidad del proceso democrático, para cuya protección está previsto el art. 3 del Prot. Ad. n. 1.

357

Después de la sentencia en el caso *Frodl*, la República de Austria pidió que el fallo fuese remitido a la Gran Cámara, pero su petición fue declarada inadmisible por el Tribunal, basándose en el art. 44.2 del CEDH.

7. El caso Greens y el caso Scoppola 3

A) En el caso *Greens and M.T. v. The United Kingdom* (22-11-2010), la IV sala del Tribunal volvió a pronunciarse sobre la legislación de Reino Unido, examinando las tentativas del gobierno británico de implementar la decisión de la Corte en el caso *Hirst*. El TEDH constató que los jueces británicos rechazaron inaplicar («reading down») el art. 8 de la ley de 2002 sobre las elecciones de los representantes británicos en el Parlamento europeo, que establece la privación del derecho de voto de los condenados prevista por, y que además esta posibilidad no habría influenciado en la prohibición prevista

por el *Representation of the People Act 2000* para las elecciones nacionales⁷⁵. El TEDH comentó que ningún cambio había sido introducido en la legislación británica y entonces constató la violación del Prot. Ad. n. 1⁷⁶. Considerado que dicha prohibición afectaba a un gran número de prisioneros condenados (en el n. 75 se cita la opinión de la *Equality and Human Rights Commission*, según la cual dicho número es de 100.000 electores), el Tribunal aplicó el procedimiento por los llamados sentencias «pilotos», porque la violación del art. 3 tenía su origen en una situación normativa consolidada.

Subrayando la existencia de un amplio margen de apreciación que el Reino Unido podía utilizar para decidir como adecuar su ordenamiento jurídico a la jurisprudencia *Hirst*⁷⁷, y evidenciado el retraso del gobierno británico en la implementación de dicha jurisprudencia⁷⁸, el TEDH no expuso soluciones específicas y estableció, para la presentación de una propuesta de ley tendiente a modificar el art. 3º del *Representation of the People Act 2000* y el art. 8º de la ley sobre la elección de los representantes británicos al Parlamento europeo, un plazo de seis meses después del cual la sentencia *Greens* se convertiría en definitiva⁷⁹. El Tribunal decidió, entonces, interrumpir el examen de todos los fallos parecidos que se refiriesen al Reino Unido, en los cuales se plantease la violación del art. 3º del Prot. Ad. n. 1⁸⁰.

358

La petición del gobierno inglés de remitir el fallo ante la Gran Cámara fue rechazada por el *panel* del Tribunal el 11 de abril de 2011. Sin embargo, en agosto de 2011, el Tribunal mismo aceptó otra petición del gobierno británico de modificar la fecha para eliminar la violación estructural del Convenio establecida en la sentencia *Greens*, precisando como *dies a quo* del plazo de seis meses no el día en el cual la sentencia sobre el caso *Greens* se había convertido en definitiva (el 11 de abril de 2011), sino el día de la sentencia de la Gran Cámara en el caso *Scoppola-3*, sobre el cual la II sala del Tribunal acababa de decidir y acerca de cuya decisión el Tribunal mismo había acepta-

⁷⁵ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, App. 60041/08 and 60054/08, n. 69.

⁷⁶ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, n. 78.

⁷⁷ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 113-114.

⁷⁸ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 105.

⁷⁹ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 115.

⁸⁰ *Greens and M.T. v. The United Kingdom*, § 120-121.

do la petición del gobierno italiano de remitir el fallo a la *Grande Chambre*. De esta manera, el gobierno británico tenía otra oportunidad para exponer otra vez sus argumentos en dicho procedimiento⁸¹.

B) En el caso *Scoppola contra Italia* (n. 3), del 18.1.2011, la II sala del Tribunal tuvo la oportunidad de evaluar el sistema italiano de las llamadas «penas accesorias», entre las cuales está incluida la interdicción de los cargos públicos, que tiene como consecuencia la privación del derecho de voto. Este sistema es en parte similar y en parte diferente del sistema inglés, porque es menos automático y general y distingue entre tres hipótesis de base:

- a) los crímenes sancionados con una condena de menos de tres años, por los cuales no hay privación del derecho de voto;
- b) los crímenes sancionados con una condena por un período de un mínimo de tres años y un máximo de cinco, por los cuales se aplica la privación temporal del derecho de voto por 5 años; y
- c) los crímenes para los que está prevista una pena de más de cinco años, y a los que se aplica la privación perpetua del derecho de voto (se trata, entonces, de una forma de life disenfranchisement, que puede ser eliminada como consecuencia de la rehabilitación del condenado).

359

A estos tres casos puede añadirse el de los crímenes que, aun siendo sancionados con una pena de menos de tres años, fueron cometidos con abuso de poderes o con violación de los deberes que dependen de una función pública, y para los cuales se aplica la interdicción de los cargos públicos, la privación del derecho de voto por un período igual a la duración de la pena, y la de los delitos electorales.

Entonces, se puede afirmar que dicho sistema distingue entre casos más graves y casos menos graves, bajo un criterio de proporcionalidad. Sin embargo, el sistema italiano es, por algunos aspectos, más radical que el sistema inglés, porque cuando se aplica la privación perpetua del derecho de

⁸¹ A. Colella, *La Grande Camera della Corte EDU nel caso Scoppola (n. 3): la disciplina italiana della decaduta dal diritto di voto dei detenuti non contrasta con l'art. 3 Prot. 1*, in www.penalecontemporaneo.it, 28.5.2012.

voto, el condenado no recupera su derecho de votar ni tampoco después de la expiación de su condena⁸².

Otro perfil relevante en el caso *Scoppola 3* es si en el sistema italiano se realiza una intervención caso por caso del juez en la aplicación de la pena acesoria de la privación del derecho de voto. Según la II sala del TEDH, es esencial que la decisión sobre la interdicción del derecho de voto sea adoptada por un juez y que sea adecuadamente motivada: esta decisión tiene que explicar especialmente las razones por las cuales, consideradas las circunstancias particulares de cada caso, la privación del derecho de voto es necesaria⁸³.

El Tribunal concentró su análisis sobre la naturaleza automática de la limitación del derecho de voto, y comentó que «la cuestión que se plantea es saber si la privación del derecho de voto presenta las características de generalidad y de automaticidad enumeradas por la Gran Cámara en el fallo *Hirst c. Royaume-Uni (nº 2)*»⁸⁴; llegó a la conclusión que

360

la interdicción perpetua del derecho de voto que ha afectado al apelante era una consecuencia de la aplicación de la pena acesoria de la interdicción de las funciones públicas. Esta última deriva automáticamente de la aplicación de la pena principal, que consiste en la condena del apelante a la reclusión por la vida. Es entonces necesario constatar que la aplicación de la medida era de naturaleza automática. Hay que subrayar que, como observa el apelante, en las decisiones judiciales de condena del apelante no se hace ninguna mención de esta medida (n. 48).

En lo que se refiere a los caracteres de generalidad y de aplicación indiferenciada, el Tribunal considera que el criterio establecido por la ley no tiene, en el caso concreto, una naturaleza basada en la duración de la pena, porque el apelante ha perdido el derecho de voto como consecuencia de la pena de privación de su libertad, independientemente del crimen cometido y de cualquier examen del juez de la causa sobre la naturaleza y la gravedad de esto (*Frodl c. Austria*, citado, §§ 34 et 35).

⁸² Este segundo aspecto de la legislación italiana es subrayado correctamente por el juez David Thór Björgvinsson en la decisión de la Gran Cámara en el caso *Scoppola 3*.

⁸³ *Scoppola v. Italy (no. 3)*, App. 126/05, dec. 18.1.2011, n. 43.

⁸⁴ *Scoppola v. Italy (no. 3)*, n. 47.

Según el Tribunal, en este contexto, la evaluación del juez al momento de la determinación de la pena y la posibilidad por la persona condenada de obtener a futuro su rehabilitación... no modifica esta constatación.

La legislación italiana fue entonces considerada en contraste con el art. 3 del Prot. Ad. n. 1 por la modalidad automática con la cual la interdicción de los cargos públicos produce sus efectos, y en particular por la falta de una decisión judicial específica en la implementación de dicha medida en los fallos concretos.

C) Después de la sentencia de la II sala en el fallo *Scoppola-3*, el gobierno italiano pidió que el fallo fuese remitido a la Gran Cámara y –a diferencia de lo que había pasado en los casos *Frodl* y *Green*– su petición fue aceptada bajo el art. 43.3. del CEDH.

La decisión de la Gran Cámara en el caso *Scoppola-3* es un primer paso atrás en la jurisprudencia de la Corte sobre la privación del derecho de voto de los condenados, que en los casos *Hirst*, *Calmanovici*, *Frodl* y *Scoppola 3* (*II sala*) había conocido un desarrollo hasta entonces lineal, sino expansivo. Como ya se decía, en este fallo la *Grande Chambre* tuvo que hacer frente no solo a la petición del gobierno italiano, sino también a una intervención del gobierno del Reino Unido, que había pedido una revisión de la jurisprudencia *Hirst*. Además, la decisión llegó en un contexto en el cual el gobierno británico había criticado varias veces el activismo del Tribunal y había propuesto, en el período de su presidencia de rotación del Consejo de Europa, modificar al CEDH para subrayar con mayor claridad su papel subsidiario respecto a los sistemas nacionales de protección de los derechos, y para añadir en el Preámbulo al Convenio la mención expresa del margen de apreciación nacional (dichas propuestas son mencionadas también en la llamada Declaración de Brighton)⁸⁵.

361

La Gran Cámara no abandonó las posiciones tomadas en *Hirst*, pero las interpretó de manera restrictiva y procedió a un *overruling* de un punto

⁸⁵ Su queste vicende v. D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè Editore, Milano, 2012, p. 139 ss. Rileva il nesso fra la decisione della *Grande Chambre* e la posizione assunta dall'opinione pubblica inglese sul diritto di voto dei detenuti anche A. Colella, *La Grande Camera*, cit.

central de los casos *Calmanovici y Frodl*: la necesidad de la intervención previa de un juez para privar un condenado del derecho de voto. En el punto 99 de su decisión en el caso *Scoppola-3 (GC)* afirma:

«El Tribunal subraya que la decisión en el fallo Hirst no menciona explícitamente la intervención de un juez entre los criterios esenciales para determinar la proporcionalidad de una medida de privación del derecho de voto. Los criterios relevantes se refieren solo a si la medida es aplicable de manera general, automática e indiscriminada [...]. Si la intervención de un juez en principio adapta a garantizar la proporcionalidad de restricciones a los derechos de votos de los prisioneros, dichas restricciones no son necesariamente automáticas, generales e indiscriminadas solo porque no han sido ordenadas por un juez. De hecho, las circunstancias en las cuales una persona es privada del derecho de voto pueden ser especificadas por la ley, condicionando su aplicación a factores como la naturaleza o la gravedad de la ofensa cometida».

Modificando la decisión de la II sala, la Gran Cámara ha llegado entonces a la conclusión de que la «privación del derecho de voto sin una decisión judicial *ad hoc* no causa, en sí, una violación del art. 3º del Protocolo n. 1»⁸⁶.

Según la Gran Cámara, las distinciones previstas por la legislación italiana entre los casos en los cuales se limita el derecho de voto de los condenados, «muestran la preocupación del legislador italiano de matizar la aplicación de la medida a las circunstancias particulares del caso concreto, tomando en consideración factores como la gravedad de la ofensa cometida y la conducta del ofensor». Entonces, según la Corte, el sistema italiano no tiene el carácter general y automático que caracteriza el sistema británico, sea porque los condenados por ofensas de menor gravedad no pierden el derecho de voto, sea porque se toma en cuenta las circunstancias en las cuales los delitos fueron cometidos y la personalidad del condenado. Sin embargo, cabe subrayar que tampoco en el sistema italiano existe una relación entre el tipo de crimen cometido y la suspensión del derecho de voto; el poder de ponderación del juez existe solo para los crímenes de menor entidad. Entonces la exigencia de proporcionalidad, sobre la cual el TEDH insiste mucho, es respetada solo si se in-

⁸⁶ *Scoppola v. Italy (no. 3) – GC*, n. 104.

terpreta a este principio de una manera muy genérica y mínima; y, sobre todo, diferenciándolo claramente de la acogida en el caso *Hirst*, en el cual el Tribunal había considerado esencial la existencia de una conexión entre el tipo de delito cometido, la privación del derecho de voto y la ponderación entre delito y pena acesoria al momento de la condena⁸⁷. De hecho, si se acepta la perspectiva del caso *Hirst*, la decisión de la Gran Cámara en el caso *Scoppola-3* parece más una marcha atrás que una confirmación de la jurisprudencia anterior.

8. Las decisiones de 2013: los casos *Firth*, *Anchugov* and *Gladkov* y *Söyler*

Después del parcial *overruling* de su propia jurisprudencia en el caso *Scoppola-3*, el TEDH ha tenido la oportunidad de volver sobre el asunto del derecho de voto de los condenados en tres circunstancias diferentes.

A) En primer lugar, queda pendiente la situación de Reino Unido. El Parlamento británico, hasta la fecha, ha rechazado una modificación de su sistema de privación general y automática del derecho de voto. Los jueces británicos adoptaron unas declaraciones de incompatibilidad entre el *Representation of the People Act* y el *Human Rights Act*, pero siguieron aplicando la ley británica, bajo el principio de la soberanía del Parlamento. El mismo Tribunal supremo del Reino Unido, en una decisión muy reciente⁸⁸, aun aceptando los principios desarrollados en el caso *Hirst* como interpretación correcta del art. 3 del Protocolo Adicional n. 1 (y rechazando una petición del gobierno de declarar que la interpretación adoptada por el TEDH no era compatible con dicha disposición), no aceptó las demandas de unos apelantes que pedían el reconocimiento de su derecho de votar. Y el TEDH, en el fallo *Firth and 2353 others vs. United Kingdom* (12.3.2013), por el momento ha decidido reenviar el examen de otras controversias contra el gobierno británico fundadas en el art. 3 del Prot. Ad. n. 1.

⁸⁷ Subraya la diferencia entre los criterios de proporcionalidad adoptados en el caso *Hirst* y los del caso *Scoppola-3* G.C.E.C. Lang, *A Disproportionate Response: Scoppola v. Italy (No. 3) and Criminal disenfranchisement in the European Court of Human Rights*, en *American University International Law Review*, 28:3 (2013), p. 854-855.

⁸⁸ Véase la sentencia en los casos *R (on the application of Chester) v Secretary of State for Justice* y *McGeoch (AP) v The Lord President of the Council and another (Scotland)*, del 16.10.2013.

En la segunda mitad de 2013, sin embargo, el TEDH ha vuelto sobre el asunto en dos casos que conciernen a Rusia y Turquía, en los cuales ha constatado de nuevo la violación del art. 3º del primer Protocolo adicional.

B) En el caso *Anchugov and Gladkov v. Russia* (4.7.2013), la I sala del Tribunal ha analizado otra vez el tema en su conjunto y ha considerado que el sistema de privación del derecho de voto, previsto en general para los condenados en Rusia, es parecido al sistema británico⁸⁹ y, por lo tanto, es incompatible con el Convenio porque no respeta el principio de proporcionalidad. En particular, el TEDH ha considerado que no es relevante que la gravedad de la ofensa cometida sea tomada en cuenta por el Tribunal que adopta la sanción penal de la cual consigue la privación del derecho de voto, porque «no hay ninguna prueba de que, cuando deciden si una sentencia de reclusión tiene o no tiene que ser impuesta, los jueces tomen en cuenta que dicha sentencia determinará la privación del derecho de voto»⁹⁰. Según el TEDH, hace falta, en el sistema ruso, una intervención judicial en la aplicación de la medida de la privación del derecho de voto, o disposiciones legislativas que diferencien entre los varios casos⁹¹. En particular, la sala repite en forma nueva una de las afirmaciones que caracterizan esta jurisprudencia del TEDH (y que nos parecen totalmente infundadas: se vea *infra*, par. 9.2):

In the light of modern-day penal policy and of current human rights standards, valid and convincing reasons should be put forward for the continued justification of maintaining such a general restriction on the right of prisoners to vote as that provided by art. 32 § 3 of the Russian Constitution.

Además, el caso *Anchugov and Gladkov* es interesante porque el TEDH analiza la cuestión de la relación entre una norma constitucional interna y el Convenio y llega a la conclusión de que la naturaleza constitucional de la norma que establece la privación del derecho de voto de los condenados –en este caso el art. 32.2 de la Constitución Rusa– es irrelevante⁹². Sobre

⁸⁹ *Anchugov and Gladkov v. Russia*, App. 11157/04 e 15162/05, dec. 4.7.2013, n. 101.

⁹⁰ *Anchugov and Gladkov v. Russia*, n. 106.

⁹¹ *Anchugov and Gladkov v. Russia*, n. 107.

⁹² *Anchugov and Gladkov v. Russia*, n. 111. En este sentido v. ya anteriormente Parti Communiste unifié de Turquie c. Turquie, dec. 30.1.1998, n. 50.

este punto hay una contradicción: el TEDH subraya que según el derecho internacional, los Estados no pueden justificar la falta de cumplimiento de una norma de un tratado con el argumento que existe una norma constitucional que lo impide, pero de hecho ningún Estado miembro del Consejo de Europa ha asumido la obligación de permitir a los condenados votar: esta obligación no deriva del Convenio, sino de una opción jurisprudencial (muy discutible) del TEDH⁹³.

La petición del gobierno ruso de remitir el fallo ante la *Grande Chambre* fue rechazada por el *panel* del Tribunal el 9 de diciembre de 2013⁹⁴, y la sentencia es por lo tanto definitiva.

C) En el caso *Söyler v. Turkey* (17.9.2013), el TEDH llegó a la conclusión de que también el sistema turco de privación del derecho de voto de los condenados contraviene el art. 3 del Protocolo Adicional n.1, porque las limitaciones que establece no respetan el principio de proporcionalidad. En el sistema jurídico turco, el *disenfranchisement* afecta a todos los condenados a una pena de prisión que hayan cometido crímenes intencionales: en comparación con la privación general del derecho de voto para todas las personas encarceladas, originariamente prevista por la Constitución de 1982, hay dos excepciones al *disenfranchisement* de los prisioneros: los prisioneros en espera de juicio y los condenados por crímenes no intencionales.

365

Según la I sala del TEDH, la distinción prevista en la legislación turca entre los crímenes en consecuencia de los cuales el condenado es privado del derecho de voto y los crímenes (los menos graves) por los cuales esta consecuencia no se produce no es suficiente para producir la diferenciación entre los diversos tipos de delitos que es necesaria para que el principio de proporcionalidad, interpretado por el mismo TEDH, sea respetado. El Tribunal llegó a esta conclusión utilizando una pluralidad de criterios: no está prevista la intervención de un juez (pese a que la misma sala precisó que no se

⁹³ Esto es muy claro en los puntos de las decisiones en los cuales se reconstruyen los “principios” que regulan el derecho de voto de los condenados: el TEDH es obligado a mencionar solo sus sentencias, porque este criterio es de origen únicamente jurisprudencial: véase *Söyler v. Turkey*, App. 29411/07, dec. 17.9.2013,n. 31.

⁹⁴ Se v. el *Press Release* del 10 diciembre 2013.

trataba de un criterio esencial⁹⁵) y la restricción del derecho de voto no toma en consideración la gravedad del crimen ni las circunstancias individuales en las cuales fue cometido⁹⁶. Como en el caso *Frodl*, la limitación del *disenfranchisement* a los crímenes intencionales no fue considerada suficiente por la I sala, con el argumento de que «el gobierno no ha intentado de explicar como y porqué la exclusión de todas las personas condenadas por crímenes intencionales sería compatible con las finalidades perseguidas por el art. 3 del Protocolo adicional I»⁹⁷.

En *Söyler* reaparecieron unos argumentos que habían sido marginados en *Scoppola-3 GC*: la gravedad del crimen (la sala comparó el delito cometido por Söyler con el cometido por Scoppola, subrayando que en el caso en examen el crimen era mucho meno grave⁹⁸), la conexión racional entre la sanción de la privación del voto y «la conducta y la circunstancia del apelante»⁹⁹. El *disenfranchisement* turco aparece ante el TEDH como una medida automática e indiscriminada¹⁰⁰, más dura y extensiva que las previstas en Austria, Italia y Reino Unido¹⁰¹.

366

D) En su conjunto, entonces, la jurisprudencia de Estrasburgo sobre el derecho de voto de los presos es bastante contradictoria. Los Estados miembros del Consejo de Europa pueden quitar el derecho de voto a los presos condenados en forma definitiva, justificando esta medida en el fin legítimo de la prevención del crimen, el fortalecimiento de la responsabilidad cívica y el respeto del estado de derecho. Sin embargo, dicha limitación, para respetar el principio de proporcionalidad en sentido estricto, no puede ser general: el legislador tiene que prever una distinción entre los casos en los cuales a la condena penal sigue la privación del derecho de voto y los casos en los cuales esta consecuencia no se produce. La distinción, pues, tiene que ser articulada y no puede limitarse a distinguir entre los crímenes intencionales

⁹⁵ *Söyler v. Turkey*, n. 39.

⁹⁶ *Söyler v. Turkey*, n. 41.

⁹⁷ *Söyler v. Turkey*, n. 42.

⁹⁸ *Söyler v. Turkey*, n. 44.

⁹⁹ *Söyler v. Turkey*, n. 45.

¹⁰⁰ *Söyler v. Turkey*, n. 47.

¹⁰¹ *Söyler v. Turkey*, n. 38.

y los no intencionales. La intervención de un juez que establezca en concreto la privación del derecho de voto es una modalidad que el Tribunal considera idónea para asegurar el respeto del principio de proporcionalidad, pero no es necesaria en todos los casos. Sobre este último punto, el paso atrás del Tribunal con la sentencia de la *Grande Chambre* en el caso *Scoppola v. Italy-3 GC* ha añadido flexibilidad al sistema de vínculos construidos por el TEDH (y ha entonces ampliado el margen de apreciación nacional), pero ha atenuado la coherencia de dicha jurisprudencia, cuyo elemento central parece ahora ser esencialmente la exclusión de la automaticidad entre la condena a la cárcel y la privación del derecho de voto, que según el TEDH determina una violación del principio de proporcionalidad.

Este punto de llegada de la jurisprudencia del TEDH nos parece discutible: pero es ahora necesario situar a esta crítica al exterior de la jurisprudencia misma, que hasta ahora hemos examinado solo desde el punto de vista de su coherencia interior.

9. Anotaciones críticas

367

Después del análisis de los casos, en los cuales se ha intentado poner en evidencia la evolución de la jurisprudencia, limitando a unas cuestiones específicas las observaciones críticas, es oportuno ahora formular unas consideraciones de conjunto sobre la privación del derecho de voto de los prisioneros condenados desde el punto de vista de la teoría constitucional, en cierta medida «exterior» a las argumentaciones adoptadas por el TEDH (en el sentido de independiente de las opciones de política de los derechos fundamentales adoptadas por el Tribunal mismo). Esta perspectiva parte de la idea de que entre las tareas de la doctrina existe la de una vigilancia crítica hacia las opciones valorativas, ideológicas o políticas de los órganos jurisdiccionales, especialmente cuando estas estén basadas en actitudes activistas (*judicial activism*) y se aprecien fuera de las tradiciones legislativas y constitucionales consolidadas.

9.1. Críticas de método

Toda la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de voto de los condenados tiene características criticables, en primer lugar por ser abstracta y autoreferencial.

En esta jurisprudencia falta un estudio detallado de las constituciones nacionales. Estas constituciones, como Cartas de derechos, son parte esencial del patrimonio constitucional europeo y no pueden ser reducidas a simples objetos de evaluación del Tribunal de Estrasburgo, como si fueran una ley cualquiera o un reglamento municipal. Si se analizan las constituciones escritas europeas, la regulación del derecho de voto muestra una apertura a la posibilidad de limitaciones del derecho de voto por varias razones específicas, que en unos casos son dejadas simplemente a las opciones del legislador¹⁰², mientras que en otros casos son mencionadas explícitamente. Y no es infrecuente encontrar, entre las causas mencionadas por la Constitución por las cuales la ley es autorizada o vinculada a limitar el derecho de voto, la condena penal irrevocable: es el caso del art. 54.2-a de la Constitución de Holanda de 1983¹⁰³; del art. 48 de la Constitución italiana de 1947¹⁰⁴; del art. 32.3. de la Constitución de la Federación Rusa de 1993¹⁰⁵; del art. 29.1 de la Constitución de Dinamarca de 1953¹⁰⁶; del art. 53.1 de la Constitución de Luxemburgo de 1868 (en el texto que resulta de la revisión de 1989¹⁰⁷); del art. 51.3 de la Constitución de Grecia de 1975¹⁰⁸; del art. 26.5 de la Constitución de

368

¹⁰² Art. 16 de la Constitución de Irlanda de 1937, art. 49 de la Constitución de Portugal de 1976, art. 61 de la Constitución de Bélgica de 1993, art. 38.2 de la Constitución de Moldavia de 1991, art. 20 de la Constitución de la República Checa de 1992, que deja al legislador la determinación de las condiciones adicionales para el ejercicio del sufragio.

¹⁰³ «2. Est privé du droit de vote: a. celui qui, pour avoir commis une infraction spécifiée à cet effet par la loi, a été, par une décision judiciaire irréversible, condamné à une peine privative de liberté d'au moins un an et déchu en même temps du droit de vote; [...].»

¹⁰⁴ «4. El derecho de voto no puede sufrir limitaciones sino por motivos de incapacidad civil o por efecto de sentencia penal firme o en los supuestos de indignidad moral especificados por la ley».

¹⁰⁵ «[...] citizens detained in a detention facility pursuant to a sentence imposed by a court shall not have the right to vote or to stand for election».

¹⁰⁶ «1. Est électeur au *Folketing* toute personne de nationalité danoise qui a fixé son domicile dans le Royaume et qui a atteint l'âge requis pour l'exercice du droit de vote comme prévu au paragraphe 2 ci-dessous, à moins que cette personne n'ait été interdite. Une loi déterminera dans quelle mesure une condamnation pénale et des subventions qualifiées par la loi de secours de l'Assistance publique entraîneront la déchéance du droit de vote».

¹⁰⁷ «Ne peuvent être ni électeurs ni éligibles: 1° les condamnés à des peines criminelles; 2° ceux qui, en matière correctionnelle, sont privés du droit de vote par condamnation; (...).»

¹⁰⁸ «3. The Members of Parliament shall be elected through direct, universal and secret ballot by the citizens who have the right to vote, as specified by law. The law cannot abridge the right to vote except in cases where a minimum age has not been attained or in cases of legal incapacity or as a result of irrevocable criminal conviction for certain felonies».

Austria de 1920¹⁰⁹; del art. 64.c Constitución de Chipre de 196¹¹⁰; del art. 62.2. de la Constitución de Polonia de 1991¹¹¹; del art. 34.2 de la Constitución de Rumania de 1991¹¹²; del art. 65 de la Constitución de Bulgaria de 1991¹¹³; del art. 58 de la Constitución de Estonia de 1991¹¹⁴; del art. 58 de la Constitución de Malta¹¹⁵ y del art. 67.5, I cláusula, de la Constitución de Turquía (en el texto modificado en 2001)¹¹⁶. Considerando la relevancia de este material constitucional en su conjunto, sorprende que el TEDH lo haya ignorado, y que lo haya considerado solo como un problema y no como una llave para llegar a la solución. Bajo el examen del derecho constitucional nacional, el TEDH habría tenido que ver en la condena penal irrevocable una condición subjetiva que impide, en principio, el ejercicio del derecho de voto, con la excepción de los casos en los cuales los Estados decidan de

¹⁰⁹ «Forfeiture of the right to vote and to stand for election can only ensue from a court sentence».

¹¹⁰ «A person shall be qualified to be a candidate for election as a Representative if at the time of the election that person –(...) (c) has not been, on or after the date of the coming into operation of this Constitution, convicted of an offence involving dishonesty or moral turpitude or is not under any disqualification imposed by a competent court for any electoral offence; (...)».

¹¹¹ «(2) Persons who, by a final judgment of a court, have been subjected to legal incapacitation or deprived of public or electoral rights, shall have no right to participate in a referendum nor a right to vote».

¹¹² «(2) Mentally deficient or alienated, laid under interdiction, as well as persons disenfranchised by a final decision of the court cannot vote».

¹¹³ «(1) Tout citoyen bulgare qui n'a pas d'autre nationalité, a 21 ans révolus, n'est pas mis sous tutelle et ne purge pas une peine de privation de liberté peut être élu député».

¹¹⁴ «The participation in elections of Estonian citizens who have been convicted by a court of law and who are serving a sentence in a place of detention may be restricted by law».

¹¹⁵ Section 58 [Disqualification from Voting] - «No person shall be qualified to be registered as a voter for the election of members of the House of Representatives if –

(a) he is interdicted or incapacitated for any mental infirmity by a court in Malta or is otherwise determined in Malta to be of unsound mind;

(b) he is under sentence of death imposed on him by any court in Malta or is serving a sentence of imprisonment (by whatever name called) exceeding twelve months imposed on him by such a court or substituted by competent authority for some other sentence imposed on him by such a court, or is under such a sentence of imprisonment the execution of which has been suspended; or

(c) he is disqualified for registration as a voter by or under any law for the time being in force in Malta by reason of his having been convicted of any offence connected with the election of members of the House of Representatives».

¹¹⁶ «Privates and corporals serving in the armed services, students in military schools, and convicts in penal execution excluding those convicted of negligent offences cannot vote».

manera diferente. De las constituciones nacionales parece de hecho posible desprender que la privación del derecho de voto de los condenados puede ser interpretada como una forma de protección de la democracia¹¹⁷ (o –para ser más exactos– de la representación política) *ante litteram*, o como una consecuencia necesaria de la naturaleza de la institución de la cárcel.

Una actitud más «histórica» y respetuosa de las tradiciones constitucionales nacionales¹¹⁸ habría evitado al TEDH gastar inútilmente mucho tiempo (y dinero público) sobre una cuestión –el pretendido derecho de voto de los condenados– que ha sido creada en abstracto por una orientación jurisprudencial del Tribunal mismo, tomando como base discutibles decisiones judiciales emitidas en países adscritos a la tradición del *common law* y que no tienen bases suficientes ni en el texto del Convenio, ni en las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros. No se trata solo de subrayar la existencia de un margen de apreciación nacional amplio, que el mismo Tribunal reconoce sobre este asunto, aun sin mucha claridad en la definición de su extensión. Se trata de reconstruir el alcance de los derechos garantizados por el Convenio utilizando las constituciones nacionales como instrumento de delimitación de la discrecionalidad y del arbitrio del TEDH. En fin, el de los «*prisoners' voting rights*» es un tema en el cual muy frecuentemente los jueces supremos han intentado imponer una visión ideológica de los derechos fundamentales a los equilibrios históricamente consolidados de los estados liberales-demócratas contemporáneos y a sus textos constitucionales: se trata de un ámbito privilegiado del activismo judicial.

370

9. 2. Para una justificación teórica plausible de la privación del derecho de voto de los condenados

En los casos analizados en este ensayo se mencionaron varias tentativas de justificación de las normas que, en muchos sistemas jurídicos, prohíben a los condenados a la pena de la reclusión, o a los condenados por crímenes especialmente graves, o por unos tipos de crímenes, el ejercicio del derecho

¹¹⁷ Nos referimos al concepto de origen alemana de «wehrhafte Demokratie» o de democracia protegida.

¹¹⁸ Ignorando la tradición constitucional en favor de una razón abstracta construida ex nihilo por los mismos jueces (apoyándose, en este caso, sobre decisiones judiciales adoptadas

de voto. Y se analizaron las objeciones que el TEDH ha opuesto a muchos de estas tentativas de justificación, que en su forma de juzgar juegan el papel del «fin legítimo» que justifica la limitación del derecho en la perspectiva del principio de proporcionalidad.

Concluyendo este ensayo, es oportuno intentar explicar por qué la exclusión del derecho de voto de los prisioneros condenados nos parece en general justificada: y esto no solo en la perspectiva del derecho positivo (es decir, en este caso, en el intento de interpretar el art. 3 del Prot. Ad. n. 1) que se ha adoptado en los párrafos anteriores, sino en una perspectiva de teoría constitucional.

A nuestro parecer, la solución más coherente con una buena teoría de los derechos fundamentales es la adoptada por el *Representation of the People Act* 1983 del Reino Unido y, aún más, por el artículo 32.2 de la Constitución de la Federación Rusa de 1993: es decir, la prohibición de votar para todos los condenados, por el período en el cual se purga la condena y, en caso de crímenes de especial gravedad, quizá por toda la vida.

La primera razón que sustenta esta perspectiva es la mencionada en varias defensas de los gobiernos acusados en los casos estudiados en este ensayo¹¹⁹: es fuertemente oportuno que las personas que violaron la ley penal, y que la violaron en manera tan grave que fueron condenados a una pena de prisión, no puedan participar a la elección de los órganos representativos, que tienen, entre otras cosas, el poder de definir la orientación política del país y de aprobar las normas más importantes que componen sus ordenamientos jurídicos, las de rango legislativo (y entre ellas las normas penales). Se trata de un argumento que es compatible tanto con concepciones políticas de corte liberal¹²⁰, como con interpretaciones republicanas¹²¹ de la política y de la democracia. La tesis según la cual este sería un objetivo «indefini-

en los últimos diez años), el TEDH se priva de la posibilidad de utilizar la sabiduría que en el pasar de las décadas, y en unos casos (Reino Unido) de los siglos, se ha depositado en las normas y en las instituciones que crearon la misma cultura de los derechos humanos que el Tribunal tendría que fomentar.

¹¹⁹ Cf. por ej. *Calmanovici c. Roumanie*, § 148. Pero este argumento se encontraba ya en la posición del gobierno canadiense en *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*.

¹²⁰ A. C. Ewald, “Civic death”, cit., p. 1072 ss., que cita entre las autoridades liberales Locke, Rousseau, Paine y –con unas cautelas– el mismo Rawls (nota 148).

¹²¹ A. C. Ewald, “Civic death”, cit., p. 1082 ss.

do y simbólico», formulada con un exceso de arrogancia intelectual por el Tribunal Supremo de Canadá en el fallo *Sauvé*¹²², es ahora rechazada en las sentencias del TEDH discutidas en este ensayo¹²³.

Es verdad que –como afirma en varias sentencias el TEDH– la condena a la prisión no priva los condenados de todos los derechos fundamentales, pero no es exacto que ellos conserven todos los derechos que no son incompatibles con la condición de presos: la lógica de los sistemas constitucionales contemporáneos exige únicamente que los condenados no sean privados de los derechos que son inmanentes a su dignidad *humana*, la cual no puede en ningún caso ser vulnerada¹²⁴; pero ellos pierden, por el período de la detención, los derechos de *participar en la vida social*, como consecuencia de la naturaleza de la cárcel, que es una institución separada de la sociedad¹²⁵; los derechos de reunión y de asociación y, en general, los derechos de participación política¹²⁶. Es su igual dignidad social, y no su dignidad humana, la que es comprimida como consecuencia de la condena. Solo los individuos libres, que puedan discutir, asociarse y reunirse en público, pueden ejercer razonablemente el derecho de voto¹²⁷. Desde esta perspectiva, la posición adoptada por

¹²² Cf. *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, § 16 e 22. Nos parece, al contrario, indefinidas y no demostradas las tesis contenidas en dicha sentencia, según las cuales «to deny prisoners the right to vote is to lose an important means of teaching them democratic values and social responsibility» e «the negative effects of denying citizens the right to vote would greatly outweigh the tenuous benefits that might ensue. Denying prisoners the right to vote imposes negative costs on prisoners and on the penal system. It removes a route to social development and undermines correctional law and policy directed towards rehabilitation and integration».

¹²³ Esto es muy claro, aun si dichas sentencias llegan a conclusiones diferentes de las aceptadas en este ensayo por una utilización no correcta del *test de subsidiariedad*.

¹²⁴ El Tribunal constitucional italiano, en la sentencia n. 349 de 1993, afirmó que «quien se encuentra en un estado de detención, aun si es privado de la mayor parte de su libertad, guarda siempre un residuo de la misma, que es especialmente importante porque constituye el último ámbito en el cual puede desarrollarse su personalidad individual».

¹²⁵ En este sentido M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Giappichelli, Turin, 2002, p. 163 (pero el autor, aun constatando el estado actual del derecho objetivo, expresa su esperanza de que dicha separación sea reducida o eliminada).

¹²⁶ Para este comentario ver P. Ramsay, *Faking Democracy with Prisoners' Voting Rights*, LSE Law, Society and Economy Working Papers 7/2013, p. 9 (http://eprints.lse.ac.uk/48985/1/WPS2013-07_Ramsay.pdf).

¹²⁷ Este argumento fue propuesto por el gobierno ruso en el caso *Anchugov and Gladkov* (v. n. 89), pero fue ignorado por la I sala del TEDH.

el Tribunal Constitucional de Sudáfrica en 1999, según la cual «the vote of each and every citizen is a badge of dignity and personhood», si bien es cierto que puede explicarse en el contexto de la historia de ese país, no es aceptable como afirmación de teoría constitucional¹²⁸. Es claro que eso no significa que el voto sea un privilegio¹²⁹ y no un derecho: solo significa que el voto es un derecho cuya titularidad y cuyo ejercicio depende de determinados supuestos, como la edad, la ciudadanía, en unos casos la residencia¹³⁰ y de la ausencia de requisitos negativos, entre los cuales está tradicionalmente la condena a una pena de prisión.

Y si bien el derecho de voto es un derecho individual, es también verdad que se trata de un derecho cuyo ejercicio tiene que ser necesariamente colectivo, como los derechos de reunión y de asociación: el voto, como acto individual y aislado, no tiene sentido, de la misma manera como la que no tiene sentido una reunión o una asociación en la cual participe solo una persona. La dialéctica del derecho de voto –bien sintetizada por Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución*¹³¹– incluye estas dos «polaridades»: la liberal y la demócrata; o, dicho con otras palabras, la individual y la social. No se trata de un «derecho de defensa», como los clásicos derechos de libertad, que son reconocidos a sus titulares para que hagan de ellos el uso que más le agrade,

373

¹²⁸ Según M.Á. Presno Linera, *Ed derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 143, el que cumple una condena privativa de libertad no carece de capacidad para autodeterminarse políticamente y, además, esa circunstancia no convierte a quien se encuentra en ella en una persona carente de dignidad, por lo que la sanción consistente en la privación del sufragio activo por ese motivo no es en absoluto compatible con el mandato contenido en el artículo 25.2 de la Constitución». Sin embargo, a nuestro parecer, la capacidad de autodeterminación política es estructuralmente limitada por la institución de la cárcel. Es exacto que el que se encuentra en la condición de privación de libertad no pierde su dignidad humana, pero el derecho de voto no es una consecuencia inmediata de esta última, como resulta del hecho de que la titularidad de dicho derecho depende de varios requisitos ulteriores respecto a la capacidad jurídica.

¹²⁹ El argumento según el cual el voto es un derecho y no un privilegio es utilizado con frecuencia sea en la jurisprudencia, sea en la doctrina (ad es. A.W. Powers, *Hirst*, cit., p.2), para llegar a la conclusión de que los condenados gozan de este derecho.

¹³⁰ Véase la decisión de la *Grande Chambre* del TEDH en el fallo *Sitaropoulos and Giakoumopoulos v. Greece*, App. n. 42202/07, dec. 15.3.2012, en la cual se concluye que la falta de medidas que permitan votar a los ciudadanos residentes en el exterior contraría el art. 3 del Prot. Ad. n. 1 (y en el mismo sentido v. *Shindler v. The United Kingdom*, § 114).

¹³¹ C. Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), tr. fr., *Théorie de la Constitution*, Presses Universitaires de France, Paris, 2008, p. 383-384.

sino que se trata del ejercicio de una función pública: el derecho de voto no solo importa un ejercicio colectivo, sino que también es un derecho funcional. Es entonces fisiológico que las personas a las cuales no les es permitido desarrollar una vida social normal, como consecuencia de una sentencia que las haya condenado a la privación de la libertad personal, no les sea permitido tampoco votar¹³².

Además, es necesario someter a crítica otra afirmación repetida muchas veces en varias sentencias del TEDH, según la cual la exclusión del derecho de voto de los prisioneros condenados afectaría el principio del sufragio universal, porque privaría del derecho de voto a una entera categoría de ciudadanos¹³³. Esta afirmación no es exacta, porque la exclusión no afecta a una «categoría» de personas seleccionadas por características intrínsecas que las distingan de otras, sino a personas que han sido *individualmente* condenadas, con un justo proceso legal, por haber *individualmente* violado normas penales sancionadas con la pena de la detención; esto es, por comportamientos que adoptaron libremente (es decir como personas dotadas de libre albedrío) pese a la presencia de una prohibición dispuesta por la ley penal¹³⁴. La tesis aquí criticada tiene el mismo valor de una afirmación cuyo contenido sea el que con la prisión se priva de la libertad personal a una categoría de personas. En ambos casos, la «categoría» es constituida no con finalidades discriminatorias, sino como consecuencia de la violación de preceptos penales y con la finalidad última de asegurar el respeto de la ley y de garantizar la paz social. La «categoría» de la que se habla no existe en sí, sino solo como una suma de personas que se encuentran en dicha situación, como consecuencia de sus

374

¹³² En la cultura liberal contemporánea, la justificación de la privación del derecho de voto de los condenados a una pena de prisión parece muy difícil (véanse los argumentos en este sentido de A.C. Ewald, “Civic death”, cit., p. 1096 y ss.). Sin embargo, a nuestro parecer, esta dificultad depende de la expulsión del concepto de responsabilidad individual de la cultura liberal de los derechos.

¹³³ Se vea *Frodl contra Austria*, nr. 24; *Scoppola contra Italia* (n. 3) – GC, nr. 96; *Anchugov and Gladkov v. Russia*, nr. 96; *Söyler contra Turquía*, nr. 34.

¹³⁴ Este argumento fue utilizado por un tribunal federal de Estados Unidos en el caso *Wesley v. Collins*, 605 F. Supp. 802, 813 (citado por A.C. Ewald, “Civic death”, cit., p. 1078-79), según el cual los condenados «are not disenfranchised based on any immutable characteristic, such as race, but on their conscious decision to commit an act for which they assume the risk of detention and punishment».

actos voluntarios, consistentes en la violación de normas penales, constatada por jueces independientes e imparciales en cada caso concreto.

Estos argumentos proponen una justificación posible y plausible del *disenfranchisement*, y su finalidad es llegar a la conclusión de que ella *puede* justificar la limitación del derecho de voto en los Estados miembros del Consejo de Europa en el ejercicio de su margen de apreciación nacional, y no la de afirmar que ésta sea la única compatible con la naturaleza del derecho de voto y de la institución social denominada cárcel. Considerado el texto del art. 3 del Prot. Ad. n. 1 y las tradiciones constitucionales nacionales, el derecho a elecciones libres previsto por el CEDH puede ser interpretado en la perspectiva esbozada en este ensayo, o como derecho subjetivo perfecto; y no es competencia del Tribunal de Estrasburgo, sino de los Estados miembros, cerrar esta alternativa, que el Tribunal tendría que dejar abierta, limitándose a controlar los confines exteriores de las diferentes concepciones del derecho de voto compatibles con el citado art. 3¹³⁵. Es verdad, de hecho, que –como afirmó el Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Sauvé*: «it is for the Courts, unaffected by the shifting winds of public opinion and electoral interests, to safeguard the right to vote»¹³⁶. Sin embargo, lo que es el derecho de voto y cuáles son sus límites tiene que ser definido sobre la base de un material normativo más amplio y rico, en el cual se hace necesario incluir, en el caso del CEDH, las tradiciones constitucionales nacionales y su diversidad, al fin de

375

¹³⁵ Se retoma aquí un argumento ya expuesto en la *dissenting opinion* en el fallo *Sauvé v. Canada*: «s. 1 of the *Charter* requires that this Court look to the fact that there may be different social or political philosophies upon which justifications for or against the limitations of rights may be based. In such a context, where this Court is presented with competing social or political philosophies relating to the right to vote, it is not by merely approving or preferring one that the other is necessarily disproved or shown not to survive *Charter* scrutiny. If the social or political philosophy advanced by Parliament reasonably justifies a limitation of the right in the context of a free and democratic society, then it ought to be upheld as constitutional. In the realm of competing social or political philosophies, reasonableness is the predominant s. 1 justification consideration. Section 1 of the *Charter* does not constrain Parliament or authorize this Court to prioritize one reasonable social or political philosophy over reasonable others, but only empowers this Court to strike down those limitations which are not reasonable and which cannot be justified in a free and democratic society. The decision before this Court is therefore not whether or not Parliament has made a proper policy decision, but whether the policy position chosen by Parliament is an acceptable choice amongst those permitted under the *Charter*».

¹³⁶ *Sauvé v. Canada (Chief electoral Officer)*, § 13.

evitar que la indeterminación de las disposiciones sobre los derechos permita a los jueces imponer sus concepciones filosóficas, sociales y políticas.

De cualquier manera, también en una perspectiva como la adoptada aquí, favorable a la posibilidad que los estados supriman el derecho de voto de los prisioneros condenado a la reclusión por el período de expiación de la condena, sobra un espacio para unos límites y para un control sobre la proporcionalidad de la restricción. De hecho, la afirmación que se encuentra en unas de las sentencias analizadas en los párrafos anteriores, según la cual la privación del derecho de voto no puede ser impuesta «a la ligera»¹³⁷, parece en principio aceptable. Pero, a nuestro parecer, la consecuencia de una condena a una pena de prisión, es decir la privación de la libertad personal, afecta a la libertad y a la autonomía de la persona en manera mucho más intensa que la privación del derecho de voto. Entonces, si hay una consecuencia sobre la cual un sistema jurídico tiene que ser muy prudente, es la privación de la libertad personal – que tendría que ser siempre una medida «of last resort» – y no la consecuencia ulterior del *disenfranchisement*. Una vez que se llegue a la conclusión de que la primera sanción es inevitable, parece razonable excluir el condenado también del derecho de elegir a los representantes de la nación. Por lo tanto, parece razonable compartir la tesis según la cual «[The] deprivation of political rights is proportionate because it lasts no longer than her imprisonment»¹³⁸.

376

Este paralelismo entre la privación de la libertad personal y la limitación del derecho de voto podría encontrar dos excepciones: la primera, que la privación del derecho de voto no tendría que aplicarse, en virtud de la presunción de inocencia¹³⁹, a los prisioneros todavía no condenados o cuya condena no sea definitiva (y esto porque en casos de este tipo la privación de la libertad personal corresponde a finalidades cautelares, pero a la persona se le presume inocente y por esta razón la suspensión de sus derechos políticos podría ser desproporcionada); y la segunda, que la conexión entre prisión y privación del derecho de voto tendría que funcionar no solo para justificar la privación del derecho, sino también para excluir, en principio, el *life disenfranchisement* también en los crímenes más graves. No se quiere decir

¹³⁷ Dicha afirmación es a su vez tomada de *Sauvé v. Canada (Chief electoral Officer)*, § 9.

¹³⁸ P. Ramsay, *Faking Democracy*, cit., p. 14.

¹³⁹ [...] reconocida por muchas constituciones y también por el CEDH (art. 6.2).

aquí que el *life disenfranchisement* sea en absoluto contrario al principio de proporcionalidad, sino solo que tendría que aplicarse a crímenes de gravedad excepcional (en principio los mismos para los cuales se admite –o se admitía– la pena de reclusión de por vida, aun si de hecho se procede a la liberación anticipada del condenado).

Parece razonable llegar a esta conclusión no solo por razones de protección de intereses individuales, sino también para evitar que el número de las personas privadas del derecho de voto llegue a cantidades elevadas, como pasa en unos estados del sur de Estados Unidos¹⁴⁰, en los cuales el porcentaje de electores privados del derecho de voto llega en unos casos al 13 %, alterando, entre otras cosas, la fuerza electoral de los diferentes grupos raciales.

¹⁴⁰ A.C. Ewald, “Civic death”, cit., p. 1045-1046. En este mismo ensayo se subraya que el fenómeno tiene una «dimensión racial» (p. 1048 y literatura allí citada).

JURISPRUDENCIA
COMENTADA

El caso Rosalía Huatuco

*Comentario a la STC N° 05057-2013-PI/TC,
de fecha 16 de abril de 2015*

JIMMY MARROQUÍN LAZO

Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

En esta sentencia del Tribunal Constitucional (TC, en adelante), que establece cinco reglas jurisprudenciales en calidad de precedente vinculante, se desarrollan, entre otras, las siguientes materias constitucionalmente relevantes: el acceso a la función pública; la carrera administrativa; el derecho fundamental de acceso a la función en condiciones de igualdad; y el derecho al trabajo y a la reposición, condicionada esta última a que el trabajador acredice haber ingresado mediante concurso público de méritos, así como a que exista una plaza presupuestada y de duración indeterminada.

381

2. Contexto histórico-político de la sentencia

Desde que entró en vigencia (1 de enero de 2005) la Ley Marco del Empleo Público, N° 28175, diferentes operadores judiciales, aunque en cifra minoritaria, estimaron que resultaban improcedentes las demandas de amparo que solicitaban la reposición laboral cuando el ingreso del trabajador a la Administración Pública no se había producido mediante concurso público y abierto, tal como lo exigía el artículo 5° de dicha ley. Así consta en la aclaración de fecha 7 de julio de 2015.

Contrariamente, jurisprudencia más bien creciente, incluso del TC, ordenaba la reposición laboral del trabajador a la Administración Pública cuando se probaba la desnaturalización de la relación laboral, ya sea porque

se verificaba que no se había especificado con detalle la causa específica de la contratación, porque se trabajaba sin contrato o porque un contrato de locación de servicios en realidad encubría una relación laboral subordinada y de naturaleza permanente, entre otros supuestos.

Dichas posiciones configuraban divergencias en asuntos de relevancia constitucional (la interpretación de las disposiciones constitucionales sobre el acceso a la función pública, y que a nivel legal se manifestaban en la interpretación de los artículos 4 y 77 del TUO del Decreto Legislativo 728, respecto de su aplicación a las instituciones y trabajadores de la actividad pública); por lo que, en este contexto de confusión, se justificaba que el TC fije una posición interpretativa con el objeto de resolver dichas discrepancias.

3. Análisis

En el presente caso, la demandante Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco interpuso demanda de amparo contra el Poder Judicial a fin de que se dejé sin efecto su despido, que tachaba de incausado, y que, como consecuencia, se disponga su reincorporación en el puesto que venía desempeñando como secretaria judicial. En su demanda sosténía que prestó servicios desde el 1 de julio de 2010 hasta el 15 de noviembre de 2011, en virtud de contratos de trabajo sujetos a modalidad por servicio específico, pero que al haber realizado labores de naturaleza permanente, sus contratos modales se desnaturizaron y, por ello, debían ser considerados como un contrato a plazo indeterminado.

El respectivo Procurador Público contestó la demanda y manifestó que el amparo no puede ser utilizado para declarar un derecho, caso de la recurrente, quien no habría ingresado a laborar mediante concurso público de méritos, sino mediante un contrato a plazo fijo, que estableció fechas de inicio y término de la contratación.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional juzgó oportuno, dada la configuración del caso, establecer, en calidad de precedente vinculante, las siguientes reglas jurisprudenciales:

Regla 1: En los amparos contra la Administración Pública, en los que se pretenda la reposición a plazo indeterminado por desnaturización de

un «contrato temporal» o «contrato civil» (artículo 4º del TUO del Decreto Legislativo 728), deberá verificarse si se realizó un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, para que así se pueda ordenar la reposición. Mediante la exigencia de concurso público, el TC hizo efectivas las leyes que así lo ordenan (actualmente, la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público en su artículo 5º y, progresivamente, la Ley N.º 30057, del Servicio Civil en su artículo 67º), disposiciones que se circunscriben a las contrataciones en el sector público, y que no se aplican para el sector privado.

El TC destacó, además, que el derecho de acceso a la función pública tiene como elemento consustancial la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional), y que esta constituye un criterio objetivo fundamental que ha de observarse para el ingreso y permanencia en la actividad estatal. En buena cuenta, que la meritocracia será determinante para la permanencia en la función pública.

Regla 2: Las entidades estatales deben imponer las sanciones que correspondan a los funcionarios responsables de la contratación de personal, cuando, por ejemplo, elaboren contratos temporales que terminen siendo desnaturalizados.

383

Regla 3: En cuanto a los efectos temporales de la sentencia, el TC dispuso que la exigencia de que la incorporación o «reposición» a la Administración Pública solo procede cuando el ingreso del trabajador se produjo mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante y de duración indeterminada, será de aplicación inmediata a partir del día siguiente de la publicación de la sentencia en el diario oficial *El Peruano*, incluso a los procesos que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.

Regla 4: En el supuesto de que en un proceso el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante y de duración indeterminada, el TC dejó sentado que el juez, luego de analizar si hubo o no desnaturalización, deberá reconducir el proceso para que la parte demandante solicite la

indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38º del TUO del Decreto Legislativo 728.

Regla 5: Finalmente, el TC estableció que las demandas presentadas luego de la publicación de la sentencia emitida en el caso Huatuco, en las que no se acredice el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción mencionada en la regla anterior.

Cabe mencionar que, en cuanto al específico caso de doña Rosalía Huatuco, el TC declaró infundada la demanda porque se apreciaba que la conclusión del vínculo laboral obedeció al libre albedrío de ambas partes, lo que previamente había sido pactado en un contrato de trabajo sujeto a plazo determinado, de modo que no se advertía la vulneración de los derechos fundamentales de la demandante.

Demandas de amparo laboral sobre restitución del cargo

*Comentario a la STC N° 02383-2013-PA/TC,
de fecha 12 de mayo de 2015*

SUSANA TÁVARA ESPINOZA
Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional

1. Materias constitucionalmente relevantes examinadas por el Tribunal Constitucional

Tres son los aspectos que vamos a destacar: i) criterios para determinar cuándo existe una vía ordinaria igualmente satisfactoria; ii) la revisión del precedente contenido en la STC N° 00206-2005-AA/TC; iii) afectación del derecho a la libertad sindical.

385

2. Contexto histórico-político de la sentencia

En este caso se discutió básicamente la restitución del recurrente en el cargo de responsable de tesorería que venía ocupando. Manifestaba en su demanda que ingresó a laborar para la entidad emplazada el 15 de noviembre de 2006, y que desde esa fecha no fue objeto de llamadas de atención o de suspensiones, hasta que, mediante la Resolución Directoral N° 104-2009-AG-PEPP-CD/DE, de fecha 16 de marzo de 2009, se le sancionó con seis meses de suspensión; y luego, a través de la Resolución Directoral N° 149-2009-AG-PEPP-CD/DE, de fecha 11 de mayo de 2009, fue suspendido por tres meses, pese a que los hechos que sustentaban las supuestas faltas que se le imputaron habían ocurrido en el año 2008, por lo que se trasgredió el principio de inmediatez.

Además, alegaba que las sanciones que se le impusieron fueron una represalia por su afiliación al Sindicato Único de Trabajadores del Proyecto

Especial Pichis Palcazú, en el mes de enero de 2009, fecha desde la que se iniciaron en su contra actos de hostilización y amenazas de ser despedido por la comisión de faltas graves si no renunciaba al sindicato. Ese ultimátum se concretó en diciembre de 2009, momento en el cual vencieron las suspensiones de las que fue objeto y que, además, coincidió con el vencimiento del plazo de duración de su contrato de trabajo para servicio específico, lo que configuraría un despido fraudulento.

Un asunto de relevancia, para el Tribunal Constitucional (TC) es, en atención a los criterios jurisprudenciales establecidos, evaluar si el demandante fue despedido arbitrariamente. Asimismo, resulta pertinente precisar que, si bien el actor alegaba la vulneración de varios derechos constitucionales, a criterio del TC solo resultaban pertinentes para dirimir la *litis*, los derechos a la libertad sindical, al trabajo y al debido proceso, así como el principio de inmediatez.

En cuanto a la afectación al derecho del trabajo, se ha establecido que para la procedencia de los amparos, debe prestarse atención básicamente a dos cuestiones de la primera importancia: i) que, en aras a la seguridad jurídica y la igual aplicación del derecho, debe existir regularidad y predictibilidad en la aplicación de la causal de procedencia prevista en el artículo 5º, inciso 2, del Código Procesal Constitucional, esto es, con respecto al análisis de cuándo existe una «vía igualmente satisfactoria»; y ii) que actualmente es necesario tener en cuenta lo regulado por la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, al analizarse lo que puede conocerse en la vía constitucional o en la vía ordinaria; norma que aún no formaba parte del ordenamiento al emitirse el mencionado precedente.

En cuanto a la vulneración de la libertad sindical, el TC ha declarado en reiterada jurisprudencia que uno de los principios fundamentales de la libertad sindical es que los trabajadores gocen de protección adecuada contra los actos de discriminación antisindical en relación con su empleo (tales como despido, descenso de grado, traslado y otras medidas perjudiciales) y que dicha protección es particularmente necesaria tratándose de delegados sindicales, porque para poder cumplir sus funciones sindicales con plena independencia deben tener la garantía de que no serán perjudicados en razón del mandato que detentan en el sindicato.

Finalmente, en relación a la vulneración del derecho al debido proceso y principio de inmediatez, se puede decir que desde el 1 Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, ya se venía asumiendo, en casos concretos, competencia para conocer de las impugnaciones de despidos incausados o fraudulentos, en las cuales el trabajador solicita reposición, conforme se advierte del Informe del referido Pleno. Entonces, las pretensiones de orden laboral del accionante, de ser el caso, debían ser tramitadas con las reglas procesales establecidas por la Ley Procesal del Trabajo N° 26636.

3. Análisis

Es importante mencionar que en cuanto a la afectación del derecho al trabajo que alegaba el demandante, se puede apreciar que en el caso concreto era de aplicación la Ley Procesal del Trabajo N° 26636, tomando en consideración la vía judicial ordinaria, desde antes del Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral. Asimismo, la vía ordinaria laboral no se condice con la urgencia en la tutela de los derechos laborales, por lo que se concluyó que la referida vía no cumple con el requisito de ser idónea para la tutela del derecho invocado en este caso concreto. En ese escenario, al momento de plantearse la demanda, la vía del proceso laboral no era igualmente satisfactoria y, por ende, debía resolverse el fondo por la vía del amparo. Por ello el TC juzgó que era competente para pronunciarse sobre la afectación del derecho al trabajo del demandante, y así analizar si este fue despedido; y, de ser el caso, si dicha medida resultaba arbitraria.

387

Sin embargo, se puede advertir que mediante las cuestionadas resoluciones, la entidad emplazada impuso al demandante sanciones de cese temporal, la cual es considerada como una causal de suspensión del contrato de trabajo, motivo por el cual las referidas resoluciones directoriales no pueden ser consideradas como los instrumentos mediante los cuales despidió al actor. Teniendo en cuenta que a lo largo del desarrollo del proceso, el actor no acreditó la existencia del acto lesivo de su derecho constitucional al trabajo, el TC procedió a declarar infundada la demanda en el extremo en que se alegaba la vulneración del derecho al trabajo, por no haber demostrado en autos el despido arbitrario que denunciaba el demandante.

Por otro lado, en relación con la supuesta vulneración del derecho a la libertad sindical debidamente reconocido por nuestra Constitución, se pue-

de considerar que los instrumentos aportados por el recurrente, no estaban relacionados con actos realizados por la entidad demandada en su contra, como consecuencia de su condición de trabajador sindicalizado. El TC tuvo en cuenta que tampoco se presentó documento alguno para acreditar que su empleador amenazó con despedirlo, mediante la imputación de una falta grave, si es que no se desafiliaba. En consecuencia, no se demostró la vulneración del derecho a la libertad sindical alegada por el demandante, por lo que el TC desestimó dicha pretensión.

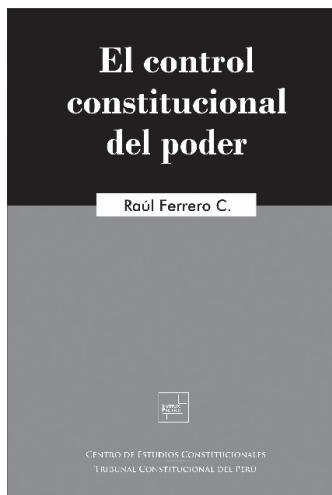
Finalmente, en cuanto a la afectación del derecho al debido proceso y al principio de inmediatez, el TC tomó en cuenta en cuenta que al momento de la interposición de la demanda existía un proceso distinto al proceso constitucional de amparo, con una estructura idónea para la tutela del derecho invocado, en el cual se podía igualmente obtener una adecuada tutela del derecho afectado mediante un pronunciamiento judicial que declare la nulidad de los actos administrativos cuestionados. El demandante no acreditó en autos la necesidad de una tutela de urgencia vinculada al derecho supuestamente afectado, ni la gravedad del daño que se occasionaría al transitar su pretensión en la vía laboral. Por lo que el TC concluyó que era adecuado que la pretensión del demandante sea ser resuelta en la vía del proceso sumarísimo laboral, por constituir una vía «igualmente satisfactoria».

RESEÑAS

El control constitucional del poder

NADIA IRIARTE PAMO

Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional



391

Título: *El control constitucional del poder*

Autor: Raúl Ferrero Costa

Editorial: Centro de Estudios Constitucionales

Instituto Pacífico

Año: 2015

Este libro recoge una serie de artículos y estudios elaborados por el Dr. Raúl Ferrero en los últimos tres años, muchos de ellos publicados en las páginas del diario *El Comercio*. Se aborda diversos temas de raigambre jurídico y político, fundamentalmente desde un enfoque constitucional.

Esta obra se centra en cómo se puede perfeccionar el sistema político que nos rige para que exista un verdadero control constitucional del poder, y pone énfasis en la necesidad de que las reglas contenidas en la Constitución se respeten y no se desvirtúen en la vida diaria de nuestro acontecer democrático. En ese sentido, analiza las dificultades que existen para construir una plataforma política que permita la mejor gobernabilidad del país, que recoja las preocupaciones de los ciudadanos, para quienes, frecuentemente,

resulta complicado construir un régimen político que, respetando las libertades, garantice también el orden. Un régimen en el que, en suma, se pratique el control constitucional del poder.

Los artículos y estudios han sido agrupados según la temática tratada. El libro se divide en siete capítulos: Derecho constitucional, Opinión jurídica, Opinión económica, Opinión internacional, Cultura y educación, Semblanzas y Recensiones. En estos capítulos se tratan temas de especial trascendencia, tales como el imperio de la Constitución en democracia, propuestas de reformas al texto constitucional, la Constitución de Cádiz, la pertinencia de la unicameralidad o la bicameralidad?, la crisis de los partidos políticos, el voto voluntario, el voto responsable, la revocatoria, el sistema político y electoral, el Congreso, la judicialización de la política, el proceso electoral 2016, la modernización de la gestión pública, la descentralización, los poderes del Estado, COP 20 (acuerdo global contra el cambio climático), la administración de justicia y el desarrollo económico, la expropiación, la Alianza del Pacífico, la educación como prioridad, entre otros.

392

El autor nos presenta el estado de la cuestión, analiza la problemática bajo el prisma constitucional, y plantea soluciones. Cada artículo es una crítica, un cuestionamiento, un comentario, que nos invita a una reflexión. A través de ellos, el Dr. Ferrero expresa su posición a favor de la consolidación de un régimen político que respete los preceptos contenidos en la Constitución para equilibrar a los órganos del Estado entre sí, de forma que ninguno se exceda en sus competencias, y así se garantice el respeto de sus derechos a los gobernados; y, de no ocurrir ello, otorgarles suficientes seguridades para que puedan hacerlos valer a través de los instrumentos y procesos judiciales prescritos por la misma Carta Política y nuestras leyes vigentes.

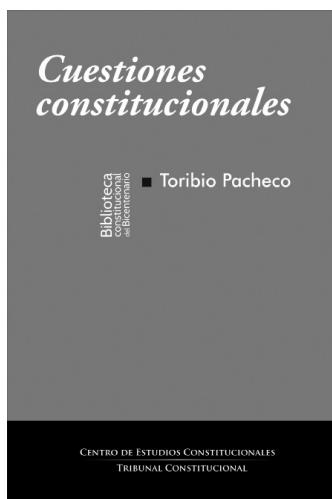
Asimismo, en el texto se evidencia la preocupación del autor por asegurar la gobernabilidad del país y que las bases en las que se sustenta el equilibrio de poderes dentro del Estado de derecho se mantengan fuertes y sólidas, de modo que a quien le toque conducir los destinos del país, como resultado de los procesos electorales, herede una situación de estabilidad política a pesar de los problemas que ocasiona la desaceleración económica por la que atraviesa la mayoría de países del orbe, que repercute en nuestra economía.

Este libro constituye una importante fuente de reflexiones políticas y jurídicas. Y es que, fraguado en la experiencia del demócrata que ha fundido la teoría con la práctica, se erige en un aporte trascendental, pues en él no solo se da cuenta de hechos o acciones, sino que se expone críticas y se sugiere planteamientos interesantes. Se trata, en suma, de una obra necesaria, en la que el político, el abogado de fuste y el académico comprometido con la democracia y el Estado de derecho, calidades que ostenta el autor, impregnan con sapiencia cada línea del texto.

Cuestiones constitucionales

JIMMY MARROQUÍN LAZO

Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional



395

Título: *Cuestiones constitucionales*

Autor: Toribio Pacheco

Editorial: Centro de Estudios Constitucionales

Año: 2015

Con el objeto de rescatar la tradición jurídica constitucional del Perú, el Tribunal Constitucional (TC), a través del Centro de Estudios Constitucionales, y a iniciativa del magistrado Carlos Ramos Núñez, se propuso poner a disposición de la ciudadanía los textos de los constitucionalistas clásicos peruanos de los siglos XIX y XX. En ese afán se lanzó la Colección «Biblioteca Constitucional del Bicentenario», que se inauguró con la publicación de *Cuestiones constitucionales*, de uno de los primeros comentaristas de nuestras constituciones, el ilustre jurista Toribio Pacheco.

Este libro está dividido en dos partes. La primera parte (que se publicó en Arequipa en 1854), describe la situación del Perú antes y después de su emancipación; hace un recuento rápido de nuestras constituciones (la de 1823, 1826, 1828, 1834 y 1839), deteniéndose especialmente en el análisis de la Constitución de Huancayo de 1839; y, por último, se dedica al estudio de la forma de gobierno.

En este primer tramo destacan algunas ideas fundamentales. Así, Pacheco apuesta por la paz y la armonía de la nación; pretende la organización del poder ejecutivo, que juzga de mayor importancia que los demás poderes; denuncia un desfase entre las instituciones políticas y la norma constitucional, que debía modelarlas y regirlas; y pone de relieve a la opinión pública, como una instancia crítica del poder político. Pacheco se revela como deudor de una tradición republicana, que juzga más aceptable que la monárquica o aristocrática. Enfatiza que el cumplimiento de la ley, mala o deficiente, garantiza la vigencia del sistema democrático, y es arma para combatir el caos y la anarquía.

El segundo tramo se divide en dos partes: poder legislativo y poder ejecutivo. Respecto del primero aborda dos cuestiones: cómo delega el pueblo sus facultades (poder electoral) y cómo ejercen este poder sus delegados (poder de legislar). En ese afán cuestiona que para ser ciudadano se exija como requisitos cumplir 25 años de edad (los derechos civiles se alcanzaban a los 21) y pagar contribuciones directas (que solo recaían en la gran propiedad). No estaba de acuerdo con que se exima a los indígenas de saber leer para ejercer la ciudadanía. Criticaba que para ser elector uno deba ser natural o tener dos años de residencia en el lugar de votación, porque perjudicaba a los comerciantes (provincialismo). Le parecía poco democrático que dos millones de habitantes solo puedan tener cerca de 4 000 electores. Sobre el poder de legislar diremos que era, sin duda, unicameralista: veía en la bicameralidad odios, demora y desorden. Estimaba que el poder ejecutivo, mediante el derecho de voto, podía hacer reflexionar al legislativo. Se oponía, asimismo, a que se exija percibir una renta de 700 pesos para ser diputado, o que se pida ser oriundo del lugar al que se quería representar o por lo menos haber residido tres años en él.

En lo tocante al poder ejecutivo, proponía reducir el periodo presidencial, de 6 a 4 años, para evitar las revueltas ante un pésimo gobernante. La responsabilidad debía ser personal, y no conjunta con la de los ministros. Para asegurar la estabilidad del gobierno, proponía que se elija presidente y vicepresidente al mismo tiempo, y que este último sucediese al presidente cuando hubiera dejado el cargo. Estos aportes, entre otros, conforman este libro fundacional del constitucionalismo peruano, escrito con temple flamígero y refinada prosa.

Justicia, derecho y sociedad

Debates interdisciplinarios para el análisis de la justicia en el Perú

JERJES LOAYZA JAVIER

Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional



397

Título: Justicia, derecho y sociedad.

Debates interdisciplinarios para el análisis de la justicia en el Perú

Coordinadora: Marianella Ledesma Narváez

Editorial: Centro de Estudios Constitucionales

Año: 2015

El libro *Justicia, derecho y sociedad. Debates interdisciplinarios para el análisis de la justicia en el Perú*, pretende romper el cisma entre las ciencias jurídicas y las ciencias sociales, apostando por una mirada interdisciplinaria a través de diferentes especialidades como la psicología, la sociología, la antropología, el derecho, la sociolingüística, la educación, el análisis del discurso y la historia, todas tan diferentes entre sí, y a su vez tan cercanas en la presente obra gracias al tema al cual se vinculan: la justicia. En efecto, el divorcio entre las ciencias jurídicas y las ciencias sociales es, acaso, la separación más trágica que podamos imaginarnos.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional del Perú adoptó, con este libro, la viva expresión de una juridicidad holística, adoptando un conocimiento social a partir de una perspectiva múltiple. Para ello se exponen 24 artículos académicos en temáticas como la cultura, la corrupción, la des-

igualdad, la interculturalidad, los estudios de género, la justicia social, la violencia, entre otros, todos ellos siempre vinculados a su incidencia en el ámbito jurídico.

El libro se divide en capítulos temáticos, de acuerdo con la especialidad de cada artículo, formando un cuerpo sistematizado que pulula entre el derecho y las ciencias sociales. Tenemos así una importante entrevista a Julio Cotler en la que se ahonda en el tema de la justicia en el Perú, seguida por el primer eje «Derecho y cultura», en donde participan diversos autores. Manuel Castillo, sostiene que la informalidad es un reflejo de la incapacidad de las leyes peruanas para resolver problemas cotidianos; la coordinadora del libro, Marianella Ledesma, quien propone elaborar leyes cuya consistencia responda a los contextos sociales en donde se inscriben; Gonzalo Portocarrero, quien desarrolla una interpretación desde la justicia de un cuento de Franz Kafka; y Jaime Ríos Burga, que plantea una teoría sociojurídica multidimensional y transdisciplinaria.

398

El segundo eje se refiere a la corrupción, y cuenta con la participación de Susana Frisancho, quien profundiza en las dimensiones del desarrollo moral de jueces especializados y anticorrupción; Pedro Jacinto analiza la forma en que se vienen legitimando el cinismo, la demagogia y el embuste en cada proceso electoral; Julio Mejía, por su parte, propone que la violencia, como la corrupción y el cinismo, son reflejo de la hegemonía de la modernización neoliberal en el Perú; Jaris Mujica, finalmente, desarrolla la tensión entre la idea de la corrupción como un obstáculo para las inversiones y el aumento que en realidad produce en las inversiones privadas en el Perú.

El tercer acápite analiza el proceso de desigualdad. Guillermo Rochabrun, critica una serie de argumentos vinculados a la multiculturalidad, las sexualidades «otras» y la laicidad del Estado; Teun A. van Dijk conjuga su experiencia en torno al enfoque social y crítico en la reproducción discursiva del racismo en Europa y las Américas; por último, Víctor Vich y Virginia Zavala nos entregan una investigación que ahonda en la reconstrucción de figuraciones discursivas en torno a la desigualdad. El cuarto eje se dedica a la interculturalidad. Tirso Molinari reflexiona alrededor de la relación entre lo indígena y sus representaciones; y Flavio Reátegui, por su parte, estudia los alcances del principio de interculturalidad en la ley del derecho a la consulta previa.

El quinto eje temático ahondará en los estudios de género. Norma Fuller nos explicará el modo en que la discriminación de los Estado-Nación hacia los pueblos originarios provoca dos tipos de diferencia, el de género y el cultural; por su parte, Jerjes Loayza expone un estudio sobre violencia doméstica en niñas adolescentes, quienes sufrirán debido a su condición de mujeres, hijas y menores de edad. El sexto eje propondrá el tema de la justicia social. Ricardo Cuenca analizará el modo en que la “educación de calidad” está desigualmente distribuida en América Latina; Paulo Henrique Martins ahondará en los derechos de la comunidad y el pluralismo político en Bolivia; finalmente Pablo Vega Centeno se aproxima a la condición de ciudadanía desde una visión urbanística, demostrando el modo en que se va restringiendo las calidades ciudadanas de la calle como espacio público.

El penúltimo eje se dedica al cuerpo, la cultura y las juventudes. Carles Feixa criticará tanto instituciones como autoridades diversas, por el tipo de modelo que se utiliza para contener el pandillaje; Adrián Scribano dará cuenta de las conexiones entre nutrientes, hambre y cerebro, esquematizando las articulaciones entre nanotecnología y “elaboración” de los cuerpos; y Ana Wortman propondrá las desigualdades culturales en términos de acceso y de la apropiación de la cultura a partir del análisis de experiencias culturales promovidas por instituciones e iniciativas de la sociedad civil y el gobierno nacional argentino.

399

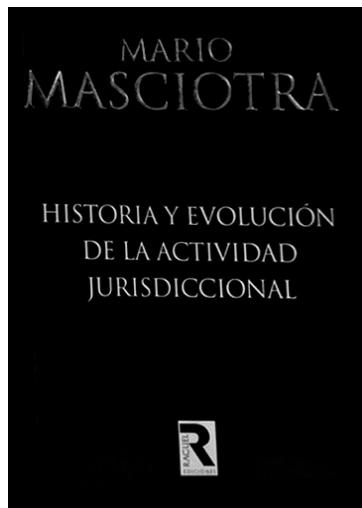
El último eje del libro partirá del enfoque histórico. Carlos Carcelén estudiará la presencia y persecución a los judeoconversos en el Perú colonial, explicando que el respeto a la vida y a la libertad no significaban nada para hombres que entendían al cuerpo humano como un repositorio del alma; José Ignacio López Soria planteará la idea de la “república (des)fundada”, analizando el modo en que los jefes de los ejércitos libertadores y la élite criolla estaban más interesados en la “independización” política que en la “liberación” social; finalmente, Mario Meza evalúa el control monopólico y legítimo de la violencia, dando cuenta que la violencia, el poder y la justicia son complementos mutuos de una construcción social de un poder y de una justicia poco institucionalizada o inacabada en el Perú.

Es así que a través de la lectura de los 24 artículos que componen este libro, nos damos cuenta de la gran importancia que posee la colabora-

ción interdisciplinaria entre el Derecho y las ciencias sociales. Justamente, la reflexión que comparten todos los autores de estas investigaciones busca motivar a profesionales diversos, tanto jueces como litigantes, así como estudiantes y académicos en general desde perspectivas diversas y complejas. De este modo es que todo aquel que decida leer este libro, podrá encontrar una aproximación plural y acuciosa de la justicia en sus múltiples dimensiones.

Historia y evolución de la actividad jurisdiccional

ROGER VILCA APAZA



Título: *Historia y evolución de la actividad jurisdiccional*

Autor: Mario Masciotra

Editorial: Raguel Ediciones

Año: 2015

401

Historia y evolución de la actividad jurisdiccional del prestigioso profesor argentino, Mario Masciotra, es un magnífico libro que rastrea el itinerario que ha seguido la humanidad en la implementación de mecanismos de resolución de conflictos en diferentes contextos históricos. La importancia del texto que edita la novísima editorial Raguel no es solo cultural (en el sentido que enriquece nuestra mirada del pasado), sino también práctica en tanto nos ofrece herramientas para ahondar en el análisis comparativo de los sistemas jurídicos de hogaño. Así lo demuestra el énfasis que el autor le pone al nacimiento, crecimiento y consolidación de los jueces a lo largo de la difícil tarea histórica de juzgar, que, como confirma Masciotra, comenzó con los padres de familia que intervenían para apaciguar los ánimos de los contendientes.

A lo largo del libro veremos, en orden cronológico, desfilar a varias instituciones jurisdiccionales que operaron (y operan aún bajo otros ropajes)

en realidades diferentes, cada cual nacidas para abordar problemas genuinos y concretos de la vida en comunidad.

El libro arranca remontándose al año 3500 a. C., entre los sumerios que se hallaban organizados en varias ciudades-estado gobernadas por despotas que reunían todos los poderes para sí y, en ese contexto, disecciona el «monumento literario más extenso y más importante de la época», el Código del rey Hammurabi. Repasa luego las instituciones judiciales egipcias que, aunque todavía incipientes, aluden a algunos actos jurídicos como el arrendamiento, la transmisión de herencias, las actas de ventas. Y claro, constata la existencia de órganos jurisdiccionales penales (que entendían de robos, hurtos, violaciones, asesinatos, deslealtades conyugales y aplicaban castigos sobre el cuerpo) y laborales (que tenían competencia para dirimir conflictos a propósito de constructores de pirámides y tumbas, en cuyo seno se presentaban huelgas y paros). Para redondear la actividad jurisdiccional de la antigüedad revisa el procedimiento civil entre los hebreos y los griegos.

402

Un asunto que el libro toca especialmente es el procedimiento civil entre los romanos, en el que se acentúa la confluencia entre derecho y religión, encuentro que explica la abundancia de rituales y simbolismos en manos de los pontífices. No falta, por supuesto, la referencia a las Doce Tablas, que no es otra cosa que el testimonio de la victoria de los plebeyos frente a la clase patricia, que lograron que el derecho sea público (se dejaba de lado las costumbres no escritas que por eso mismo se manejaban al antojo de los patricios) y que la ley se aplique sin distinciones a ambos estamentos.

Más adelante el texto se ocupa del proceso civil en las edades media y moderna (en los que destaca el proceso germano o bárbaro y el longobardo), del proceso romano-canónico (que supone la subsistencia del derecho romano y el crecimiento de la jurisdicción de la Iglesia al cual se sumaron elementos germanos) y de la organización judicial de los visigodos en España, de arraigado espíritu religioso, con un derecho opuesto al romano, que lejos de la confrontación, lograron unificarse.

Por el libro también marchan la magistratura y el procedimiento civil en tiempo de la reconquista española, en el que no obstante se sedimentaron costumbres judiciales árabes. Por ejemplo, un dato curioso que comparte el

autor es el funcionamiento actual del Tribunal de Aguas de Valencia (el más antiguo de Europa) instaurado hacia el año 960.

En el texto no podía faltar un estudio del derecho procesal ibérico que va desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII, en el que destacan las Siete Partidas, obra que supuso un viraje del derecho popular al teórico. Significativo es en este punto la larga vigencia de la Partida III (reglamento del procedimiento civil) de Jacobo de las Leyes que, como apunta el autor, sirvió de base a documentos tan importantes como las Leyes de Indias, el Código de Procederes de Santa Cruz y la Ley de Enjuiciamientos española de 1855. En seguida, no se echa de menos un análisis del proceso civil en la Alemania imperial, el sistema judicial anglosajón y el proceso francés de la época prerrevolucionaria.

Los sistemas procesales en el siglo XIX ocupan el cuarto tramo del libro, que comienza con el derecho procesal y la revolución francesa, la legislación procesal italiana, el Code de Procédure Civile de 1819 del Cantón de Ginebra, la legislación procesal española, y por supuesto, el sistema anglosajón. Así también se ocupa de los importantes acontecimientos procesales del siglo XXI, a saber: la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000, la reforma del ZPO alemán de 2002, el Codice di Procedura Civile italiano actual, el Código General del Proceso de Colombia y las reformas al Código General del proceso uruguayo.

403

En el tramo final del libro, el autor le dedica particular atención a la evolución de la legislación procesal argentina, que disecciona en una etapa colonial, independentista y codificadora. El último capítulo se ocupa del proceso civil moderno y de las grandes discusiones que lo encrucijan, desde la tendencia publicista de los sistemas procesales, el activismo judicial (tan latente entre nosotros) hasta los nuevos paradigmas en el proceso civil, entre los que despuntan la expansión la legitimación activa en los procesos judiciales, la utilización de la tecnología en la actividad jurisdiccional, la oralización del proceso, etc.

En el camino de integrar y unificar los criterios procesales locales (el tema de nuestro tiempo, como anota el autor en el pórtico) este libro es crucial porque pone sobre el tapete las dificultades que el tiempo y la historia le ponen a este tipo de ambiciosas pretensiones. El libro es el mejor testimonio

que tenemos a la mano para comprender por qué ciertas instituciones no funcionan en realidades distintas para las cuales fueron creadas, al tiempo que nos señala el sendero que debemos explorar en aras de esa integración, sin antes olvidar los errores que ya se cometieron en el pasado.

Impreso en los Talleres Gráficos
de Q&P Impresores S. R. L.
en octubre de 2015.

