PONENCIAS DEL

V CONGRESO NACIONAL DE

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

AREQUIPA - 2014

INDICE

Jorge Luis Cáceres Arce
(Coordinador)

PONENCIAS DEL

V CONGRESO NACIONAL DE

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

AREQUIPA - 2014

adrus editores

Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional

Primera edición: octubre de 2014
Tiraje: 700 Ejemplares

© **Comité editorial**
Jorge Luis Cáceres Arce (Coordinador)
Óscar Quintanilla Ponce de León
Jhony Tupayachi Sotomayor
Marco Bustinza Siu
César Belan Alvarado

© **Adrus D&L Editores S.A.C.**
Av. Tacna 535 Of. 704-B
Lima - Perú
Teléf. 01-4016451
adrusdyleditores@hotmail.com

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
Nº 2014-15567
ISBN: 978-612-4200-32-8

Composición y diagramación:
José Luis Vizcarra Ojeda

Diseño de carátula:
Omar Suri
www.cromosapiens.com

Corrección ortográfica:
Adrus D&L Editores S.A.C.

La AMAG no se solidariza con el contenido de los ensayos jurídicos.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transferirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú 2014 Printed in Perú

COMISIÓN ORGANIZADORA DEL V CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
30, 31 DE OCTUBRE Y 01 DE NOVIEMBRE - 2014

PRESIDENTES HONORARIOS
Domingo García Belaúnde
Ernesto Blume Fortini

PRESIDENTE EJECUTIVO
Jorge Luis Cáceres Arce

VICEPRESIDENTE EJECUTIVO
Luis Saénz Dávalos

SECRETARIO TÉCNICO
Neil Huamán Paredes

SECRETARIO ACADÉMICO
Marco Bustinza Siu

SECRETARIO ADMINISTRATIVO
César Belan Alvarado

COORDINACIÓN EDICIÓN LIBRO DE PONENCIAS
Óscar Quintanilla Ponce de León
Jhony Tupayachi Sotomayor

CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA
DE LA MAGISTRATURA 2013–2014

PRESIDENTE: Mg. Duberlí Rodríguez Tineo
Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia

VICEPRESIDENTE: Ing. Luis Maezono Yamashita
Vicepresidente del Consejo Nacional de la Magistratura

INTEGRANTES: Dr. Jacinto Julio Rodríguez Mendoza
Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia

Dr. Ramiro De Valdivia Cano
Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia

Dr. Pablo Sánchez Velarde
Fiscal Supremo Titular

Dra. Zoraida Ávalos Rivera
Fiscal Suprema Titular

Dr. Jorge Luis Cáceres Arce
Representante de la Junta Nacional de Decanos de Colegios de Abogados

Óscar Quintanilla Ponce de León
Director General

INTEGRANTES

Víctor García Toma

Susana Castañeda Otsu

Ramiro Bustamante Zegarra

Eduardo Meza Flores

Abel Cornejo Coa

Jorge Manrique Zegarra

Luis Valdivia Salazar

Max Murillo Celdán

Eduardo Rivera García

CONTENIDO

Presentación 15

Prólogo 19

Introducción 21

Entre la Constitución y la Ley. Una delgada línea divisoria que rara vez se aprecia 25

Domingo García Belaúnde

La Sentencia Interlocutoria Denegatoria 31

Ernesto Blume Fortini

Derecho Procesal Constitucional y Principios Procesales 41

Óscar Urviola Hani

Garantía de Eficacia de las Sentencias Constitucionales 51

Víctor García Toma

Nuevas fronteras del Control de Convencionalidad: El reciclaje del Derecho Nacional y el Control Legisferante de Convencionalidad 61

Néstor Pedro Sagüés

Familia y Comunidad Política en el Perú: Necesidad de Control de la Convencionalidad 73

Ramiro De Valdivia Cano

Acceso a los Jueces y Juezas Constitucionales y Ejercicio de sus Competencias en los procesos constitucionales de la libertad dentro de las pautas previstas por el Código Procesal Constitucional. Reflexiones al amparo de lo resuelto en la sentencia emitida en el caso "Francisca Vásquez Romero" 89

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

Constitucionalización del Derecho Civil a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano 113
Manuel Jesús Miranda Canales

La inconvencionalidad por omisión: una aproximación conceptual 129
Gerardo Eto Cruz

El Proceso de Amparo contra Normas Autoaplicativas. Temas en debate 153
Samuel B. Abad Yupanqui

Interpretación vinculante del Tribunal Constitucional y sus efectos en la Jurisprudencia del Poder Judicial 171
Aníbal Quiroga León

El Control Constitucional en el Sistema Jurídico Peruano..... 235
Jorge Luis Cáceres Arce

Reflexiones a Propósito de la denominada "Autonomía Procesal" del Tribunal Constitucional..... 273
Nelson Ramírez Jiménez

La Corte Interamericana y el Control de Convencionalidad..... 289
Susana Inés Castañeda Otsu

Sir Edward Coke (1552-1634) y los orígenes de la ***Judicial Review*** en Inglaterra (un esbozo)..... 305
José F. Palomino Manchego

El Camino del Precedente Constitucional Vinculante (Reflexiones a diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional)..... 317
Luis R. Sáenz Dávalos

Los Vicios de la Ley 343
Edgar Carpio Marcos

Breves reflexiones sobre el Proceso Constitucional de Acción Popular 367
Miguel Pedro Vilcapoma Ignacio

Actuación inmediata de sentencia: Un replanteamiento de su valor material 381
Edwin Figueroa Gutarra

La Supremacía Constitucional en la Filiación..... 397
Ramiro Antonio Bustamante Zegarra

Constitución y Cultura (legitimidad e interpretación)..... 405
Boris Espezúa Salmón

La Interpretación Constitucional y el Reconocimiento de las Restricciones de Derechos Fundamentales "a propósito de la renuncia del mandato parlamentario"..... 415
Jhonny Tupayachi Sotomayor

Efectos de la Variación Jurisprudencial Vinculante en Materia de Bonificaciones Estatales 441
Eduardo J. Meza Flores

Las relaciones internas de las iglesias: ¿regidas o exceptuadas a los efectos de los derechos fundamentales?..... 455
José Víctor García Yzaguirre

Unión Civil no Matrimonial: ¿Utopía o Realidad? A propósito del Proyecto Bruce 483
Luis Valdivia Salazar

PRESENTACIÓN

La idea de realizar grandes eventos en materia constitucional que reúnan a los más destacados especialistas en el área no es nueva, ni tampoco la vinculación que con la misma, ha mantenido nuestra Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Ya desde el año 1987 los profesores que nos dedicábamos a la enseñanza de esta noble disciplina nos reunimos en lo que fue el Primer Congreso Nacional de Derecho Constitucional, idea que se repetiría de manera periódica y en diversas partes del país, cada cierto número de años. Con la creación de nuestra Asociación hacía el año 1996, estos eventos pasarían a ser una de sus principales responsabilidades. Y así ha ocurrido, pues a la fecha, ya van realizados diez Congresos Nacionales de Derecho Constitucional, el último de los cuales se llevó a cabo en la histórica y siempre simbólica ciudad de Arequipa.

Siendo importantes estos Congresos, los mismos siempre versaron sobre temas de Derecho Constitucional, examinados tanto desde la perspectiva sustantiva, como también desde la procesal. El reconocimiento de una justicia constitucional y de una casuística alrededor de la misma, así lo justificaba.

Con la experiencia ganada a la luz de lo que en su día nos dejó la Ley N° 23506 (nuestra antigua ley de hábeas corpus y amparo), pero por sobre todo, con el desarrollo que ha operado la jurisprudencia desde la puesta en vigencia del Código Procesal Constitucional en el año 2004, nuestra Asociación Peruana de Derecho Constitucional consideró pertinente separar los temas sustantivos de los propiamente procesales y fue en ese escenario que se decidió realizar los llamados Congresos Nacionales de

Derecho Procesal Constitucional, el primero de los cuales tuvo lugar en la ciudad de Huancayo precisamente hacia fines del año 2004.

Desde entonces hasta la fecha, han pasado diez años, los suficientes como para efectuar un balance de lo que dicho instrumento normativo nos ha dado y también por cierto, de lo que aún se espera del mismo. Ha sido esa la razón por la que diversas Instituciones hemos convenido en la necesidad de realizar una quinta versión del Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional, en la que se ha convocado a un selecto grupo de ponentes a fin de analizar diversos tópicos concernientes con dicho cuerpo adjetivo constitucional y con el desarrollo jurisprudencial que se le ha dispensado.

Fruto del esfuerzo que implica esta convocatoria académica, es que aparece el presente volumen que recoge las ponencias que nos han hecho llegar sus autores. En el contenido de las mismas y como es de rigor en cualquier encuentro de académicos, no se asumen posiciones únicas o excluyentes. Se trata más bien (y así debe ser) de aportes realizados con enfoque crítico, en los que de manera alturada, se sustentan posiciones sobre los diversos problemas que ha venido generando la aplicación del Código Procesal Constitucional y sobre las respuestas jurisprudenciales a los mismos. Esto último vale la pena puntualizarlo, pues no hay mejor contribución intelectual que la que proporciona el debate abierto.

En este contexto el presente libro nos ofrece interesantísimos trabajos que bien podrían ser agrupados por áreas temáticas.

En materia de control de convencionalidad, destacan los aportes del distinguido jurista argentino Néstor Pedro Sagüés (Nuevas fronteras del Control de Convencionalidad: El reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad), de nuestro colega exmagistrado del Tribunal Constitucional, Gerardo Eto Cruz (La inconvencionalidad por omisión: Una aproximación conceptual) y del distinguido Juez Supremo Ramiro De Valdivia Cano (Familia y Comunidad Política en el Perú: Necesidad de Control de la Convencionalidad).

En cuanto a los parámetros del control constitucional respecto de las normas jurídicas destacan los trabajos del maestro Domingo García Belaúnde (Entre la Constitución y la Ley: Una delgada línea divisoria que rara vez se aprecia), del profesor arequipeño Jorge Luis Cáceres Arce (El Control Constitucional en el sistema jurídico peruano), de nuestro colega Edgar Carpio Marcos (Los vícios de la Ley), y del también jurista

arequipeño Ramiro Antonio Bustamante Zegarra (La supremacía constitucional en la filiación).

Desde una perspectiva mucho más general aparecen las ponencias del actual Presidente del Tribunal Constitucional, nuestro colega Óscar Urviola Hani (Derecho Procesal Constitucional y Principios Procesales) y del distinguido procesalista Nelson Ramírez Jiménez ("Autonomía Procesal" del Tribunal Constitucional).

Sobre las relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el marco del modelo de jurisprudencia vinculante destacan los trabajos del profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú Aníbal Quiroga León (Interpretación vinculante del Tribunal Constitucional y sus efectos en la jurisprudencia del Poder Judicial) y de nuestro colaborador y profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Luis Sáenz Dávalos (El camino del Precedente Constitucional Vinculante. Reflexiones a diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional).

El tema de la interpretación de la Constitución y de su importancia en la labor de tutela de derechos tampoco se encuentra ausente. Allí aparecen los aportes de nuestro colega Jhonny Tupayachi Sotomayor (La Interpretación Constitucional y el reconocimiento de las restricciones de Derechos Fundamentales. A propósito de la renuncia del mandato parlamentario), del profesor Boris Espezúa Salmón (Constitución y Cultura. Legitimidad e Interpretación), del actual Magistrado Constitucional Manuel Miranda Canales (Constitucionalización del Derecho Civil a través de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano) y del joven jurista José Víctor García Yzaguirre (Las relaciones internas de las Iglesia: ¿Rígidas o exceptuadas a los efectos de los Derechos Fundamentales?).

Sobre los procesos constitucionales específicos y la utilidad de ciertos institutos procesales en el marco de los mismos destacan los trabajos del profesor de la Universidad Particular los Andes y colega nuestro Miguel Pedro Vilcapoma Ignacio (Breves reflexiones sobre el Proceso Constitucional de Acción Popular), del distinguido jurista y amigo Samuel Abad Yupanqui (El proceso de Amparo contra Normas Autoaplicativas. Temas en debate), el del reconocido Magistrado Edwin Figueroa Gutarra (Actuación Inmediata de Sentencia: Un replanteamiento de su valor material) y el del expresidente del Tribunal Constitucional y distinguido colega Víctor García Toma (Garantía de eficacia de las Sentencias Constitucionales).

Finalmente y en relación con la reciente creación de la llamada sentencia interlocutoria denegatoria destacan los trabajos del Magistrado Constitucional y colega nuestro Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Acceso a los Jueces y Juezas Constitucionales y ejercicio de sus competencias en los Procesos Constitucionales de la Libertad dentro de las pautas previstas por el Código Procesal Constitucional. Reflexiones al amparo de lo resuelto en la sentencia emitida en el caso "Francisca Vásquez Romero") y el que nosotros hemos presentado (La Sentencia Interlocutoria Denegatoria).

En suma, se trata de un conjunto de valiosas reflexiones que, sin duda, enriquecerán los debates a suscitarse en el marco de este V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional y cuya publicación definitivamente hay que felicitar.

Lima, octubre de 2014

Ernesto Blume Fortini

Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional
y Magistrado del Tribunal Constitucional

PRÓLOGO

Los aspectos relacionados con la defensa de la Constitución ocupan al pensamiento jurídico desde hace décadas. Es por ello que el presente libro es una magnífica muestra –además de la vitalidad de la teoría jurídica y constitucional– de cómo el más trascendente debate sobre el derecho y sus circunstancias actuales atraviesan hoy las fronteras, y de la presencia de profesores y estudiosos que manejan las más depuradas e innovadoras herramientas del análisis jurídico actual.

Esta compilación de diversas ponencias que se han dado en torno a los temas de Teoría General del Derecho Constitucional y presentadas en el V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional (Arequipa, 2014), representan un gran aporte al desarrollo de nuestra doctrina nacional, la misma que responde a las modernas posturas que se vienen planteando a nivel internacional. De manera que, tenemos la convicción de que brindará al lector una óptica general de los temas más relevantes de nuestro acontecer constitucional.

Con la publicación de este libro se pretende contribuir al cumplimiento de la imperiosa necesidad de profundizar la educación democrática y constitucional en todos los niveles de la sociedad, a partir de la enseñanza de la Constitución, que es nuestra nación hecha norma. Solo así podremos dejar atrás las falencias históricas, las cuales día a día buscamos enmendar, y elevar nuestra cultura política y constitucional. A los autores, los ha unido además, un profundo compromiso con los valores y principios democráticos inspirados por nuestra Carta Magna, lo cual es digno de reconocimiento a cada uno de ellos, por su vocación por la docencia e investigación, e intachable trayectoria profesional.

La Academia de la Magistratura, en su finalidad de desarrollar un sistema integral y continuo de capacitación, actualización y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público en todas sus instancias, ha decidido participar de la publicación de este libro de ponencias, propiciando así una formación ética y jurídica superior, generando una conciencia creadora y la permanente reflexión sobre el rol que compete asumir a los magistrados en el servicio de la administración de justicia, en el proceso de desarrollo del país, dado que es deber de todos los magistrados, el de interpretar constitucionalmente todas sus actuaciones aunado ello a la motivación de sus decisiones en la vigencia de un Estado Constitucional. Nuestro ordenamiento jurídico nos refiere a una práctica relativamente reciente, que contrasta con la de los sistemas jurídicos constitucionales, en donde las decisiones de los operadores jurídicos han sido siempre motivadas; la explicación es que sin una adecuada explicitación y fundamentos de sus actuaciones, el Estado en sus distintas expresiones no podría alcanzar sus finalidades. Asimismo, los demás operadores jurídicos se encuentran en la necesidad de motivar con bases constitucionales sus diversas actuaciones ante los órganos jurisdiccionales, elevando así el nivel de cultura constitucional esperado en nuestro país.

Por ser una compilación de ponencias, se podrán encontrar analizados con profundidad los problemas de los que se ocupa, y sobre todo, las soluciones que se propone a los mismos. Ello unido al renombre de los ponentes: Domingo García Belaúnde, Ernesto Blume Fortini, Óscar Urviola Hani, Víctor García Toma, Néstor Pedro Sagüés, Ramiro De Valdivia Cano, Eloy Espinoza-Saldaña Barrera, Manuel Jesús Miranda Canales, Gerardo Eto Cruz, Samuel B. Abad Yupanqui, Aníbal Quiroga León, Jorge Luis Cáceres Arce, Nelson Ramírez Jiménez, Susana Inés Castañeda Otsu, José Palomino Manchego, Luis Sáenz Dávalos, Edgar Carpio Marcos, Miguel Pedro Vilcapoma Ignacio, Edwin Figueroa Gutarra, Ramiro Antonio Bustamante Zegarra, Boris Espezúa Salmón, Jhonny Tupayachi Sotomayor, Eduardo J. Meza Flores, José Víctor García Yzaguirre y Luis Valdivia Salazar; cuyas disertaciones han sido seleccionadas para el presente texto.

Duberlí A. Rodríguez Tineo
Juez Supremo Titular
Presidente del Consejo Directivo de la
Academia de la Magistratura

INTRODUCCIÓN

Un texto universitario es expresión del esfuerzo intelectual, es el reflejo de la inquietud humana, es la esencia de la vida universitaria: es el aporte natural de la innovación que permite ampliar los horizontes del conocimiento.

Alcanzamos a la comunidad académica jurídica, el "Libro de Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional", que se llevará a cabo del 30 de octubre al 01 de noviembre en la ciudad de Arequipa.

El evento cultural es organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, y cuenta con el auspicio del Tribunal Constitucional, de la Academia de la Magistratura, de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, de las Universidades locales, como de empresas arequipeñas prestigiosas.

En la presente edición, contamos con el aporte jurídico de autores del Código Procesal Constitucional, del calibre intelectual del maestro Domingo García Belaúnde y del prestigioso docente universitario Samuel Abad Yupanqui; de los señores Magistrados del Órgano de Control de la Constitucionalidad: Dr. Óscar Urviola Hani, actual Presidente; Dr. Manuel Miranda Canales, Vicepresidente; del letrado Ernesto Blume Fortini, Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional; y del profesor Eloy Espinosa Saldaña–Barrera. Todos ellos reconocidos especialistas en la defensa del Estado Constitucional.

En este texto destacamos el análisis doctrinal de los profesores universitarios y exmagistrados del Tribunal Constitucional: doctores Víctor García Toma (Expresidente) y Gerardo Eto Cruz (Exdirector del Centro de

Estudios Constitucionales). De otro lado, el actual Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia y a su vez Consejero de la Academia de la Magistratura, Dr. Ramiro De Valdivia Cano, se ocupa de la institución de la Familia y de la comunidad política en el Perú, en relación a la necesidad del control de la convencionalidad.

Este Libro de Ponencias, además, constituye un aporte valedero de los calificados profesores universitarios Anibal Quiroga León, José Palomino Manchego, Miguel Vilcapoma Ignacio, Nelson Ramírez Jiménez, Boris Espezúa Salmón y Luis Valdivia Salazar, quienes se ocupan de evaluar al código adjetivo a los diez años de su vigencia (2004–2014).

El jurista argentino Néstor Pedro Sagués, nos alcanza el estudio relacionado a las nuevas fronteras del control de convencionalidad. Por su parte, los reconocidos Asesores Jurisdiccionales del Tribunal Constitucional y experimentados docentes universitarios: Luis Sáenz Dávalos y Edgar Carpio Marcos elaboran los estudios vinculados al precedente constitucional vinculante y a los vicios de la Ley, respectivamente.

Los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público: Edwin Figueroa Gutarra, Ramiro Bustamante Zegarra, Susana Castañeda Otsu y Eduardo Meza Flores, reflexionan sobre la actuación inmediata de la sentencia, la supremacía de la Constitución y los efectos de la variación jurisprudencial vinculante en materia de bonificaciones estatales, respectivamente.

Los jóvenes académicos Jhonny Tupayachi Sotomayor y José Víctor García Yzaguirre, nos presentan los estudios referidos a la Interpretación Constitucional y el reconocimiento de las restricciones de Derechos Fundamentales, como también a las relaciones internas de las Iglesias vinculadas a los mismos. Finalmente, el suscrito se ocupa del control de constitucionalidad y el reconocimiento en el sistema jurídico peruano.

No podemos dejar de agradecer a la Academia de la Magistratura, representada por su Presidente, Juez Supremo Titular Duberlí Rodríguez Tineo, por el respaldo de orden institucional que nos permite la edición del Libro de Ponencias; y a la prestigiosa Universidad Católica de Santa María (UCSM), por el sincero aliento de sus autoridades lideradas por el Señor doctor Abel Tapia Fernández, Rector de esta casa de estudios.

Amigos, colegas, calificados hombres de Ley, les agradecemos por su valiosa contribución académica que permite la edición de este volumen en homenaje a los diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional; a

la comisión organizadora del evento integrada por docentes y alumnos del Programa Profesional de Derecho de la UCSM: mil gracias por su esfuerzo fraterno.

Bienvenidos a Arequipa, a esta tierra, donde se establecieron las bases sólidas de la República; a esta cuna de juristas, tribunos y clérigos; a la Ciudad Caudillo, sede histórica e institucional del Tribunal Constitucional; y como lo proclamó el poeta de todos los tiempos, César Atahualpa Rodríguez: "Yo no he nacido Peruano, he nacido Arequipeño".

Sinceramente,

Arequipa, primavera del 2014

Jorge Luis Cáceres Arce
Decano de la Facultad de
Ciencias Jurídicas y Políticas
UCSM

ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY. UNA DELGADA LÍNEA DIVISORIA QUE RARA VEZ SE APRECIA

*Domingo García Belaúnde**

Hace algunos años, el eminente maestro José León Barandiarán presentó en un Congreso de Abogados en el Callao (1969) un proyecto de creación de un Tribunal de Control de la Constitucionalidad y de la Legalidad. Según esta propuesta, debería existir a este alto nivel también un control de la legalidad. No tenemos mayores referencias sobre las fuentes que utilizó León Barandiarán, pero lo cierto es que la doctrina, la dogmática y los experimentos tribunalicios han ido en otro sentido. O sea, concebir un Tribunal Constitucional tan solo como defensor de la Constitución –custodio o guardián, como reza el título que dio Schmitt a su famoso libro de los años treinta del siglo pasado, tan descuidadamente traducido– y en tal caso, lo que hace un Tribunal Constitucional es defender la Constitución y más en concreto, la constitucionalidad del mundo infraconstitucional.

Es decir, en la mayoría de los casos, órganos concentrados, y el nuestro por cierto, tiene esa misión excelsa. Pero lamentablemente, esto no ha

* Doctor en Derecho. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente honorario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

sido bien comprendido, por lo que vemos en diversa jurisprudencia, que es de fácil acceso, así como textos doctrinarios no siempre bien inspirados.

Es cierto que contra esto se puede levantar la objeción de que todo el ordenamiento jurídico está constitucionalizado, y se ha convertido en referente en todas las áreas del saber, como señaló en la década de los sesenta el constitucionalista francés Louis Favoreu. Y mucho antes, Pellegrino Rossi, el jurista italiano que enseñó durante años en la Universidad de París a mediados del ochocientos, lo expresó gráficamente al indicar que la Constitución contiene los títulos o el nombre de los capítulos de todo el ordenamiento jurídico. Esto era un atisbo precursor en el siglo XIX,donde las constituciones existentes eran parcas, pero se ha vuelto realidad a mediados del siglo XX, en donde el 80% de constituciones vigentes son extensas y en todo caso, detalladas en temas que hace unos cien años, no hubieran llamado la atención. Y tendríamos así una dificultad en hacer tal distinción.

Pero es preciso distinguir entre lo que es la Ley y lo que es la Constitución. El punto de partida del jurista contemporáneo debe ser la Constitución y no la ley, como todavía hacen algunos. Es decir, para muchos la ley sigue siendo objeto de respetuoso análisis y de veneración. Pero con tal visión, es obvio que podemos desviarnos de nuestro objetivo y llegar a conclusiones absurdas, como lo vemos con relativa frecuencia. Dicho en otras palabras: para resolver un caso hay que ver cuáles son sus elementos fácticos y realizar una operación de ida y vuelta. Ver en que ley se apoyan, analizar su sustento constitucional y aplicar estos criterios para interpretar la ley. Esto es totalmente distinto a interpretar la Constitución *desde* la ley, como todavía se estila en gran parte del mundo forense.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que las leyes pueden tener como referencia a la Constitución de manera **directa** o de manera **indirecta**. Si es de manera directa, es obvio que la violación puede ser más clara y sobre todo más apreciada y quizá evidente. Pero si lo es de manera indirecta, el asunto se puede complicar. Veamos un ejemplo: el impuesto a las ventas (IGV o IVA en otros países) puede variar de 10% a 15%, a 20% y quizá más… ¿Es inconstitucional la existencia de una tasa alta? No necesariamente. Hay normas que no son del todo razonables y quizá absurdas, y sin embargo son constitucionales. Aun más, en este punto, como en otros, existen las políticas públicas, que se ven, por ejemplo, en otros ámbitos del Derecho, como el penal, en donde las penas varían de acuerdo a los tiempos y a las corrientes doctrinarias. Igual puede decirse de las multas

de orden administrativo que a veces son excesivas. Lo que sucede en estos casos, es que los excesos tienen a veces efectos contraproducentes (multas excesivas, por ejemplo, incentivan la corrupción e impuestos muy altos, fomentan la evasión tributaria). Pero en materia de impuestos, existe siempre el factor de "confiscatoriedad", que es el límite razonable que se pone al legislador. Este criterio se aprecia de diversas maneras: si es un impuesto a las ventas o a la transferencia de inmuebles, a la herencia o a la ganancia de capital. Hay que distinguir, por cierto, entre un impuesto alto y un impuesto confiscatorio. Y esto no es fácil, si bien solo en fecha reciente ha sido abordado correctamente en materia de expropiaciones y esperamos que así permanezca en el futuro. (STC 00319-2013 PA/TC).

De ahí la necesidad de distinguir el aspecto legal del aspecto constitucional, que es factible con un mínimo de esfuerzo. Veamos dos situaciones, que además han sido resueltas por nuestro Tribunal Constitucional de manera sorprendente, si bien aquí nos limitamos a señalarlos escuetamente. Ambas transitaron por la vía del amparo.

El primero es el caso de una conocida universidad, que interpuso un amparo frente a eventuales amenazas que venían de un tercero, que ponían en riesgo diversos derechos, en especial el de propiedad (STC 03347-2009-PA/TC). Estos bienes venían de una herencia, la cual es consideraba, como se sabe, un derecho fundamental. En efecto, nuestra Constitución así como los instrumentos internacionales, consagran el derecho a la propiedad y a la herencia. Pero en el caso de la herencia, esta se regula por el Código Civil, que precisa lo relativo a los testamentos, a los legados, al albacea, al tercio de libre disposición y las mandas testamentarias, entre otros. Se trataba pues de dos aspectos claramente definidos: por un lado un derecho constitucional a la herencia, y por otro derechos legales, como son los que contempla el derecho sucesorio, incluso la preterición que pudiera existir contra algún heredero o las cargas que soporta una herencia.

En esta oportunidad, el Amparo no era pues procedente, pero la mayoría del Tribunal Constitucional lo declaró infundado y para hacerlo, se basó en los testamentos existentes y en un largo *excursus* sobre derecho sucesorio que era totalmente irrelevante. Es decir, fueron orientados y guiados por el Código Civil y no por la Constitución.

En un caso distinto, se trataba de un problema societario (STC 00228-2009-PA/TC). Se llevó a cabo una junta general de accionistas, en la que al parecer hubo alguna irregularidad y uno de los socios no pudo aportar

una cantidad adecuada en el aumento de capital social requerido, con lo cual luego del acuerdo, resultó que su porcentaje en el capital social se redujo a casi cero. El interesado consideró esto como un atentado contra su derecho a la propiedad, su derecho a contratar y a la igualdad ante la ley. El Tribunal Constitucional hizo un largo como meditado estudio de la situación creada y se respaldó en abundante doctrina y práctica mercantil y de la respectiva legislación de sociedades. Todo muy interesante, por cierto. Pero es sabido que si bien lo que aparentemente sucedió en esa junta de accionistas pudo tener quizá un remoto sustento en un principio constitucional, en el ejercicio afectaba prácticas y legislación mercantil, y nunca debió llegar al Tribunal Constitucional y menos aún que este resolviese en tal sentido y la manera como lo hizo. Las vías ordinarias eran las adecuadas para hacerlo.

Un caso similar por lo insólito lo tenemos en la STC 04378-2012-PA/TC, en donde se daba un agudo problema societario y en donde el Tribunal Constitucional llegó al extremo de ordenar que se reponga en su cargo a un gerente general cesado, pese a tratarse de un funcionario de confianza que involucraba un problema laboral.

Es cierto que contra de todo esto se puede señalar que existe jurisprudencia muy clara y reiterada en el sentido de que las causas que resuelve el máximo colegiado son solo cuando tenemos una clara, directa y manifiesta violación de un derecho constitucional y no otra cosa (STC 04028-2012-PA/TC). Pero esto se queda en el marco de las buenas intenciones, pues no siempre se cumplen, pese a que desde hace años estos criterios constituyen precedente vinculante (STC 02877-2005-AA). Pero sobre esto volveremos más adelante.

Lo importante es que lo estrictamente constitucional, de afectación directa y sobre todo cuando no hay otra vía, da pie a que se abre el proceso constitucional, teniendo en cuenta que el Código Procesal Constitucional, a diferencia de su predecesora la ley 23506, optó por el carácter residual del amparo. Este aspecto, sin embargo, merece un estudio aparte.

La consecuencia de no distinguir entre la Ley y la Constitución, es que a la larga la vía procesal constitucional se ensancha innecesariamente y se vuelve un sustitutorio de las vías ordinarias. Como principio general, lo legal va a las vías judiciales ordinarias, mientras que lo constitucional, con determinadas características, va a la vía constitucional.

Naturalmente existen casos límites que siempre son atendibles, pero en vía de excepción. Esto se ve claramente en asuntos previsionales, en donde la conocida política de "perro muerto" que practica el Estado peruano se ve a menudo. Y aun así, hay que actuar restrictivamente.

Dentro de este universo de pretensiones, las que más necesitan atención son, sin lugar a dudas, las de Amparo, pues son generalmente muy genéricas y cubren muchos derechos. Distinto es el caso del hábeas corpus, pues el valor que protege es más importante y en veces se juega la libertad y la dignidad de la persona humana. Por ello, Carnelutti, con algo de ironía, escribió alguna vez que el Derecho Civil es la ciencia del haber y el Derecho Penal es la ciencia del ser.

******

Un problema procesal que se presenta con antelación a la llegada de un expediente al más alto Tribunal, es lo que pasa en las instancias judiciales previas. *Grosso modo*, diremos que apreciamos lo siguiente:

a) Jueces que apuestan por la improcedencia… es más fácil y no hay mucho que argumentar. Esta decisión normalmente se apela y llega a los jueces superiores, quienes generalmente ratifican lo decidido.

b) Los jueces están desbordados de trabajo y generalmente no leen… les hacen las sentencias y ni siquiera revisan el expediente. Con esta actitud, se puede llegar a lamentables errores.

c) Jueces que no tienen idea de lo que es la materia constitucional. En este supuesto, tramitan todo y todo lo aprueban, bajo la falsa idea de un supuesto garantismo. O quizá todo lo niegan, pues no entienden de qué se trata.

Por cierto que hay excepciones y algunas notables, pero son pocas y además no modifican las líneas tendenciales existentes. Aquí tenemos en realidad dos problemas, que en cierto sentido pueden separarse. Por un lado, el Estado no tiene ningún aprecio por el sistema de justicia y le exige mucho dándole muy poco o nada. Por otro, el juez por lo general hace muy poco esfuerzo o quizá ninguno, para aliviar este enorme problema que le plantea la jurisdicción constitucional.

****

Otro cuestionamiento serio que mereció nuestra atención hace algunos años, es lo que la doctrina conoce como "guerra de las cortes". Y que

motivó muchas polémicas por las invasiones -en muchos casos palpables- que hacía el Tribunal Constitucional afectando a otros poderes del Estado, en especial el Poder Judicial. Y si bien el problema ha amainado notablemente, tiende a aparecer en forma recurrente, como se ve en el reciente caso STC 03116-2012-PHC/TC, que mereció un rechazo contundente de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, como puede verse en los medios de la época (en el diario "El Comercio", aviso de página entera de 6 de octubre de 2013).

Y si bien las aristas del problema se han matizado notablemente, por una especie de prudencia institucional, dista mucho de haber sido resuelto, y amerita un esfuerzo doctrinario y académico para señalar territorios en forma pacífica. Es decir, cuándo y en qué circunstancias el Tribunal Constitucional puede ejercer la delicada atribución de revisar resoluciones judiciales firmes. Y en qué circunstancias no debe hacerlo.

******

Una fórmula en la cual se ha pensado para aligerar la carga procesal constitucional, es denegar de plano y en el Tribunal Constitucional, los recursos de agravio constitucional (RAC) que no resistan un buen análisis, es decir, que carezcan de una adecuada fundamentación, que no tengan especial relevancia constitucional o contradigan precedentes vinculantes o resoluciones en casos análogos. Es decir, un *certiorari* criollo y *sui generis* que impedirá, por un lado, el exceso y también el abuso en el empleo de los procesos constitucionales. Y a su vez no abordar problemas que son más bien de orden legal y son carga procesal que corresponde a la jurisdicción ordinaria. Así lo establece la reciente STC 00987-2014-PA/TC de 6 de agosto en curso, mediante la así denominada "sentencia interlocutoria denegatoria" y que se hará "sin más trámite" (sic). Si bien esto último en sustancia reitera lo expuesto anteriormente, tiene la novedad de que será expedida sin escuchar al quejoso, lo cual puede lindar con la inconstitucionalidad y crear indefensión. Con todo, siendo tan reciente este nuevo precedente, nos falta perspectiva para ver si realmente funciona. Y sobre todo, la manera cómo funciona.

Lima, agosto de 2014

LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA DENEGATORIA

*Ernesto Blume Fortini**

INTRODUCCIÓN

Cualquier intento de descarga procesal que pretenda realizar nuestro Tribunal Constitucional respecto del gran volumen de los denominados procesos de la libertad que llegan a su conocimiento (especialmente, amparos y hábeas corpus) debe partir de tres premisas básicas, bajo riesgo de incumplir con uno de sus principales roles, como lo es el de ser garante de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales: descargar sin desamparar, descargar sin desguarnecer y descargar sin abdicar.

Decimos esto, porque aunque parezca una obviedad, en muchos casos el ánimo de descargar puede llevar a precipitaciones, improvisaciones y,

* Magistrado del Tribunal Constitucional. Magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, y de Seminario de Integración en Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Integró la Comisión de Reforma Constitucional nombrada por el extinto Expresidente Constitucional de la República, don Valentín Paniagua Corazao, y la Comisión de Estudio de la Reforma del Código Procesal Constitucional.

en definitiva, graves injusticias; sobre todo si se parte de concepciones prejuiciosas y generalizaciones perniciosas e injustas, así como de comparaciones con otras muy diferentes y distantes realidades, relativas a la actitud de litigantes y abogados, imputándoles con ligereza una conducta dilatoria e impropia, que, en algunos casos se da, pero que no es general y, menos, maliciosa o dolosa.

Este ánimo se presenta con frecuencia cuando el problema se analiza desde una óptica meramente académica e intelectual; óptica que puede encerrar, y esto es muy peligroso, una falta de conciencia del rol que compete a un tribunal de su índole y una conceptuación peyorativa de la pretensión del accionante y, por ende, del derecho fundamental en sí, cuya amenaza o violación se alega y ha provocado la interposición de la demanda. Vale decir, desde la fría comodidad de un escritorio o desde la indiferente y distante perspectiva exclusivamente doctrinaria; y no, desde la realidad vivida.

Cuesta mucho, y lo conocen ciertamente quienes han tenido experiencia en la defensa y el patrocinio, llegar al Tribunal Constitucional. Es realmente un vía crucis. Hay que recorrer un largo y tedioso camino, lleno de obstáculos y sinsabores, atravesando las esferas de un sistema, como lo es el judicial, caracterizado por la lentitud, el formalismo desmedido, la indiferencia frente al litigante, el simplismo, la cosificación y la ineptitud de muchos de los que intervienen en la administración de justicia, salvo honrosas excepciones; que, como patético corolario adopta con frecuencia decisiones injustas y equívocas. Solo quien tiene la desgracia de verse obligado a recurrir al sistema y su abogado, puede entender a cabalidad esta cruda realidad, porque solo viviéndola se tiene una idea exacta de ella.

LA LÍNEA HABILITADORA DE ACCESO DEL JUSTICIABLE AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por ello, certeramente, el legislador constituyente de la Carta de 1993 consagró en el inciso 2) de su artículo 202º, al regular las atribuciones del Tribunal Constitucional, que este conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias dictadas por el Poder Judicial en los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento; habilitando de tal forma al justiciable demandante a acceder al máximo órgano de la justicia constitucional, sin más condición que este se halle ante una resolución

denegatoria. Así, consagró su derecho constitucional de acceso al Tribunal Constitucional.

En idéntica dirección y complementando el propósito habilitador de acceso al Tribunal Constitucional, el Código Procesal Constitucional en su artículo 18° introdujo el recurso de agravio constitucional a favor del demandante, como el instrumento procedimental idóneo de implementación del acotado derecho constitucional, para impugnar la resolución denegatoria a su pretensión dictada en segundo grado por el Poder Judicial, sea que se haya declarado improcedente o que se haya declarado infundada la demanda, sin más requisito para su concesión y procedencia que se trate de una resolución denegatoria y que se interponga dentro del plazo de diez días de notificada aquella.

Ratificando tal línea habilitadora del acceso al Tribunal Constitucional, el mismo código adjetivo constitucional recogió en su artículo 19° el recurso de queja por denegatoria de recurso de agravio constitucional, que permite al demandante cuestionar ante el propio Tribunal Constitucional aquella resolución de segundo grado dictada por el Poder Judicial que haya denegado o rechazado (por improcedencia, inadmisibilidad u otra razón) el medio impugnatorio en mención, a los efectos que el Tribunal Constitucional haga una revisión de la denegatoria cuestionada, en la línea de brindar una mayor garantía al justiciable, y rectificar la decisión a favor del demandante, si se detecta que la denegatoria careció de fundamento.

Por tanto, dentro de la lógica de la justicia finalista, amparista y antiformalista que informa el acceso al Tribunal Constitucional, así como las instituciones procesales reguladas por el Código Procesal Constitucional, no cabe establecer requisitos de procedencia adicionales a los dos señalados y, menos aún, sostener que al Tribunal Constitucional le compete determinar la procedencia del recurso de agravio constitucional, salvo el caso de su intervención residual vía queja por denegatoria del mismo para procurar su concesión.

Es decir, la determinación de la concesión y, por tanto, de la procedencia del recurso de agravio constitucional es una competencia del Poder Judicial, ejercida a través de las Salas de sus Cortes Superiores encargadas de conocer en segundo grado los procesos que nos ocupan, cuando hayan dictado resoluciones denegatorias a la pretensión del demandante, sea por ser improcedente la demanda o por ser esta infundada, que permite

acceder al Tribunal Constitucional para que, como última y definitiva instancia, como instancia de grado, defina la controversia.

Ergo, una vez abierta la puerta de acceso al Tribunal Constitucional vía la concesión del recurso de agravio constitucional y teniendo en cuenta que ello significa acceder a una instancia de grado, que, además, es última y definitiva, no cabe que dicho colegiado se pronuncie por la procedencia o improcedencia del citado recurso, por cuanto este ya fue concedido en segunda instancia judicial, carece de competencia para entrar a dicha calificación y, si lo hiciera, estaría volviendo a calificar un recurso ya concedido, en perjuicio del justiciable, a contracorriente de la lógica finalista, amparista y antiformalista antes referida, y violando su derecho de acceso a la última y definitiva instancia de la justicia constitucional.

En armonía con lo dicho hasta aquí, cualquier intento de descarga que asuma el Tribunal Constitucional si observa que existen causas manifiestamente improcedentes o infundadas, que debieron merecer una descalificación desde un inicio, por no darse los supuestos elementales que habilitan la generación de un proceso constitucional, no pasa por descalificar el recurso de agravio constitucional ya concedido, sino por emitir un pronunciamiento desestimatorio, que indique con toda precisión la razón de fondo que lleva a tal decisión.

EL PRECEDENTE VINCULANTE QUE CREA LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA DENEGATORIA

Y, es precisamente en esa dirección, que nuestro Tribunal Constitucional acaba de dictar su STC N° 00987-2014-PA/TC (caso *Vásquez Romero*), consagrando la Sentencia Interlocutoria Denegatoria con una categorización propia y estableciendo como precedente vinculante la regla contenida en su fundamento 49, que a la letra señala:

"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 adición a ello, se ha modificado el artículo 11° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, mediante la Resolución Administrativa N° 141-2014-P/TC, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de setiembre de 2014, que ahora tiene la siguiente redacción:

"Resoluciones de las Salas y Sentencia Interlocutoria Denegatoria

Artículo 11.- El Tribunal conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, iniciadas ante los jueces respectivos, mediante dos Salas integradas por tres Magistrados. La sentencia requiere tres votos conformes.

En caso de no reunirse el número de votos requeridos, cuando ocurra alguna de las causas de vacancia que enumera el artículo 16º de la Ley Nº 28301, cuando alguno de sus miembros esté impedido o para dirimir la discordia, se llama a los Magistrados de la otra Sala, en orden de antigüedad, empezando del menos antiguo al más antiguo y, en último caso, al Presidente del Tribunal. En tales supuestos, el llamado puede usar la grabación de la audiencia realizada o citar a las partes para un nuevo informe.

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."

A nuestro juicio, se ha corregido así el error contenido en el texto anterior del artículo 11° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, aprobado por Resolución Administrativa Nº 031-2006-P-TC, publicada el 2 de marzo de 2006, en el cual se habilitaba indebidamente a una de sus salas a declarar, a través de un auto, la improcedencia de

los recursos de agravio constitucional, no obstante a que ello compete al Poder Judicial, de acuerdo a lo antes indicado, y que se trataba de recursos ya concedidos; introduciendo, aparte de los requisitos establecidos en el artículo 18° del Código Procesal Constitucional, los siguientes: si el recurso no se refería a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; si el objeto del recurso, o de la demanda, era manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o, si ya se había decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse.

Respecto a este novísimo precedente, es menester hacer algunas precisiones para evitar que sea desnaturalizado, mal utilizado o tergiversado:

SU FINALIDAD:

Como se expresa en el fundamento 48 de la STC N° 00987-2014-PA/TC, su finalidad es "optimizar adecuadamente el derecho a la tutela procesal efectiva.", entendiendo el vocablo optimizar en su más puro sentido o significado, como lo es "Buscar la mejor manera de realizar una realidad." (emla.rae.es/drae/?val=optimizar), y conceptuando la tutela procesal efectiva en su sentido amplio, en cuanto derecho de obtener respuesta pronta, justa y eficaz de los órganos encargados de la administración de la justicia constitucional, a la pretensión contenida en la demanda, consistente en la alegación de amenaza o violación de un derecho fundamental o de incumplimiento de un mandato legal o administrativo firme, según el caso, y, como no puede ser de otra manera, también en su sentido procesal, en los términos del tercer párrafo del artículo 4° del Código Procesal Constitucional, que a la letra preceptúa: "Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal."

El precedente persigue entonces descargar sin desamparar, desguarnecer ni abdicar, resolviendo en el menor tiempo posible y sin más

trámites aquellos casos que encuadran en los cuatro supuestos que prevé: carencia de fundamentación, ausencia de trascendencia constitucional, contradicción a un precedente vinculante y desestimación en casos sustancialmente iguales.

Nótese que la sentencia interlocutoria denegatoria, en el marco de la finalidad para la cual ha sido concebida por el Tribunal Constitucional, se convierte en un instrumento de descarga procesal aplicable exclusivamente a aquellos casos manifiestamente improcedentes o infundados, en los cuales dada su orfandad procesal o sustantiva, resulta inoficioso dar pie a mayores trámites, por lo que es conveniente resolverlos sin más trámite, en aras de centrar la atención y los esfuerzos del máximo colegiado constitucional en aquellos casos en los que efectivamente existen indicios y elementos que induzcan a un mayor análisis, en procura de lograr una mejor y más pronta guardianía de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y, en su caso, su rescate y garantía de respeto y ejercicio.

NATURALEZA DE LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA DENEGATORIA

No obstante que la figura de la sentencia interlocutoria denegatoria es vista comúnmente por la doctrina como una resolución que tiene la naturaleza de un auto, que no resuelve el fondo de la controversia sino un asunto meramente procedimental, no es de inusual registro que el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su labor creadora construya o enriquezca el contenido de algún instituto procesal ya creado, dándole una categorización y una caracterología propias, apartándose de su concepción original o enriqueciendo su contenido, tal como ha ocurrido en oportunidades anteriores, como es el caso de la creación de la "cosa juzgada constitucional"[2]; figura que trasciende la tradicional y decimonónica concepción de dicho instituto, incorporando como un elemento consustancial a su existencia y condicionando la misma al respeto a los derechos fundamentales de los justiciables y a la plena y total concordancia con los principios, los valores y las normas que conforman la Constitución en cuanto expresión normativa del poder constituyente.

Es por ello que, a nuestro juicio, a partir de la figura referida en el párrafo anterior, el Tribunal Constitucional ha creado una nueva y propia, que es la sentencia interlocutoria denegatoria, que a diferencia de aquella,

2 STC Nº 00006-2006-CC/TC, fundamentos 68 al 71.

INDICE

según nuestro parecer, posee la naturaleza de una auténtica sentencia, tiene la calidad de cosa juzgada constitucional y pone fin a la controversia con carácter definitivo e inamovible, desestimando la pretensión contenida en la demanda, cuando tal pretensión se encuentra clara y nítidamente en alguna de las causales de desestimación establecidas en el precedente en comento y en el texto del precitado artículo 11° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.

SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA DENEGATORIA

Como lo hemos referido líneas arriba, la carencia de fundamentación, la ausencia de trascendencia constitucional, la contradicción a un precedente vinculante y la desestimación en casos sustancialmente iguales son, en síntesis, los cuatro supuestos para la expedición de una sentencia interlocutoria denegatoria. Detengámonos brevemente en cada uno de ellos:

a) Cuando carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque

Este supuesto de desestimación de la pretensión contenida en la demanda está referido a la ausencia grotesca de los elementos fácticos y jurídicos que sustenten la supuesta vulneración invocada. Vale decir, la alegada amenaza o violación, por acción o por omisión, del derecho invocado por la parte demandante, cuando se trata de los procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data; o, en el caso del proceso de cumplimiento, la alegada renuencia de acatamiento a un mandato contenido en una disposición legal o en un acto administrativo firme.

Empero, esta carencia de fundamentación no solo debe ser manifiesta, sino que, además, huérfana de claridad, lógica, coherencia, secuencia y congruencia, en la línea de acreditar la acción u omisión acontecida y amenazadora o lesiva al contendido esencial y constitucionalmente protegido del derecho fundamental invocado; o, según corresponda, la renuencia de acatamiento del mandato legal o administrativo de que se trate.

Debe quedar perfectamente claro que esta causal de desestimación debe ser utilizada de modo muy prudente, en aquellos casos en los que el demandante no cuente con patrocinio de letrado (hábeas corpus o hábeas

data). En tales supuestos, la fundamentación tendría que ser examinada a la luz de los hechos denunciados como presuntamente lesivos.

b) Cuando la cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional

Este supuesto de desestimación implica precisar qué debe entenderse por una cuestión de especial trascendencia constitucional, por cuanto la interpretación de este tópico puede darse desde dos perspectivas: una amplia y otra restringida.

Así, desde una perspectiva amplia, la determinación de lo que es o no trascendente en términos constitucionales podría dar lugar a que el Tribunal Constitucional se arrogue la facultad de decidir de manera absolutamente discrecional o en base a su propia auctoritas, que conoce y que no conoce, pese a que la Constitución le ordena conocer de toda desestimatoria de un proceso constitucional de la libertad.

Entendemos que dicha opción, de asumirse, resultaría harto peligrosa, pues por principio todo tema que involucre la afectación a derechos fundamentales puede ser revisable en sede constitucional y, en dicho contexto, poco tiene que ver el hecho de si lo que decide el Tribunal Constitucional sobre un determinado caso pueda o no tener implicancias generales o ser relevante para la sociedad.

No hay que olvidar, por lo demás, que cuando un proceso constitucional es promovido, no es porque el justiciable (salvo casos excepcionales) pretende que su caso establezca un precedente o una gran orientación jurisprudencial. Lo que busca es que el drama que subyace a su reclamo y que involucra sus propios derechos, sea resuelto de una determinada manera. Optar porque el Tribunal solo acepte los casos que a su juicio, puedan sentar grandes directrices jurisprudenciales es distorsionar el carácter fundamentalmente subjetivo que rodea a los procesos de tutela de derechos.

Desde nuestro punto de vista, la manera más adecuada de aplicar la causal que aquí comentamos es de forma necesariamente restringida y, por tanto, entender que lo relevante en términos constitucionales, se mide en parámetros prioritariamente subjetivos. Es decir, desde la perspectiva de los intereses del justiciable.

Por cierto, el fundamento 50 de la STC Nº 00987-2014-PA/TC que comentamos intenta definir que existiría una cuestión de especial trascendencia constitucional cuando la resolución resulte indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental; lo cual tendrá que ser apreciado con máxima prudencia y ponderación en cada caso en concreto.

c) Cuando la cuestión de derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional

Este supuesto, en realidad, es fundamentalmente objetivo o de contraste. Evidentemente si se pretende por vía de un proceso de tutela se asuma una posición abiertamente contraria a un precedente constitucional, ello en principio no debe prosperar.

Distinto sería el caso, si lo que pide expresamente el recurrente es un cambio de orientación jurisprudencial, en cuyo supuesto, entendemos que la demanda no debería ser rechazada sino evaluada según la naturaleza de lo solicitado.

d) Cuando se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales

Este otro supuesto representa igualmente, el mantenimiento de una línea de coherencia que el propio Tribunal desea garantizar en el ámbito de su propia jurisprudencia. Si ya se pronunció de una manera en casos sustancialmente iguales e incluso lo hizo de forma reiterativa, no tiene ningún sentido que vuelva a pronunciarse sobre la misma controversia, a menos, claro está, que el justiciable le ofrezca nuevos elementos de juicio que no hayan sido vislumbrados en anteriores casos.

DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y PRINCIPIOS PROCESALES

*Óscar Urviola Hani**

I. Introducción

El derecho procesal constitucional constituye un ordenamiento complejo de carácter adjetivo, pero que debido a la naturaleza del ordenamiento sustantivo a cuya concretización sirve, esto es, la Constitución, debe ser interpretado e integrado atendiendo a la singularidad que este presenta respecto al resto del ordenamiento jurídico[1]. Con ello se quiere destacar la *particularidad* del derecho procesal constitucional; esto quiere decir también que el derecho procesal constitucional implica un distanciamiento razonable del resto de regulaciones procesales.

En este sentido, el Código Procesal Constitucional (CPConst.) tiene que ser entendido como derecho constitucional *concretizado*[2]. Esto es, al servicio de la "concretización" de la Constitución. Por ende, opera en beneficio de la interpretación de la Constitución en cada uno de los procesos constitucionales

* Presidente del Tribunal Constitucional del Perú. El presente artículo está basado en la jurisprudencia de dicho Tribunal.

1 STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (FJ 15).

2 *HÄBERLE, Peter*. "El derecho procesal constitucional como derecho constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán", en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* Nº 1, 2004, pág. 15 y ss.

INDICE

que el juez y el Tribunal Constitucional conocen con motivo de responder a una concreta controversia constitucional planteada.

Esta concretización de la Constitución en cada controversia constitucional, impone correlativamente que la interpretación de la norma procesal constitucional deba realizarse conforme una interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales, una interpretación del CPConst. *desde* la Constitución. Se trata entonces de una *interpretación teleológica* de las normas procesales constitucionales orientada a la concretización y optimización también de los principios constitucionales del proceso constitucional[3].

II. Interpretación e integración del CPConst.

Los fines esenciales de los procesos constitucionales son dos: por un lado, garantizar la primacía de la Constitución y por otro la vigencia de los derechos constitucionales (Art. II, CPConst.)[4]. Esta naturaleza instrumental del derecho procesal constitucional respecto a estos principios tiene como consecuencia que la aplicación del Código adquiera una particularidad tanto en la *interpretación* de sus normas como en su *integración*. Así lo ha dicho el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia[5].

La *interpretación* de las disposiciones del CPConst. debe efectuarse orientándose hacia una optimización o realización de los principios procesales constitucionales; en particular, cuando se está ante una pluralidad de interpretaciones se debe preferir aquella que los optimice de mejor forma. La *integración* de los vacíos normativos del CPConst. debe efectuarse en atención a la finalidad de los procesos constitucionales enunciada en el Art. II del Título Preliminar y en los Arts. 1 º y 75º del mencionado Código.

Desde esta perspectiva es que debe interpretarse el Art. X del CPConst. La integración de los vacíos de él está prevista en su Título Preliminar en los siguientes términos: "En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas,

3 STC 4903-2005-PHC/TC (FJ 4).

4 STC 031-2005-PI/TC (FJ 8).

5 STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (FJ 16).

el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina".

De acuerdo a esta disposición, la integración del CPConst. a través de la aplicación analógica del resto de regulaciones procesales ordinarias afines, está siempre condicionada a su compatibilidad o adecuación a los mencionados fines y, además, a que los concretice y *optimice*, es decir, que ayuden a su *mejor* desarrollo[6]. Por consiguiente, se trata de condiciones concurrentes; no es suficiente la compatibilidad con el fin, sino también que ello suponga su optimización.

Según esto, aun cuando determinada regulación procesal diera lugar a una aplicación analógica, ello debe entenderse solo como una posibilidad *prima facie*, sujeta siempre a las condiciones antes mencionadas.

III. La autonomía procesal del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional tiene la posibilidad de cubrir el vacío normativo del CPConst. en ejercicio de la potestad derivada del principio de autonomía procesal. Este principio ya ha sido incorporado a la jurisprudencia por este Colegiado[7]. Según él, el Tribunal Constitucional detenta en la resolución de cada caso concreto la potestad de establecer, a través de su jurisprudencia, normas que regulen el proceso constitucional, a través del precedente vinculante del Art. VII del CPConst.[8] en aquellos aspectos en que la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional.

La norma así establecida está orientada a resolver el problema específico –vacío o imperfección de la norma procesal– que el caso ha planteado y, sin embargo, lo trascenderá y será susceptible de aplicación ulterior debido a que se incorpora, desde entonces, en la regulación procesal constitucional vigente. El establecimiento de la norma, en cuanto acto de integración, debe orientarse a la realización y optimización de los fines del proceso constitucional y, en particular, efectuarse en consideración de

6 STC 00200-2013-HD/TC (FJ 4).

7 STC 4119-2005-PA/TC (FJ 38).

8 STC 0024-2003-AI/TC (FJ 24).

INDICE

la particularidad del derecho procesal constitucional en cuanto derecho constitucional material[9].

Esta configuración del proceso a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no constituye, sin embargo, una potestad libre sino sujeta a determinados límites[10].

IV. Naturaleza y fines de los procesos constitucionales

Se ha dicho ya que el derecho procesal constitucional constituye un ordenamiento adjetivo, pero que debido a que sirve a la concretización de la Constitución. Ahora bien, los derechos fundamentales y los procesos para su protección no pueden entenderse de modo aislado, pues tales derechos solo podrían "realizarse" en la medida en que cuenten con mecanismos adecuados y eficaces para su protección.

Así, a los derechos fundamentales, además de su condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, les es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues es evidente que derechos sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo[11].

De este modo, los derechos fundamentales y los procesos que los tutelan se constituyen en el presupuesto indispensable para un adecuado funcionamiento del sistema democrático y en el instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales.

El reconocimiento constitucional de estos procesos les otorga un especial carácter, que los hace diferentes de los procesos ordinarios en cuatro aspectos:

a) *Por sus fines*, pues a diferencia de los procesos constitucionales, los ordinarios no tienen por objeto hacer valer el principio de supremacía constitucional ni siempre persiguen la protección de los derechos fundamentales[12].

9 *HÄBERLE, Peter*. Ob. cit., pág. 17.

10 STC 1417-2005-AA/TC (FJ 48).

11 STC 06227-2013-PHD/TC (FJ 4).

12 STC 0023-2005-PI/TC (FJ 10).

b) *Por el rol del juez*, porque el control de la actuación de las partes por parte del juez es mayor en los procesos constitucionales[13].

c) *Por los principios orientadores*, pues si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como los de publicidad, gratuidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de *favor processum* o *pro actione*, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales[14].

d) *Por su naturaleza*, que es de carácter subjetivo-objetivo, pues no solo protegen los derechos fundamentales entendidos como atributos reconocidos a favor de los individuos, sino también, en cuanto se trata de respetar los valores materiales del ordenamiento jurídico, referidos en este caso a los fines y objetivos constitucionales de tutela de urgencia[15].

De ahí que, en el estado actual de desarrollo del Derecho procesal constitucional, los procesos constitucionales persiguen no solo la tutela subjetiva de los derechos fundamentales de las personas, sino también la comprenden la tutela objetiva de la Constitución[16]. Pues la protección de los derechos fundamentales no solo es de interés para el titular del derecho fundamental, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su transgresión supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional.

Por ello, bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento, nuestra Constitución ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los derechos fundamentales y la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los procesos constitucionales[17]. Siendo que las dos vocaciones del proceso constitucional son interdependientes y se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte la violación del otro.

13 STC 0023-2005-PI/TC (FJ 10).

14 STC 0023-2005-PI/TC (FJ 10).

15 STC 0023-2005-PI/TC (FJ 10).

16 STC 03651-2011-PA/TC (FJ 2.3.5.).

17 STC 03547-2009-PHC/TC (FJ 8).

La afirmación del doble carácter de los procesos constitucionales resulta ser de especial relevancia para el análisis de toda controversia constitucional. Una valoración de esta dimensión objetiva orientada a preservar el orden constitucional como una suma de bienes institucionales, debe ir acompañada por el efecto de irradiación de los derechos fundamentales. En consecuencia, se hace necesaria la configuración de un proceso constitucional en el que subyace una defensa del orden público constitucional[18] y la tutela de los derechos fundamentales.

Lo anterior permite definir la jurisdicción constitucional no en el sentido de simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden constitucional (normatividad) y de la realidad social (normalidad) en conjunto; pues, con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano neutro, sino, por el contrario, como su principal promotor[19].

V. Algunos principios de los procesos constitucionales

a) *Dirección judicial del proceso*

Siendo la Constitución una norma fundamental *abierta*, encuentra en el Derecho procesal constitucional y, específicamente, en el CPConst., un instrumento concretizador de los valores, principios y derechos constitucionales, de manera tal que, en última instancia, estos delimitan el razonamiento y la argumentación del juez constitucional, por lo que el principio de dirección judicial del proceso (artículo III del Título Preliminar del CPConst.) se redimensiona en el proceso constitucional, en la medida en que la jurisdicción constitucional no es simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden público constitucional en conjunto.

En su relación con la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como ya se dijo como un órgano *neutro*. Los procesos constitucionales tienen una finalidad sumarísima que determina la ausencia de etapa probatoria en ellos, por lo que es responsabilidad del recurrente adjuntar los medios que consideren idóneos al proceso, a fin

18 STC 6167-2005-PHC/TC (FJ 11).

19 STC 0005-2005-CC/TC (FJ 4).

de causar en el juzgador la suficiente discrecionalidad para vislumbrar la pertinencia o no del derecho que se pretende tutelar[20].

Sin embargo, si de la actuación de un medio probatorio depende la efectiva tutela jurisdiccional del derecho constitucional afectado o amenazado, esta actuación probatoria debe ser ordenada a pesar de lo dispuesto en la norma procesal constitucional. Por tanto, el Tribunal puede utilizar el principio de la dirección judicial del proceso consagrado en el artículo III del Título Preliminar del CPConst., facultad que permite al juez aplicar los principios procesales adecuados al proceso constitucional para verificar la efectiva y pronta satisfacción del derecho alegado, como los de inmediación o de economía del proceso[21].

El principio de dirección judicial del proceso delega en la figura de juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la actividad de las partes, promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta. El principio de inmediación, por su parte, procura que el juez constitucional tenga el mayor contacto con los elementos subjetivos (intervinientes) y objetivos (documentos, lugares) que conforman el proceso, para lograr una aproximación más exacta al mismo, lo cual puede motivar la necesidad de una eventual actuación probatoria ante la urgencia o necesidad de una tutela jurisdiccional constitucional efectiva[22].

b) Suplencia de queja deficiente

El principio de queja deficiente tiene relevancia en los procesos constitucionales. Dicho principio está implícito en el derecho procesal constitucional, que subyace a los artículos II y VIII del Título Preliminar del CPConst. De acuerdo con él, el Tribunal Constitucional puede efectuar correcciones sobre el error o la omisión en la que incurre el demandante en el planteamiento de sus pretensiones, tanto al inicio del proceso como en su desarrollo[23].

Se trata de la corrección por el juez constitucional de las omisiones, errores o deficiencias en que hubiese incurrido el demandante al formular su demanda, protegiendo a la parte débil en el proceso y evitando la

20 STC 2876-2005-PHC/TC (FJ 22).

21 STC 2876-2005-PHC/TC (FJ 23).

22 STC 2876-2005-PHC/TC (FJ 23).

23 STC 00431-2007-PA/TC (FJ 6).

INDICE

aplicación de leyes inconstitucionales. Es un principio con fundamento implícito en nuestra Constitución. La suplencia de queja deficiente asume un carácter proteccionista, antiformalista y discrecional (siempre a favor del demandante) y su finalidad es integrar las omisiones totales o parciales de los conceptos de violación o de los agravios y para subsanar los errores del demandante[24].

Se puede preguntar ahora qué actos procesales pueden ser objeto de suplencia de queja. Ello depende en esencia del tipo de acto procesal al que se refiera. Actos *defectuosos* son los que se realizan sin que concurran todos los presupuestos, requisitos y condiciones que determinan su admisibilidad, pero que no generan afectación de principios o de derechos procesales constitucionales de relevancia y, por ese hecho, son inocuos[25].

Actos *inválidos* son aquellos que se realizan incumpliendo los requisitos y condiciones que la ley prevé, dando lugar, a su vez, a la afectación de derechos o principios constitucionales, pero que, sin embargo, pueden ser subsanados o reparados por sí mismos, o eventualmente por medio de la intervención del juez. Finalmente, actos *nulos* son los que al haber comprometido derechos o principios constitucionales, no pueden ser reparados[26].

En ese sentido, la obligación de aplicar la suplencia de queja deficiente alcanza tanto a los actos defectuosos como inválidos, mas no a los actos procesales nulos. El límite de la suplencia de queja, de otro lado, radica en el juez constitucional *únicamente podrá desvincularse de lo planteado en la demanda a fin de otorgar una protección eficaz a los derechos constitucionales lesionados, cuando ello devenga de una voluntad implícita del recurrente a pesar de no haberla planteado correctamente en la demanda*.

Sobre la diferencia entre suplencia de queja y *iura novit curia* se puede decir que la *suplencia de queja* deficiente consiste en la facultad que tienen los jueces constitucionales para adecuar las pretensiones de los quejosos, a fin de otorgarles la protección que sus derechos fundamentales requieran en el supuesto que se advierta un error o una omisión en el petitorio de su demanda; mientras que el principio *iura novit curia* se refiere a la invocación

24 STC 05761-2009-PHC/TC (FJ 17).

25 STC 0569-2003-AC/TC (FJ 4).

26 STC 0569-2003-AC/TC (FJ 4).

errónea u omisión de las normas jurídicas que sirven de fundamento a las pretensiones de las partes dentro del proceso constitucional[27].

c) *Iura novit curia*

El principio del *iura novit curia* constitucional está contemplado en el Art. VIII del Título Preliminar del CPConst.: "el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente". El Tribunal, según él, tiene el poder-deber de aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

El Tribunal, como director del proceso, identifica la norma legal aplicable antes de emitir sentencia, lo que no implica, en ningún caso, la modificación del objeto de la pretensión o de los términos de la demanda[28]. El principio *iura novit curia* no puede suponer que funde su decisión en hechos distintos de los que han sido alegados por las partes.

A diferencia de las situaciones que se resuelven aplicando el principio de suplencia de queja deficiente, por aplicación del aforismo *iura novit curia*, el juez tiene el poder-deber de identificar el derecho comprometido en la causa, aun cuando no se encuentre expresamente invocado en la demanda. De este modo, el juez, como director del proceso, dice el derecho antes de emitir sentencia, lo que no implica, como ya se dijo, la modificación del objeto de la pretensión o de los términos de la demanda; es decir, que ello no puede suponer fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

El límite del *iura novit curia* está en que al aplicar el derecho a las cuestiones debatidas, se buscará no alterar ni sustituir las pretensiones y hechos que sustentan la demanda y resulten acreditados en el proceso[29].

VI. Antiformalismo de los procesos constitucionales

Se puede recordar que el CPConst. ha previsto dentro de su Título Preliminar un conjunto de directrices que orientan la actividad judicial de

27 STC 0569-2003-AC (FJ 6).

28 STC 3051-2004-AA/TC (FJ 2).

29 STC 4080-2004-AC/TC (FJ 3).

los jueces constitucionales. Tales principios están contenidos en su mayoría en el Art. III del CPConst.

Uno de los principios más importantes es el que se refiere al de elasticidad o adecuación de las formalidades al logro de los fines de los procesos constitucionales establecido en el cuarto párrafo del ya mencionado Art. III[30]. Según él, "el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales".

Se trata aquí de que las exigencias procesales que exige el CPConst. no deben, bajo ningún punto de vista ni criterio interpretativo, convertir en inviables los fines mismos de los procesos constitucionales[31].

Por ello, este principio constituye un deber que el propio Código le impone a los jueces constitucionales para relativizar las formalidades que no se condicen con el ordenamiento constitucional. En efecto, en el Código se puede y debe exigir determinados presupuestos, formalidades y requisitos, pero ello no significa que tales exigencias estén por encima del sistema constitucional, el juez deberá relativizar dichas formalidades o exigencias a fin de concretizar la esencia misma de los procesos constitucionales[32].

Este principio se complementa adecuadamente con el principio de economía procesal, el mismo que debe aplicarse a todos los procesos constitucionales y se reduce al axioma de que debe de tratarse de obtener el mayor resultado posible con el mínimo de empleo de actividad procesal[33]. En el caso de los procesos constitucionales cobra mayor preponderancia por ser procesos de tutela urgente de derechos fundamentales.

Se puede decir, para finalizar, que bajo el principio de elasticidad o antiformalismo de los procesos constitucionales, estos no deben estar supeditados a ritualismos procesales que terminen afectando el carácter urgente y tutelar de los procesos constitucionales.

30 STC 03059-2012-PA/TC (FJ 4).

31 STC 03059-2012-PA/TC (FJ 5).

32 STC 05761-2009-PHC/TC (FJ 24).

33 STC 03059-2012-PA/TC (FJ 7).

GARANTÍA DE EFICACIA DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

*Víctor García Toma**

La fuerza interpretativa del Tribunal Constitucional se revela en la eficacia normativa de sus sentencias. Estas decisiones jurisdiccionales gozan de las características siguientes[1]: la cosa juzgada constitucional, la vinculación a todos los poderes públicos y la fuerza de ley.

La cosa juzgada constitucional supone la comprobación que el Tribunal Constitucional se comporta de forma similar que un órgano jurisdiccional ordinario, es decir, es un ente que también imparte justicia y se pronuncia casuísticamente.

Los requisitos exigibles de la denominada cosa juzgada constitucional son que exista un fallo de un órgano jurisdiccional; que haya operado el principio de preclusión sobre la capacidad de impugnar; que exista un pronunciamiento sobre la forma y el fondo cuando tenga efecto de

* Profesor de la Universidad de Lima y de la Universidad San Martín de Porres. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Expresidente del Tribunal Constitucional. Exministro de Justicia.

1 Para la elaboración de los párrafos relevantes se sigue a GARCÍA YZAGUIRRE, José Víctor. "Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional". En: TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (coordinador). *Código Procesal Constitucional*. Arequipa: ADRUS S.A. 2.ª Edición. pp. 764 y ss.

INDICE

perentorio complejo; que se mantenga una observancia fiel y tributaria a la normatividad, a sus precedentes vinculantes e interpretaciones doctrinarias; que no se incurra en fraude procesal y que se haya respetado la tutela procesal efectiva.

La vinculación a todos los poderes públicos contiene la idea de que las decisiones constitucionales escapan al caso concreto; por ende, son capaces de forzar sus aplicaciones más allá de las partes y alcanzar un efecto *erga omnes*.

Dicho poder expansivo y con gozne llega a todos los tribunales y autoridades, debiendo estos asumir ciertos razonamientos, en tanto, deben sujetarse a cierta *ratio decidendi*[2], como sustento base e ineludible para actuar. Esto porque "ata" la conducta futura a los órganos y personas que resulten afectados por la decisión constitucional, evitando que comportamientos declarados inválidos puedan ser de nuevo reiterados.

La fuerza de ley como expresión de un reforzamiento de la vinculación de las sentencias. Este elemento extiende los efectos ya no solo a los organismos y autoridades estatales, sino que los amplía aún más hacia las personas naturales y jurídicas, las cuales están en posibilidad de emplear dichas decisiones para justificar y avalar sus pretensiones. No debemos confundir las consecuencias entre la fuerza de ley y la vinculación, ya que si bien ambos conceptos recorren un mismo caudal, tienen un impacto y propósito distinto.

En puridad, la sentencia constitucional goza de una imperatividad general que da la idea de "semejanza de ley".

En efecto, una sentencia no es una ley en sentido formal ni material, pero comparte con esta en clave normativa, el ser fuente de derecho y en que tiene una ligazón a favor y en contra de todos.

Las sentencias del Tribunal Constitucional contienen el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes y la defensa extraordinaria de los derechos fundamentales. Son, como dicho ente ha autodenominado a su obra jurisprudencial, "constitución viviente de la sociedad plural"[3].

2 Son las razones y motivos por las cuales se sustenta un fallo, en breve, resultan ser los análisis doctrinarios propios del fuero constitucional. La *ratio* que es vinculante, es expresamente declarada en sentencia.

3 STC N° 0048-2004-PI.

Sobre este punto, cabe señalar que una sentencia debe ser entendida "como acto procesal, como actividad dirigida a la interpretación e integración creadora del Derecho, y como decisión política, respondiendo a los principios de congruencia, motivación, decisión colegial y eficacia"[4].

Raúl Bocanegra, ilustra sobre la temática señalando que "(un) proceso constitucional no es sino un autocontrol del Estado sobre la juridicidad de sus propias manifestaciones soberanas. La idea es, en efecto, que 'el Estado habla por muchas bocas', no puede sin contradecirse a sí mismo, manifestarse más que en un único sentido y atribución a un órgano constitucional la determinación del alcance del pensamiento del Estado, deben los demás órganos acomodarse sin más a estas manifestaciones ser vinculados a las mismas (…) porque la propia cualidad de la relación, la unidad del Estado y del Poder del Estado, en este sentido consecuencia de la naturaleza de todos los demás órganos a las manifestaciones del Tribunal Constitucional y la vinculación de los órganos del Estado al contenido de sus sentencias"[5].

Francisco Chamorro Bernal, expone que la efectividad de las sentencias "es algo consustancial al derecho de tutela judicial, puesto que, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, una tutela que no fuera efectiva, por definición no sería tutela. De nada servirían al ciudadano unas excelentes resoluciones judiciales que no se llevaran a la práctica"[6].

La efectividad consiste en que el justiciable tenga un acceso real y no meramente retórico o teórico a la jurisdicción, al proceso y al recurso; ello implica que pueda defender sus pretensiones de manera tangible e indiscutiblemente y en modo alguno ficticio e inconcreto; y que no se le exija impedimentos irrazonables a dicho acceso.

En ese sentido, Francisco Chamorro Bernal divide la efectividad en función a un criterio de nivel de formalidad[7], a saber:

a) Garantizar la obtención de una respuesta del órgano jurisdiccional.

4 Ver CANALES, Carolina. "Eficacia y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Constitucional". En: *Revista Gaceta Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica. Tomo 4. Abril 2008, pp. 53.

5 BOCANEGRA, Raúl. *El Valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, pp. 57.

6 CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La Tutela Judicial Efectiva*. Barcelona: Bosch; pág. 276.

7 CHAMORRO, Francisco. Ob. cit. pág. 278.

INDICE

b) Garantizar que la respuesta del órgano jurisdiccional resuelva realmente el problema planteado.

c) Garantizar que la solución al problema planteado sea razonable y extraída del ordenamiento jurídico.

d) Garantizar la ejecución de la decisión tomada.

El derecho a la ejecución de sentencias está regulado constitucionalmente en el artículo139° inciso 2, el cual señala lo siguiente:

> *"Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*
>
> *2.- La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. 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****. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno".*

De inmediato se advierte el deber de los jueces y tribunales de llevar a cabo lo decidido por estos o por un fuero superior a ellos mismos.

Es decir, la efectividad tiene que ser comprendida como la función de la magistratura de connotar con el rostro de la **realidad** y de **materializar** en forma y fondo lo decidido jurisdiccionalmente. Más aún, como deber, impele a la sanción ante su incumplimiento. Para tal efecto, son citables las medidas de multas e incluso la destitución del omitente responsable.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en el caso Colegio de Abogados de Ica (Expediente N° 00015-2001-AI/TC) que se "exige un particular tipo de actuación. Y es que si el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia o en una resolución judicial sea cumplido, es claro que quienes las dictan, o quienes resulten responsables de ejecutarlas, tienen la obligación de adoptar, según las normas y procedimientos aplicables –y con independencia de que la resolución a ejecutar haya de ser cumplida por un ente público o no– las medidas necesarias y oportunas para su estricto cumplimiento"[8].

El citado artículo 139° de la Constitución Política del Perú positiviza el derecho a la ejecución de sentencias. Este es descrito por el Tribunal

8 STC N° 015-2001-AI y Exp. 004-2002-AI (acumulados).

Constitucional en el caso Luz Gutiérrez Medrano (Expediente N° 04909-2007-HC/TC) como un "componente del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva supone la posibilidad de que la tutela ofrecida por el juez constitucional opere generando consecuencias fácticas en el ámbito de los derechos fundamentales de las personas.

En ese orden de ideas, resulta acertado afirmar que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela. Y es que la pronta y debida ejecución de las sentencias permite además dar efectividad al Estado democrático de Derecho, lo que implica, entre otras cosas, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no solo juzgando sino también ejecutando lo juzgado.

En razón de lo expuesto, será inconstitucional todo aquel acto que prorrogue en forma indebida e indefinida el cumplimiento de las sentencias"[9].

Al respecto, en dicho proceso el Supremo Intérprete ha exigido a los jueces la remoción de obstáculos para la ejecución de sentencias al señalar que "la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una efectiva tutela jurisdiccional, siendo de especial relevancia para el interés público, dado que el Estado de Derecho no puede existir cuando no es posible alcanzar la justicia a través de los órganos establecidos para tal efecto. Para ello, la autoridad jurisdiccional deberá realizar todas aquellas acciones que tiendan a que los justiciables sean repuestos en sus derechos (...) reaccionando frente a posteriores actuaciones o comportamientos que debiliten el contenido material de sus decisiones, pues solo así se podrán satisfacer los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos"[10].

Sobre este punto cabe indicar que el artículo 148° del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, aprobado mediante Resolución Administrativa N.° 095-2004-P-TC, señala que los efectos jurídicos de una sentencia constitucional comienzan al día siguiente de su notificación, o en

9 Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. 04909-2007-HC.

10 STC N° 04909-2007-HC

su defecto de su publicación, en tanto reúna todos los requisitos formales y materiales[11].

En este supuesto, el artículo 59° del Código Procesal Constitucional establece que declarada fundada la demanda, esta debe ser cumplida dentro de los dos días siguientes de notificada. Como excepción, duplica el plazo para las omisiones. Es, entonces, la lógica de nuestro ordenamiento que la ejecución sea inmediata y a cargo del juez.

Cabe resaltar que en el caso Roberto Bryson Barrenechea (Expediente N° 04119-2005-PA/TC) el Tribunal Constitucional ha señalado que "el juez constitucional, tanto durante el desarrollo del proceso como en la etapa de ejecución está en la obligación de verificar que los abogados de las partes cumplan los deberes establecidos en el artículo 109° del Código Procesal Civil, en especial el establecido en el numeral 6, a efectos de colaborar con la etapa de ejecución de las sentencias. Asimismo, deben ejecutar los actos que permitan determinar la responsabilidad patrimonial de estos, conforme lo establece el artículo 110° de la norma precitada. Y, principalmente, en lo que corresponde a la responsabilidad de los letrados, cuando su conducta no sea contraria a los fines del proceso, por actuar con temeridad o mala fe, debe hacer de conocimiento de las instancias pertinentes tales hechos, conforme se establece en los artículos 111° y 112° del mismo Código"[12].

Cabe adicionar que en el marco de la legislación infraconstitucional, los artículos 22° y 59° en el Código Procesal Constitucional tratan sobre el cumplimiento de las sentencias.

El primero de los citados está redactado de forma tal, que es clara la intención en que exista un cumplimiento específico de la sentencia, esto es, que se ejecute en sus propios términos, siendo ilícito cualquier forma de sustitución de la misma; adicionalmente, prevé el uso de medidas coercitivas a ser recurridas una vez culminado el plazo de cumplimiento para asegurar la ejecución.

11 *Art. 48.- La sentencia expedida por el Pleno se convierte en tal al ser firmada por el número mínimo de Magistrados exigido por la ley. En el caso de la expedida por las Salas, debe contar con tres votos conformes. Sus efectos empiezan a regir desde el día siguiente a su notificación y, en su caso, publicación en el diario oficial El Peruano. La parte resolutiva de las sentencias en los procesos que declaran fundada total o parcialmente, la demanda de inconstitucionalidad de una ley, debe ser difundida, además, en dos diarios de circulación nacional.*

12 Sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 4119-2005-AA.

Estas medidas no son de uso forzoso o a requerimiento de la parte ganadora, quien las puede exigir, sino que han sido dejadas al criterio del juzgador para su imposición, es decir, son dadas de oficio conforme al artículo 53° del Código adjetivo constitucional.

Por último, de persistir la inejecución generada por su irresponsabilidad funcional el responsable puede ser destituido como sanción por la afectación perpetrada.

El referido artículo 22° debe ser leído conjuntamente con el artículo 59°. Este último regula los plazos de ejecución y dispone que en caso de que el obligado no haya cumplido con lo sentenciado, el juez lo requerirá a través del superior jerárquico a que lo haga cumplir y en caso sea necesario habrá el correspondiente proceso administrativo contra el remiso. Y en el caso de que sea un funcionario público quien debe cumplir, el juez está facultado para expedir una sentencia ampliatoria que sustituya la omisión del funcionario y regule la situación conforme al sentido de la decisión.

Por otra parte, como acción activa destinada a solucionar esta problemática, el Tribunal Constitucional en el caso Banco Continental (Expediente N° 00168-2007-Q/TC) ha creado jurisdiccionalmente el Recurso de Agravio Constitucional a favor del cumplimiento de sus sentencias.

Este mecanismo ha tenido que ser "implementado", en tanto, el artículo 18° del Código adjetivo no lo prevé explícitamente.

Los supuestos para ejercitar dicha modalidad del Recurso de Agravio Constitucional son los siguientes:

a) Incumplimiento imputable a un particular obligado. Tal el caso de que la parte deudora se resista al cumplimiento y con mayor razón cuando persista en dicha conducta aun a pesar de los requerimientos del juez y de las medidas coercitivas.

b) Incumplimiento imputable a un funcionario público.

c) Incumplimiento del juez. Esto, en tanto, sea el obligado a dar cumplimiento de la sentencia en su condición de parte vencida; y cuando no es parte, omite exigir al perdedor el cumplimiento de lo resuelto.

Este redimensionamiento del Recurso de Agravio Constitucional fue sustentado en los principios de economía procesal e informalismo con el propósito de proteger en específico el derecho a la eficacia de sentencias de órganos jurisdiccionales.

INDICE

Así, lo que se logra es que el Tribunal Constitucional resuelva en instancia final con el fin de restablecer el orden constitucional vulnerado con una inejecución, devolviendo todo lo actuado para que la instancia correspondiente dé estricto cumplimiento a lo que determine[13].

Ante los casos de inejecución, el Tribunal Constitucional en el citado caso ha ofrecido al operador del derecho una suerte de "catálogos de salvaguarda y remedio"[14]. De allí que exprese los mecanismos de cumplimiento de la sentencia constitucional y de "presión" son los siguientes:

La inmutabilidad de las decisiones del Tribunal Constitucional (artículo 121° del Código Procesal Constitucional).

La competencia para la ejecución de las sentencias en los procesos constitucionales de la libertad está en manos del juez que admitió la demanda (artículo 22° del Código Procesal Constitucional).

El principio de prevalencia de las sentencias constitucionales sobre cualquier otra decisión judicial. Esto tiene relevancia en el caso de decisiones que contienen condenas patrimoniales.

El poder coercitivo de los jueces constitucionales incluye la posibilidad de ordenar el despido del funcionario que se resista al mandato contenido en una sentencia.

Por otra parte, en dicho proceso también se ha "afinado" las herramientas necesarias para que el juez ejecutor haga cumplir las sentencias emitidas en los procesos constitucionales. Así, en lo relativo a los aplicables al proceso de hábeas corpus, estas deben ser ejecutadas en forma inmediata e independientemente del trámite de devolución de actuados al juez que conoció del proceso en primera instancia; en todo caso, corresponderá a este verificar el cumplimiento de la misma o, de ser el caso, ante el incumplimiento de ella, adoptar las medidas necesarias para la inmediata ejecución de lo ordenado. Cuando ello ocurra, el juez ejecutor debe adoptar las medidas siguientes:

a) Poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento a fin de que dicha entidad formule la denuncia por el delito contra la libertad individual, dado que la sentencia que ordena el cese de la medida que restringe el derecho a la libertad individual, es

13 RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. Ob. cit. pág. 75.

14 STC N.° 4119-2005-AA

manifiestamente contraria a la Constitución, pues afecta el derecho fundamental a la libertad individual y/o conexos, de manera ilegítima y arbitraria. (Tiene su sustento en el artículo 8° del Código Procesal Constitucional, el cual no solo debe interpretarse en el sentido de que, de existir no solo indicios de la comisión de un delito verificada durante la tramitación del hábeas corpus, sino también durante la ejecución de la resolución recaída).

b) Solicitar el apoyo de la fuerza pública para personalmente constituirse en el lugar donde se encuentra el agraviado en el proceso de hábeas corpus, con el objeto de proceder a ejecutar lo ordenado en la sentencia. (Se sustenta en los artículos 118.9° y 166° de la Constitución Política del Perú, debido a que existe la obligación del Presidente de la República de cumplir y hacer cumplir las leyes, de donde se deriva que aquel debe prestar y disponer los recursos necesarios cuando sean requeridos por las autoridades jurisdiccionales; amén de que la norma supra prevé como finalidad fundamental de la Policía Nacional del Perú la de mantener y restablecer el orden interno, así como la de prestar protección y ayuda a las personas y a la comunidad, garantizando el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio, por lo que le corresponde prevenir, investigar y combatir la delincuencia).

c) Disponer la ejecución de medidas complementarias e idóneas para el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia.

NUEVAS FRONTERAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: EL RECICLAJE DEL DERECHO NACIONAL Y EL CONTROL LEGISFERANTE DE CONVENCIONALIDAD*

*Néstor Pedro Sagüés***

- en homenaje a Rubén Hernández Valle

1. Los roles represivos y constructivos del control de convencionalidad

La misión clásica del control de convencionalidad a practicar por los jueces nacionales a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en 2006 en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, consistió en cumplir un papel típicamente *represivo:* inaplicar las reglas de derecho interno opuestas al Pacto de San José de Costa Rica[1] y

* El presente trabajo se integra al programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

** Doctor en derecho. Profesor de la Universidad de Buenos Aires – Argentina. Exmagistrado del Poder Judicial de la República Argentina.

1 En rigor de verdad, el control de convencionalidad no se limita a asegurar la primacía del Pacto de San José de Costa Rica, sino de todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por un Estado, los que conforman, para el mismo, una especie

a la doctrina sentada por la propia Corte Interamericana. Esa función se extendió como un deber a realizar "de oficio" por dichos jueces, sobre todas las normas nacionales (caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú),* y finalmente, ejercitable por todos los órganos del Estado, especialmente los más vinculados a la administración de justicia, dentro del marco de sus respectivas competencias y aun respecto de leyes que tuvieran convalidación popular a través, v. gr., de referéndums o plebiscitos (por ejemplo, *Gelman vs. Uruguay,* 2011, con referencia a la llamada "ley de caducidad", o de extinción de la pretensión punitiva del Estado por delitos como secuestros, desapariciones o torturas perpetrados militares durante la última dictadura).

Junto a dicho rol represivo, el control de convencionalidad ha asumido otro, constructivo o positivo, que en última instancia produce un *reciclaje de la norma nacional,* sea constitucional o subconstitucional. Esta posibilidad es muy clara a partir del caso *Radilla Pacheco vs. México,* párrafo 340, donde la Corte Interamericana subraya –si bien escuetamente la necesidad de que las *interpretaciones constitucionales y legislativas* locales se adecúen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel Tribunal (la tesis se repite, por ejemplo, en *Cabrera García y Montiel Flores vs. México,* párrafo 233, y sus citas de *Fernández Ortega vs. México* y *Rosendo Cantú)*, lo que implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ello conduce a practicar, sostenemos, y de ser necesario, las siguientes operaciones: (i) de *selección de interpretaciones,* prefiriendo aquellas exégesis del derecho doméstico compatibles con la convención americana sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechando las incompatibles con tales parámetros; (ii) *de construcción de interpretaciones,* mediante interpretaciones del derecho nacional *mutativas por adición* (cuando se *agrega* algo al mensaje normativo del precepto normativo local, para tornarlo potable con el Pacto y jurisprudencia citados), *mutativas por sustracción* (al revés, si se *quita*

de *bloque de convencionalidad,* como agudamente lo denomina, v. gr., Eduardo Ferrer Mac Gregor. Cfr. FERRER MAC GREGOR, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano". En SAIZ ARNAZ, Alejandro y FERRER MAC GREGOR, Eduardo (Coord.). *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa,* México 2012, Porrúa-UNAM, pp. 109, 92.

algo a ese contenido, igualmente para compatibilizarlo con el Pacto y tal jurisprudencia), o *mutativas mixtas, por sustracción-adición* (también son llamadas "sustitutivas"), donde el operador *extrae* algo y *añade* algo al contenido de una norma constitucional o infraconstitucional, siempre para tornarla compatibilizada con el Pacto y la jurisprudencia mencionados[2]. El tema se vincula así con la doctrina de las sentencias constitucionales atípicas, también llamadas (no en sentido peyorativo), *manipulativas* o modulativas.

Mediante, en particular, los mecanismos de reciclaje del derecho interno, el intérprete-operador local evita choques frontales entre el Pacto de San José de Costa Rica, sumado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con la constitución (y todo el derecho) nacional, así como la declaración de invalidez, por inconvencionalidad, de esas reglas domésticas, adaptándolas como reglas convencionales. Naturalmente, todo este manojo de variables alerta que la tarea del intérprete-operador actual es mucho más trabajosa que años atrás, al par que demanda en quien la haga cualidades especiales de olfato jurídico, perspicacia, imaginación y acierto. Es mucho más sencillo invalidar un precepto antes que reciclarlo. Pero esta última operatoria es necesaria, antes de destruir o inaplicar reglas locales, máxime si ellas son constitucionales.

En definitiva, es el concepto mismo de constitución nacional el que puede alterarse. Hoy día, como instrumento jurídico, la constitución no es ella sola, sino que se encuentra "convencionalizada", es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2 Derivamos también al lector a SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Derechos constitucionales y derechos humanos. De la constitución nacional a la constitución *'convencionalizada'"*, en Nogueira Alcalá Humberto (Coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos,* Santiago de Chile, 2014, Librotecnia – Centro de Estudios Constitucionales de Chile, pág. 15 y ss. "*Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La "constitución convencionalizada",* en VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flavia y MORALES ANTONIAZZI, Mariela, *Estudos avançados de direitos humanos,* Río de Janeiro, 2013, Elsevier, p. 617 y ss.; *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada,* México, 2013, Porrúa, pág. 356.

INDICE

2. Un avance del control de convencionalidad: el practicado por órganos nomogenéticos nacionales

En la sentencia del 20 de marzo de 2013, sobre supervisión del cumplimiento del fallo *Gelman vs. Uruguay* del 24 de febrero de 2011, y que a los fines didácticos llamaremos el fallo *Gelman 2,* la Corte Interamericana va a subrayar el papel del control de convencionalidad "tanto en la *emisión* y aplicación de normas" (párrafo 69, la bastardilla es nuestra), con lo que está alertando que dicho control asume nuevas poses jurídicas:

a) En primer término, es un mensaje para los operadores nacionales que "emiten" normas, en el sentido amplio de este vocablo (normas en sentido formal o material). Entre ellos, claro está, el legislador constituyente, al establecer reglas constitucionales. También, el legislador común, sea al dictar leyes, o cada cámara legislativa cuando adopta su reglamento. Del mismo modo, legisladores "inferiores", como es el Poder Ejecutivo cuando emite decretos de necesidad y urgencia, delegados, reglamentarios o autónomos, o ministros cuando expiden resoluciones en el ámbito de sus carteras, u organismos con funciones materialmente legisferantes, al estilo –algunas veces– de bancos centrales, agencias de recaudación de impuestos, y también Tribunales habilitados a generar materialmente normas (como en el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia, al sancionar su "reglamento interior" a tenor del Art. 113 de la constitución nacional)[3], o las universidades autónomas si aprueban sus propios estatutos, etc. Esta descripción es meramente enunciativa.

   En tal sentido, conviene agregar que ciertas cortes o tribunales supremos, al estilo del estadounidense en *Cooper vs. Aaron*[4], se han

3 Algunas veces, ciertos códigos procesales han habilitado a algunos tribunales, por ejemplo de segunda instancia, a dictar "acuerdos" plenos o plenarios, que sientan doctrina judicial obligatoria para los jueces inferiores a ellos. Tales acuerdos generan asimismo normas, bien que con aplicación limitada. Esa aptitud legisferante ha provocado discusiones sobre su constitucionalidad, por entender, sus objetores, que afecta el principio de división de los poderes.

4 En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adoptado, igualmente por vía jurisprudencial, una regla similar a la de *Cooper vs. Aaron,* aunque con la salvedad de que los jueces pueden apartarse de su doctrina judicial dando razones valederas y nuevas para así hacerlo. Nos remitimos a SAGÜÉS, Néstor Pedro; *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos,* Buenos Aires, 2006, Fundación Konrad Adenauer y Editorial Ad-Hoc, p. 267 y ss.; *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario,* 4.ª ed., reimpresión con actualización, Buenos Aires 2013, Astrea, t. 1 p. 184 y ss.

arrogado, y han consolidado su actitud por derecho constitucional consuetudinario, la facultad de sentar líneas jurisprudenciales que deben ser seguidas obligatoriamente por los tribunales inferiores. En tal supuesto, su doctrina judicial importa igualmente, y en lo material, *norma,* y está captada por la doctrina del control de convencionalidad.

También es del caso prevenir que otros tribunales constitucionales han conferido valor obligatorio a sus precedentes, no por explícita disposición constitucional, sino legal, por ejemplo enunciada en un código procesal constitucional[5].

b) En segundo lugar, es un control de tipo mixto, por un lado *preventivo,* en el sentido que debe realizarse *antes* de emitir la norma, redactándola conforme con la convención americana sobre derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana; y por otro, *reparador,* a fin de auto abolir las normas que el órgano materialmente legisferante ha pronunciado y después constata que son incompatibles con las referidas convención y doctrina judicial interamericanas. En el caso argentino, la derogación congresional de las leyes de "obediencia debida" y de "punto final", que de hecho importaban una suerte de amnistía respecto de delitos castigados por el derecho internacional de los derechos humanos perpetrados durante el régimen militar de 1976/83, es una muestra de tal escrutinio de convencionalidad reparador.

Por supuesto, ambas dimensiones (la preventiva y la reparadora), son importantes. Desde una visualización pragmática, cabe destacar, sin perjuicio de la segunda, a la primera, ya que si el órgano legisferante evita emitir reglas inconvencionales, ahorrará muchos esfuerzos jurídicos y políticos, al propio órgano y a otros (v. gr., jueces), necesarios para inaplicar normas que padezcan del referido defecto de inconvencionalidad. Así, el constituyente deberá evitar promulgar reglas constitucionales disidentes con el Pacto de San José o la jurisprudencia de la Corte Interamericana, circunstancia que implica un serio tope *heterónomo* a sus competencias, y lo

5 Cfr. ETO CRUZ, Gerardo. "Presentación", en TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Coord.), *El precedente constitucional vinculante en el Perú,* Lima 2009, Adrus, pp. 9,10.

mismo tendrá que hacer el legislador común. Tal actitud de abstinencia normativa comienza –felizmente- a hacerse carne en diversos escenarios latinoamericanos.

c) Una variante peculiar de este contralor preventivo la tenemos, v. gr., cuando el legislador nacional *recurre explícitamente al Pacto de San José de Costa Rica para hacer operar parte del derecho local*. Así, por ejemplo, cuando indica que cierta norma nacional debe entenderse conforme al Pacto. Una muestra de ello ha sido la ley 26.854 de la República Argentina, sancionada en 2013, sobre regulación del ejercicio de medidas cautelares contra el Estado, por cierto muy criticada por el papel excesivamente limitativo con que condiciona a tales diligencias precautorias, pero que en varias partes de su articulado se remite, para facilitar tales diligencias y moderar el rigor legal, al caso en que *se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos…"* (la bastardilla es nuestra)[6].

6 La ley argentina 26.854 alude varias veces al concepto de "vida digna" como elemento generador de un trato más favorable en la provisión de ciertas medidas cautelares contra el Estado nacional.

a) Lo hace, en primer lugar, en su art. 2º inc. 2, cuando puntualiza que "la providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, solo tendrá eficacia cuando su trate de sectores socialmente vulnerables acreditados en el proceso, *se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos,* la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. También tendrá eficacia cuando se trate de un derecho de naturaleza ambiental" (la bastardilla es nuestra). En esta cláusula, la "vida digna" está operando como un factor (entre otros) habilitante de medidas cautelares ante magistrados incompetentes. Importa, pues, una excepción: si la medida cautelar no estuviera programada para satisfacer una vida digna, o alguno de los otros bienes aludidos, no resultaría viable ante un juez incompetente.

b) A su turno, el art. 4º inc. 3 de la misma ley, expone que "las medidas cautelares que tengan por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el artículo 2º, inciso 2, podrán tramitar y decidirse sin informe previo de la demandada". Aquí la norma confiere al valor "vida digna" (y a los otros bienes mencionados en el art. 2º inc. 2), una situación privilegiada: exime potencialmente de la tramitación y resolución de la medida cautelar, un informe previo a la autoridad pública demandada.

c) El art. 5º, segundo párrafo, después de enunciar (en el primero) que las medidas cautelares cuentan con un plazo de duración, que deberá ser obligatoriamente dispuesto por el juez del caso, alerta que "no procederá el deber previsto en el párrafo anterior, cuando la medida tenga por finalidad la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2º, inciso 2." Ello acarrea

La ley 26.854, por tanto, ha adoptado el concepto de "vida digna" gestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como un factor de trato favorable para ciertas medidas cautelares tendientes a tutelarlo. Dicha consideración privilegiada se traduce en la posibilidad de presentarlas ante un juez incompetente, de no requerir un informe previo para la expedición de la cautela, eximir al juez del deber de fijar un plazo para su vigencia, habilitarla con una simple caución juratoria, y otorgar el recurso de apelación contra la medida, con efecto devolutivo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos acuñó la idea de "vida digna" aglutinando dos derechos fundamentales del Pacto de San José de Costa Rica (o Convención Americana sobre Derechos Humanos): los de vida y dignidad. También describió su antivalor, el de "vida indigna", que provoca responsabilidad internacional para el Estado del caso.

El tribunal interamericano desarrolló tales conceptos primero en tutela de los derechos de reclusos, especialmente menores, pero después lo proyectó en materia de comunidades indígenas, y finalmente en términos más amplios. Muestra de esa evolución son, por ejemplo, los casos *Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (párrafos 159, 160, 170, 176), *García Asto vs. Perú* (párrafo 221), *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (párrafos 162, 163), *Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay* (párrafos 159,

una singular vigorización temporal para tales medidas, algo que puede ser decisivo para el éxito de una demanda.

d) El art. 10°, inciso 2, permite expedir medidas cautelares relativas a los casos del art. 2º inc. 2, con una mera caución juratoria (las otras cautelares, deberán cubrir caución real o personal).

e) El art. 13° inc. 3, párrafo segundo, establece que las apelaciones contra las medidas cautelares dispuestas en primera instancia ordenando la suspensión de los efectos de una ley o de un reglamento, "tendrá efecto suspensivo, salvo que se encontrare comprometida la tutela de los supuestos enumerados en el art. 2º, inciso 2". También aquí la ley 26.854 trata con mayor benignidad a las medidas precautorias ordenadas a amparar la "vida digna", cuando suspendieren la aplicación de leyes o reglamentos del mismo rango que ley, las que, cuando son concedidas inicialmente, se ejecutan lo mismo aunque fueren apeladas (el recurso será entonces con efecto devolutivo).

La suma de estas normas de trato favorable para las medidas cautelares adoptadas en defensa de la vida digna, es por cierto significativa: alivia recaudos de competencia, de un requerimiento de informe al demandado, de determinación de plazo de validez, flexibiliza la contracautela y da vigor ejecutivo a lo resuelto, pese a que la resolución admisoria se encontrase recurrida.

196, 203, 208, 211), *Ximenes Lopes vs. Brasil* (párrafos 127 a 132, 138 a 140), *Zambrano López vs. Ecuador* (párrafo 81), etc.

El concepto de "vida digna" es abierto y flexible. Para la Corte Interamericana, significa que la vida debe estar complementada por la existencia de otros elementos que son mínimos, esenciales o sustanciales a la dignidad humana.

El derecho al desarrollo de una "vida digna" implica conductas negativas para el Estado (no atentar contra la vida), pero muchas más, de tipo positivo y prestacional, concretas además, que se vuelven más apremiantes ante supuestos de sujetos o grupos de personas en situación de vulnerabilidad y de riesgo.

El Tribunal interamericano ha realizado múltiples especificaciones del concepto de "vida digna" ante situaciones muy diversas. Con referencia a presos, por ejemplo, y entre otros, ha mencionado su derecho a la vida, integridad personal, ausencia de tratos y castigos degradantes, separación entre presos y condenados, entre adultos y menores, precaución ante riesgos como incendios o agresiones. Si el detenido es niño, la preocupación estatal debe ser mayor, por su vulnerabilidad, debiendo incursionar asimismo en todas las áreas concernientes al futuro desarrollo físico e intelectual del menor. Respecto de indígenas, ha descripto su derecho a la salud, ambiente sano, alimentación, propiedad comunitaria, recursos naturales, habitación, educación y beneficios de la cultura. Con relación a discapacitados mentales, su derecho a tratamientos médicos eficaces, dignos y lo menos restrictivos posibles.

En general, el concepto o principio de "vida digna" es dinámico y en definitiva, materialmente, nomogenético: alberga y genera nuevas puntualizaciones de derechos (o si se prefiere, de subderechos), inferidos de los expresa y escuetamente declarados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea generalmente a cargo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Sin embargo, los jueces nacionales, en virtud del control de convencionalidad, también pueden realizar tales proyecciones, como agentes que son del sistema interamericano de derechos humanos. No deben operar, en efecto, como meros repetidores del Pacto de San José y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: igualmente, les toca expandir los derechos ante nuevos escenarios y conflictos.

La solución adoptada por la ley argentina 26.854, sin ser aislada, no es frecuente en el derecho comparado: ocurre cuando una ley nacional remite, en puntos de relevancia, a un texto y a unas reglas jurisprudenciales elaboradas por un tribunal regional. Esa derivación, que no es estática sino abierta y evolutiva, resulta pues de sumo interés. Quizá no habría sido necesaria, porque el concepto de "vida digna" emergente del Pacto de San José y construido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, era de todos modos obligatorio, según la doctrina del control de convencionalidad; pero de todos modos es atractiva, como muestra del refuerzo de tal control y del engarce entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos.

Finalmente, habrá que ver de qué modo los operadores locales procesan y despliegan tal mecanismo, que desde otra perspectiva, puede aportar datos provechosos en el diálogo entre las cortes nacionales y la corte interamericana. De momento, ello impone para jueces y abogados una constante y actualizada información sobre las aplicaciones y especificaciones, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del principio de "vida digna".

3. Las inconvencionalidades sobrevinientes

Puede ocurrir que una norma elaborada por un sujeto legisferante nacional resulte inicialmente "convencional" (en cuanto que no colisiona con los tratados de derechos humanos suscriptos por el país del caso, ni con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), pero que *después* se transforme en inconvencional, v. gr., si una nueva jurisprudencia de dicha Corte Interamericana colisiona con aquella norma nacional, o si el Estado ratifica un nuevo tratado opuesto a la norma en cuestión, o si modifica uno preexistente, con iguales resultados.

Estas posibles inconvencionalidades "sobrevinientes" obligarían a sanear el orden jurídico nacional, inaplicando o dejando sin efecto la regla doméstica originalmente convencional, pero más tarde inconvencional. Este trabajo correría a cargo de los jueces, en el marco de sus competencias, pero también del órgano emisor de las normas internas involucradas en el problema. Ello empalma con el principio del "efecto útil" de los tratados, reflejado, v. gr., en el art. 2-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando indica que con relación a los derechos y libertades reconocidos por ella, "los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de

esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Tal "efecto útil", de larga prosapia en el derecho internacional, estaba hasta hace pocas décadas entendido como una suerte de gentil invitación para los estados nacionales, en el sentido de adaptar, del modo y en el momento en que quisieran, sus normas a los tratados de derechos humanos que suscribieran. Más que una regla de derecho positivo coactiva para ellos, parecía una suerte de acto de cortesía que, si se incumplía, pocas consecuencias provocaba, salvo algunos escasos suspiros académicos. Además, si el tratado afectaba a la Constitución, el principio de supremacía constitucional, entendido graníticamente, blindaba contra cualquier posible intento de "utilidad" de ese "efecto útil" del tratado.

Es notorio que la doctrina del control de convencionalidad, tal como ha sido pergeñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, responde a parámetros bien distintos, en el sentido que confiere al principio del "efecto útil" una decidida operatividad compulsiva. Si los Estados tienen que "adoptar" medidas legislativas "o de otro carácter" para cumplir con la Convención, tendrán que modificar las reglas internas contrapuestas con ella, lo que importa un deber, entre otros, de reformar ese derecho interno, incluyendo al constitucional. Naturalmente, antes de consumar una reforma, está la provechosa atención del entendimiento "conforme" de ese derecho interno, con el Pacto de San José de Costa Rica, como –según vimos– se indicó en *Radilla Pacheco vs. México,* tanto en materia de interpretaciones "legislativas" como "constitucionales", según vimos. En eso, el intérprete-operador nacional debe extremar su imaginación y creatividad. Tiene que saber encontrar recetas anteriores, o diseñar nuevos productos interpretativos de la norma interna legal o constitucional, para hacerla compatible con el texto del Pacto de San José de Costa Rica y las pautas jurisprudenciales que produzca la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. La construcción de la doctrina del control de convencionalidad

El lector podrá advertir que la doctrina del control de convencionalidad diseñada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no tiene un desarrollo lineal ni absolutamente coherente. Abundan los zigzagueos, los avances y los despliegues no siempre armónicos. Su formulación es tipo aluvional: va creciendo con la sedimentación de diferentes casos donde el referido tribunal formula explicitaciones y avances. Como típica

construcción pretoriana, no tiene la estructuración sistemática que podría esperarse de un producto legislativo como el de un código procesal constitucional, si vale el ejemplo.

En definitiva, el operador nacional (juez, funcionario estatal en general, abogados, legisladores, etc.), debe pues estar atento al curso de los veredictos de la Corte Interamericana, que como apreciación global, han incrementado y siguen incrementando la superficie y la intensidad del control de convencionalidad dibujado en fallos liminares como *Almonacid Arellano vs. Chile.* La falta de información equivale aquí a desconocimiento de avances muy relevantes en la materia que abordamos.

El control de convencionalidad, que corre parejo con el control de constitucionalidad, mediante mutuas complementaciones, importa por ende un verdadero ejercicio jurídico al que mentes formadas en conjuntos normativos orgánicos y autosuficientes, al estilo de los códigos clásicos gestados en la centuria decimonónica, no siempre están entrenadas para asumir y practicar. Pero el desafío existe y debe ser atendido.

FAMILIA Y COMUNIDAD POLÍTICA EN EL PERÚ:

NECESIDAD DE CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD

*Ramiro De Valdivia Cano**

Constitución Política del Perú

Artículo 4°. La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley[1].

---

* Juez de la Corte Suprema de Justicia de la República. Profesor Principal de la Universidad Católica de Santa María.

1 RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución Política del Perú de 1993*. Fondo Editorial PUCP, pág. 54.

INTRODUCCIÓN

El cruel asesinato de un universitario durante un partido de fútbol, en el interior de un estadio limeño; la misma existencia de la "barra brava" que lo asesinó –de sus organizaciones mentoras (públicas y privadas) y de la impunidad y otros privilegios de que gozan– son apenas reflejos pálidos de una realidad angustiosa:

La sociedad está atravesando otra era de confusión. Las raíces de tal confusión se hunden en la erosión de la familia y del matrimonio –tarea en que se ha embarcado la comunidad política. Un politizado Derecho Positivo muestra tercamente su incapacidad para el logro del bien común y, a la par, su labilidad para servir a intereses subalternos.

El matrimonio y la familia sufren los embates de la prepotencia de la opinión pública manipulada y de las arbitrariedades del poder.

La erosión quedó institucionalizada en la sociedad cuando se comenzó por hacer concesiones demagógicas ante las presiones electoreras y ya se llega al extremo de justificar crímenes contra la vida, la libertad y la dignidad humanas. Se pretende validez jurídica a tales extremos de la prepotencia solo porque se enfundan en las fanfarrias de las formalidades de la norma legal o constitucional.

No obstante, la Constitución peruana no puede menos que reconocer el fundamento antropológico de la familia; que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado" (Art. 1°). Y a la familia y al matrimonio como "institutos naturales y fundamentales de la sociedad". No menos lírica ha resultado la declaración sobre la obligación de la comunidad y del Estado de proteger la familia y promover el matrimonio. (Art. 4°).

Ante los insistentes ataques de la comunidad política en contra de la familia, la paternidad y el matrimonio se hace urgente recurrir a la doctrina del control de convencionalidad; sus nociones básicas, sus orígenes, desarrollo actual, el objeto y contenido de este control y sus efectos. En síntesis, la doctrina enfatiza el control difuso de la convencionalidad, es decir, la facultad que ostentan los jueces nacionales para rechazar de plano la aplicación, a pedido de parte o de oficio, de las reglas de derecho interno de un país, cuando estas son incompatibles con el espíritu o la letra de las normas y convenios internacionales en materia de Derechos Humanos ratificados por el país respectivo.

Aún los defensores del positivismo a ultranza tendrán que aceptar que esta facultad está reconocida en la Constitución Política cuando establece en su Cuarta Disposición Final y Transitoria que "*Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú*"[2].

Mientras el control de constitucionalidad tiene por meta afianzar la supremacía de la Constitución, el control de convencionalidad tiene como objetivo consolidar la hegemonía de las convenciones internacionales en materia de Derechos Humanos. Téngase en cuenta que el control de convencionalidad, no se limita a la defensa de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto de San José de Costa Rica. Alcanza a cualquier Convención o Declaración en materia de Derechos Humanos; a todos los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias de los que es parte el Perú, en el presente o en el futuro.

Más aún, conforme a la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la doctrina del control de la convencionalidad, además de requerir que los tribunales nacionales rechacen la aplicación de las reglas internas opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, también exige que las reglas internas se sometan a su jurisprudencia. En esta posición de vanguardia en la defensa de los Derechos Humanos, a través de sus sentencias, la Corte Interamericana está dando a su jurisprudencia el mismo valor que el que otorga a la letra del Pacto de San José de Costa Rica.

Es muy significativo que hasta el 2010, la Corte Interamericana se había referido en más de una docena de casos al control de convencionalidad –puesto que la Corte Interamericana por sí misma ya practicaba el control de convencionalidad al considerar inválidas las normas nacionales de derecho interno que se opusieran al Pacto de San José de Costa Rica. En este aspecto, se ha convertido en un hito importante el reclamo de los trabajadores cesados del Congreso de la República del Perú, que llevaron su caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta sentencia la Corte somete a evaluación el atributo de convencionalidad de las pertinentes normas internas peruanas –sin excluir leyes, decretos, reglamentos, resoluciones ministeriales ni las normas constitucionales de este país.

2 RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución Política del Perú de 1993.* Fondo Editorial PUCP, pág. 313.

I

Ni la ley ni la convención social; es el amor (en el sentido de amor/ágape de la filosofía clásica) la piedra fundamental de la familia y del matrimonio. Siendo imprescindible en la existencia humana, cuando se manifiesta en el don total de dos personas en su complementariedad, el amor no puede limitarse a emociones o sentimientos accidentales, y mucho menos a la mera expresión sexual. La historia ha demostrado que cualquier sociedad que tiende a relativizar y a banalizar la experiencia del amor y de la sexualidad, exalta los aspectos efímeros de la vida y oscurece los valores fundamentales.

La propia enseñanza: "Corresponde a cada uno, varón y mujer, reconocer y aceptar su identidad sexual. La diferencia y la complementariedad físicas, morales y espirituales, están orientadas a los bienes del matrimonio y al desarrollo de la vida familiar. La armonía de la pareja humana y de la sociedad depende en parte de la manera en que son vividas entre los sexos la complementariedad, la necesidad y el apoyo mutuos". Esta perspectiva lleva a considerar necesaria la adecuación del Derecho Positivo a la Ley Natural, según la cual la identidad sexual es indiscutible, porque es la condición objetiva para formar la pareja matrimonial.

La naturaleza del amor conyugal exige la estabilidad de la relación matrimonial y su indisolubilidad. La falta de estos requisitos perjudica la relación de amor exclusiva y total, propia del vínculo matrimonial, trayendo consigo graves sufrimientos y efectos negativos para el tejido social, para los hijos e incluso para los propios cónyuges.

La estabilidad y la indisolubilidad de la unión matrimonial no deben quedar confiadas exclusivamente a la intención y al compromiso de los individuos: la responsabilidad en el cuidado y la promoción de la familia, como institución natural y fundamental, precisamente en consideración de sus aspectos vitales e irrenunciables, compete principalmente a toda la sociedad. La necesidad de conferir un carácter institucional al matrimonio, fundándolo sobre un acto público, social y jurídicamente reconocido, deriva de exigencias básicas de naturaleza social.

La introducción del divorcio en las legislaciones civiles ha alimentado una visión relativista de la unión conyugal y se ha manifestado ampliamente como una "verdadera plaga social".

Después de casi veinte años de vigencia de la Constitución Política de 1993, su artículo cuarto viene siendo sistemáticamente violado por

leyes, reglamentos, otras normas legislativas de menor nivel y por la jurisprudencia que vejan la familia, la paternidad y el matrimonio. A las puertas del vigésimo aniversario constitucional resulta obvio que el control de la constitucionalidad, tanto el difuso como el concentrado, ha fracasado. No de otra manera se explica la vigencia impune de tales normas –que, por lo demás, ya están produciendo efectos sociales, jurídicos y políticos apocalípticos.

Habida cuenta de la desidia del aparato estatal o el beneplácito con el que se viola impunemente estas normas constitucionales, se hace imperativo invocar el control de la convencionalidad de las normas peruanas desde la perspectiva de las siguientes convenciones internacionales de las que es parte el Perú:

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

ARTÍCULO 17. PROTECCIÓN A LA FAMILIA

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.[3]

3 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE

INDICE

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.
2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil[4].

La comunidad política, en efecto, pretende ignorar que la cuestión de las justas relaciones derivadas del matrimonio y la familia tiene sus raíces y sus respuestas en la esencia del ser humano. Allí se encuentra el lazo indisoluble entre espíritu y cuerpo. De esa pretendida ignorancia brotan las políticas dirigidas a banalizar la familia, el matrimonio y la sexualidad

DERECHOS HUMANOS. Recuperado de:
http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html

4 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Recuperado de: http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm

–la sexualidad humana que es un don, que no está *al lado* del ser persona, sino que le pertenece, *forma parte de la sustancia* del ser humano.

Cuando la comunidad política banaliza las relaciones familiares deja de lado que la totalidad del hombre incluye la dimensión del tiempo; que el «sí» matrimonial significa «sí, para siempre», y es irrevocable ya que está destinado al don de nuevas vidas. La libertad del «sí» es la libertad capaz de asumir lo que es definitivo; no se limita a la búsqueda del placer circunstancial legítimo o no.

El matrimonio, como institución, no es, por tanto, una franquicia o una injerencia indebida de la sociedad o del Estado, ni es una concesión de la Constitución o del Código Civil; ni del convenio internacional –tampoco es una imposición desde el exterior en la realidad más privada de cada vida. Por el contrario, es una exigencia intrínseca del pacto de amor conyugal y de la profundidad de la persona humana.

Todo lo cual hace repugnante, desde el punto de vista jurídico, la violenta contradicción en que se incurre en el mismo Art. 4° de la Constitución al poner en manos de cualquier mayoría –parlamentaria– simple el destino de estos "institutos naturales y fundamentales." Más aún al otorgar a esos grupos de políticos casquivanos, desorbitadas facultades para regular causas de separación de las familias y de disolución del matrimonio. Nótese que en todos los demás casos, la enmienda más menuda y timorata del texto constitucional requiere de un intrincado y muy oneroso proceso nacional de modificación. El uso que los políticos dan a tales facultades desorbitadas queda plasmado en aquellas leyes que posibilitan el divorcio fundando la demanda en hecho propio del cónyuge divorcista; en las leyes que cercenan la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional para entregarla, cuando se trata de demandas de divorcio, a no-siempre-doctos alcaldes y notarios[5].

Pero, la agonía apenas comienza y ¡ay! el cadáver sigue muriendo; y "se extiende la herida del divorcio y de las uniones libres"[6].

5 Ver Ley N° 27495 de 7 de julio de 2001, denominada "Ley que incorpora la separación de hecho como causal de separación de cuerpos y posterior divorcio". También la ley N° 29227, denominada "Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías" de 16 de mayo de 2008.

6 Así lo denunció Benedicto XVI en su visita a Brasil (mayo, 2007).

Es por esta vía que la sociedad peruana del s. XXI padece de diferentes causales y procedimientos "legales" –y anticonstitucionales– de disolución. Estas son expresiones de una falsa libertad o de una libertad anárquica que se presenta erróneamente como auténtica liberación del hombre. Padece también de institutos "legales," supuestamente sucedáneos y paralelos al matrimonio y a la familia. Algunos de ellos, cobijados en la "libertad" que ululan los arts. 5° y 6° de la Constitución –que son incompatibles con los antes mencionados arts. 1° y 4°. Es el "divorcio delivery".

Tal pseudolibertad se basa en proyectos de demolición del cuerpo y de la dignidad del hombre, del amor y de la familia. Su presupuesto es que el político puede imponer sus criterios demagógicos o no; y que el hombre puede hacer de sí y de su familia lo que quiera cuando se trata de alcanzar propuestas hedonísticas o egoístas.[7]

Esta libertad irresponsable (que, en consecuencia, no es libertad) deviene en un dualismo que desconoce el auténtico ser y la dignidad de la persona; y en un envilecimiento del amor humano. Reduce la naturaleza humana a un conjunto de funciones, de las que se puede disponer según los propios gustos, en la medida del propio poder económico o político y con el activismo de los políticos que responden a exigencias crematísticas coyunturales.

Al no reconocer ni a la familia ni al matrimonio como definitivos y definitorios, el hombre actual solo tiene como medida última el propio ego con sus caprichos y poder y que, con la apariencia de libertad, se convierte para cada quien en una prisión.

En el presente trabajo, por tales razones, se pretende interpretar el caos social derivado de los ataques a la dignidad del hombre, la familia y el matrimonio a la luz del Derecho Natural, el Derecho Internacional y la doctrina católica.[8] Tal vez como lo plantea Javier Hervada cuando

7 Véase la Ley 29227 de 16 de mayo de 2008, "Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías". Y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2008- JUS.

8 Para este efecto se ha consultado: PONTIFICIO CONSEJO «JUSTICIA Y PAZ» COMPENDIO DE LA DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA recuperado de: http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html. Los textos entrecomillados en este ensayo corresponden al Compendio; salvo que se indique expresamente alguna otra fuente.

sostiene que en su obra, el concepto clave es el de lo justo o derecho en sentido realista; con la angustia de la búsqueda de instrumentos para proteger al hombre "frente al peligro de ver menoscabada su dignidad y su libertad ante la prepotencia de las fuerzas sociales y las potenciales arbitrariedades del poder".[9]

Es del todo oportuna la exhortación de Benedicto XVI pronunciada en Brasil en el 2007: A ser hombres y mujeres libres y responsables; a respetarse en el matrimonio, también en el romance y en el noviazgo; a resistir con fortaleza a las insidias del mal que llevan a una vida disoluta, paradójicamente vacía, al hacer perder la libertad y la felicidad verdaderas.

II

La defensa de la dignidad del hombre, la familia y el matrimonio es un inmenso ámbito de aplicación del control de la convencionalidad, ante el fracaso del control de la constitucionalidad. En efecto, entre los muchos defectos de la Constitución de 1993, sobresale la incoherencia con que trata a la familia y el matrimonio. En su Art. 4° (Protección a la familia. Promoción del matrimonio) reconoce la obligación del Estado de proteger a la familia y promover el matrimonio. "Reconoce a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad." Pero, a renglón seguido, establece que esta misma norma puede ser modificada y arrasada al gusto electorero de cualquier mayoría simple del Congreso. ¡Sin necesidad de seguir el trámite de modificación obligatorio para cualquiera de las otras normas constitucionales! [10]

La familia, lejos de ser solo objeto de la acción política, debe ser sujeto *sine qua non* de esta actividad, movilizándose para "procurar que las leyes y las instituciones del Estado no solo no ofendan, sino que sostengan y defiendan positivamente sus derechos y deberes naturales. En este sentido, las familias deben crecer en la conciencia de ser 'protagonistas' de la llamada 'política familiar' y asumir la responsabilidad de transformar la sociedad".

9 HERVADA, Javier. *Introducción crítica al Derecho Natural*. Editorial MiNos, S.A. de C.V. México D.F. 1999.

10 Consultar RUBIO CORREA, Marcial. "Título VI.- Reforma de la Constitución" en *Para conocer la Constitución Política del Perú de 1993*. Fondo Editorial PUCP, pp. 311 y ss.

INDICE

Con la misma frivolidad y facilismo, el Estado peruano ha establecido que la procedencia de la demanda de divorcio se fundamente en hecho propio (el abandono del hogar conyugal que perpetra el propio demandante). Y en un salto jurídico regresivo ha expedido la norma que promueve que los municipios y los notarios reemplacen al Poder Judicial en la función jurisdiccional al encomendarles una nueva función: destruir el vínculo matrimonial por la vía del divorcio convencional: el divorcio al paso. Esta vez el pretexto es el de disminuir la carga procesal del Poder Judicial. Y lograr un sistema eficaz de destrucción de aquellas mismas instituciones que la Constitución reconoce "como institutos naturales y fundamentales de la sociedad". El estropicio es coronado con la promulgación de la Ley 29227 y el Decreto Supremo Nº 009- 2008- JUS.

La carga laboral nueva, la retrasada y la pendiente en el Poder Judicial son reales y gigantescas. Un solo ejemplo al paso: Con los incentivos legislativos al divorcio se ha logrado un embalse de más de 3 millones y medio de demandas pendientes de solución. Para el congresista menos alerta, el proyecto del Divorcio al Paso supuso una posible cosecha de 17 millones de votos para la reelección –sin contar con los votos de los terceros que están a la espera del respectivo divorcio![11] –Necesidad de control de la convencionalidad.

En cuanto a las "razones" esgrimidas por los políticos, el problema de la carga laboral de la administración de justicia no se resolverá convirtiendo en Jueces de Familia a alcaldes y notarios, este problema reclama soluciones serias que deben partir de la autonomía presupuestal del Poder Judicial; pese a quienes menosprecian su importancia. Su presupuesto es inferior al 3% del Presupuesto Nacional, y es fijado por los otros Poderes cuando debiera estarlo en la Constitución y administrado en forma independiente. Es, por supuesto, comparativamente inferior al 6% de los estándares de países civilizados.

Es hora de dotar al Poder Judicial de un presupuesto acorde con su condición de salvaguarda de la legalidad, la seguridad y la estabilidad jurídicas que lo califican como el Primer Poder del Estado. No se olvide que, sin estas condiciones, no habrá inversión, ni nuevos puestos de trabajo, ni desarrollo económico.

11 Véase la Ley 29227 de 16 de mayo de 2008, Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías. Y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2008- JUS.

No solo es el monto presupuestal. El Poder Judicial (PJ) no puede permanecer expuesto a la indiferencia o al castigo o a las represalias del sistema político. Es urgente plasmar en leyes las respectivas normas constitucionales y los discursos sobre independencia del Poder Judicial y su independencia económica. Y tiene que preverse sistemas para evitar que se incremente la carga judicial sin la dotación de recursos, ni estudio del impacto de soluciones legislativas electoreras, improvisadas o de coyuntura.

En una palabra, el problema planteado exige un sistema que demuestre inequívocamente que la independencia del Poder Judicial no es precisamente la que fijan los otros poderes del Estado, con sus propias y particulares pautas y corruptelas.

II

Este tipo de leyes electoreras ("divorcio al paso", "divorcio delivery") es negativo para los fines de instaurar una relación correcta y constructiva entre la familia, el Estado y la sociedad cuyo punto de partida es el reconocimiento de la subjetividad y de la prioridad social de la familia.

Hay un barniz cultural e histórico ligado a las formas de las relaciones sociales que se desprenden de un dato natural. Las relaciones sociales siguen fundándose en la naturaleza.

La íntima relación entre familia, sociedad y Estado "impone también que la sociedad cumpla su deber fundamental de respetar y promover la familia misma". Estado y sociedad están llamados a garantizar y favorecer la genuina identidad de la vida familiar y a evitar y combatir todo lo que la altera y daña —respetando la prioridad y "preeminencia" de la familia. Téngase en cuenta que las histriónica normativista pretende que la realidad jurídica sea un amasijo de normas revestidas de formas constitucionales. Pero el Derecho involucra una densa trama de relaciones sociales. Entre ellas, se identifica a aquellas que se refieren a los derechos que tiene el hombre: las relaciones jurídicas. Siguiendo la antigua lección del Derecho Romano: donde hay sociedad, hay derecho. Este está diseñado y construido con la argamasa de la alteridad, es decir, de las relaciones entre los seres humanos. El conjunto de relaciones jurídicas constituye la estructura primaria y fundamental de la realidad jurídica.

De lo expresado, se sigue que la acción política y legislativa está llamada a salvaguardar los valores de la familia, desde la promoción de

la intimidad y la convivencia familiar, hasta el respeto de la vida humana naciente y la efectiva libertad de elección en la educación de los hijos. La sociedad y el Estado no pueden, por tanto, ni absorber ni sustituir, ni reducir la dimensión social de la familia; más bien deben honrarla, reconocerla, respetarla y promoverla según el principio de subsidiaridad.

El servicio de la sociedad a la familia se concreta en el reconocimiento, el respeto y la promoción de los derechos de la familia. Todo esto requiere la realización de auténticas y eficaces políticas familiares, con intervenciones precisas, capaces de hacer frente a las necesidades que derivan de los derechos de la familia como tal. En este sentido, es necesario como requisito previo, esencial e irrenunciable, el reconocimiento —lo cual comporta la tutela, la valoración y la promoción— de la identidad de la familia, sociedad natural fundada sobre el matrimonio. Este reconocimiento establece una neta línea de demarcación entre la familia, entendida correctamente, y las otras formas de convivencia, que —por su naturaleza— no pueden merecer ni el nombre ni la condición de familia.

El reconocimiento, por parte de las instituciones civiles y del Estado, de la prioridad de la familia sobre cualquier otra comunidad y sobre la misma realidad estatal, comporta superar las concepciones meramente individualistas y asumir la dimensión familiar como perspectiva cultural y política, irrenunciable en la consideración de las personas. Ello no se coloca como alternativa de los derechos que las personas poseen individualmente, sino más bien como su apoyo y tutela. Esta perspectiva hace posible elaborar criterios normativos para una solución correcta de los diversos problemas sociales, porque las personas no deben ser consideradas solo singularmente, sino también en relación a sus propios núcleos familiares, cuyos valores específicos y exigencias han de ser tenidos en cuenta.

La familia se fundamenta en la libre voluntad de los cónyuges de unirse en matrimonio, respetando el significado y los valores propios de esta institución.

La institución matrimonial nace, también para la sociedad, "del acto humano por el cual los esposos se dan y se reciben mutuamente" y se funda sobre la misma naturaleza del amor conyugal que, en cuanto don total y exclusivo, de mujer a varón y viceversa, comporta un compromiso definitivo expresado con el consentimiento recíproco, irrevocable y público. Al margen de este consentimiento, el matrimonio sería nulo. Este compromiso pide que las relaciones entre los miembros de la familia

estén marcadas también por el sentido de la justicia y el respeto de los recíprocos derechos y deberes.

Ningún poder puede abolir el derecho natural al matrimonio ni modificar sus características ni su finalidad. El matrimonio tiene características propias, originarias y permanentes. Aunque no siempre se trasluzca con la misma claridad, a pesar de los numerosos cambios que han tenido lugar a lo largo de los siglos en las diferentes culturas, estructuras sociales y actitudes espirituales, todas las culturas dan testimonio de la dignidad de la unión matrimonial.

III

Finalmente, teniendo en cuenta las fuentes humanísticas y jusnaturalistas de los arts. 1°, 2° y 4° y Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú; y las concordantes normas contenidas en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es necesario hacer una advertencia: Los jueces que están llamados a activar el control de la convencionalidad en el área del Derecho Familiar, deberán tener en cuenta que se puede sostener que competiría al Estado social y democrático de Derecho regular los efectos civiles del matrimonio. Pero, ni el Estado ni la sociedad deben soslayar su dignidad en sus características específicas, que exigen ser salvaguardadas frente a cualquier intento de alteración de su naturaleza. La sociedad no puede disponer del vínculo matrimonial, con el cual los dos esposos se prometen fidelidad, asistencia recíproca y apertura a los hijos.

Aquello que se atribuye a una entidad por algún título recibe el nombre de *ius* (derecho), en mérito de una cualidad que la sitúa en el mundo jurídico. Aquello le es debido en sentido estricto. Entre lo que es debido al matrimonio, y que el Estado y la sociedad deben reconocerle, encontramos:

- La totalidad, en razón de la cual los cónyuges se entregan recíprocamente en todos los aspectos de la persona, físicos y espirituales;
- La unidad que los hace "una sola carne" (Gn 2,24);
- La indisolubilidad;
- La fidelidad que exige la donación recíproca y definitiva;

La fecundidad a la que naturalmente está abierto. El desprecio de este rasgo que el mundo actual detenta ya está dando, como producto más ostensible, el envejecimiento poblacional con gravísimas consecuencias sociales y económicas, por mencionar solo lo estadísticamente obvio.

El designio sobre el matrimonio —designio accesible a la razón humana, no obstante las dificultades debidas a la dureza del corazón (cf. Mt 19,8; Me 10,5)— no puede ser juzgado exclusivamente a la luz de los comportamientos de hecho y de las situaciones concretas que se alejan de él. La poligamia es una negación radical de su designio original, "porque es contraria a la igual dignidad personal del varón y de la mujer, que en el matrimonio se dan con un amor total y por lo mismo único y exclusivo".

El matrimonio, en su verdad "objetiva", está ordenado a la procreación y educación de los hijos. La unión matrimonial, en efecto, permite vivir en plenitud el don sincero de sí mismo, cuyo fruto son los hijos, que, a su vez, son un don para los padres, para la entera familia y para toda la sociedad.

El matrimonio, sin embargo, no ha sido instituido únicamente en orden a la procreación: su carácter indisoluble y su valor de comunión permanecen incluso cuando los hijos no lleguen a coronar la vida conyugal. También existen las alternativas de la adopción y la generosidad del voluntariado en servicios en beneficio del prójimo.

Aun desde el punto de vista jurídico, la relación matrimonial se fundamenta en una piedra angular natural; el fenómeno jurídico, en general, tiene un fundamento natural.

Con su misma vida, los cónyuges están llamados a dar testimonio de vida, ser testigos y anunciadores de la solidaridad familiar, del apoyo mutuo, del sentido unívoco del matrimonio, que la sociedad actual reconoce cada vez con mayor dificultad, especialmente cuando el Estado acepta versiones antojadizas y relativistas del mismo fundamento natural de la institución matrimonial.

Del amor nacen relaciones vividas como entrega gratuita, que "respetando y favoreciendo en todos y cada uno la dignidad personal como único título de valor, se hace acogida cordial, encuentro y diálogo, disponibilidad desinteresada, servicio generoso y solidaridad profunda". La existencia de familias que viven con este espíritu pone al descubierto las carencias y contradicciones de una sociedad que tiende a privilegiar

relaciones basadas principalmente, cuando no exclusivamente, en criterios de eficiencia y funcionalidad.

La familia que vive construyendo cada día una red de relaciones interpersonales, internas y externas, se convierte en la "primera e insustituible escuela de socialidad, ejemplo y estímulo para las relaciones comunitarias más amplias en un clima de respeto, justicia, diálogo y amor".

INDICE

ACCESO A LOS JUECES Y JUEZAS CONSTITUCIONALES Y EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS EN LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD DENTRO DE LAS PAUTAS PREVISTAS POR EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

REFLEXIONES AL AMPARO DE LO RESUELTO EN LA SENTENCIA EMITIDA EN EL CASO "FRANCISCA VÁSQUEZ ROMERO"

*Eloy Espinosa-Saldaña Barrera**

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Catedrático de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional en las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima y de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor Principal-Coordinador y Exdirector General de la Academia de la Magistratura del Perú. Profesor visitante o conferencista invitado en diversas universidades europeas, latinoamericanas o peruanas. Integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, la Red Peruana de Docentes de Derecho Constitucional y las Asociaciones Peruanas de Derecho Administrativo y Derecho Procesal, entre otras entidades. Presidente Honorario del Consejo Académico del próximo Congreso de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Autor o coautor de diversos libros y artículos sobre materias de su especialidad.

I. CONSIDERACIONES INICIALES: EL DIFÍCIL EQUILIBRIO EN LA CONFIGURACIÓN DE LAS LABORES DE LOS JUECES Y JUEZAS CONSTITUCIONALES Y EL TEMA DEL ACCESO A LA JUDICATURA CONSTITUCIONAL PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS

En la actualidad, resulta innegable la enorme relevancia que tiene la labor de los jueces y juezas constitucionales en la tutela de los derechos fundamentales, fin central del Estado Constitucional, así como en la correcta comprensión de la supremacía constitucional y la preservación de la limitación del poder, otros dos aspectos centrales para entender los alcances considerados propios del constitucionalismo contemporáneo. Ahora bien, esta tarea, que se ejerce en un contexto en donde se ha redimensionado el concepto de Constitución[2], y se reclama

2 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 circunscribe a un carácter más bien descriptivo del escenario político existente en una sociedad determinada. 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 desarrollo 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 veinte, 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 hechos 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 Núremberg, los cuales cuestionan a una comprensión más bien tradicional del principio de legalidad; la distinción 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.

una "constitucionalización del Derecho" con sus diversas expresiones[3], y se busca una "constitucionalización de la política"[4], también debe ejercerse dentro de ciertos parámetros.

3 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 una serie de elementos centrales dentro de lo que hoy denominamos Estado Constitucional. Como bien anota Favoreu, nos referimos a un fenómeno que tiene múltiples efectos. Algunos, los más conocidos, son los llamados 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, FAVOREU, Louis. "La Constitucionalización del Derecho". En: *Revista de la Universidad de Valdivia.* pp. 31-43.

Ahora bien, si el eje de la comprensión del Derecho, a partir de la Constitución es hoy, como aquí ya se ha dicho, el reconocimiento y tutela de los 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.

4 La actual vocación por imbuir de pautas constitucionalmente previstas a toda actuación dentro de un Estado indudablemente ha tenido una serie de significativas implicancias. Una de las ciertamente más relevantes, y desde siempre con entidad propia, es la de apuntalar cada vez más la posibilidad de tener prevista la revisión en sede jurisdiccional de ciertas decisiones propias del quehacer político, o dicho con otras palabras, del gobierno y dirección de una sociedad determinada. Y si es que si bien lo jurídico y lo político no son lo mismo, en un Estado Constitucional, donde la legitimación del ejercicio del poder es también jurídica, el quehacer político no puede, de acuerdo con una posición cada vez mejor asentada, desconocer los procedimientos previstos para la toma de decisiones en el texto constitucional, o dejar de lado contenidos conformes a parámetros constitucionalmente recogidos.

Este fenómeno, denominado "constitucionalización de la política", tiene tal vez como su expresión más notoria a la del debate sobre la pertinencia de mantener la figura de las "*political questions*", suprimirlas, o permitir algún nivel de revisión sobre las mismas. Estas *political questions,* o cuestiones políticas, tienen como antecedente más claro lo resuelto en *Marbury versus Madison* (1803), aunque, oportuno es anotar que esta teoría toma su configuración definitiva en *Luther versus Borden* (1849). Al respecto, ya en *Marbury versus Madison*, el Chief Justice Marshall señala que "[…] cuando los titulares de los titulares de los departamentos actúan como agentes políticos o confidenciales del Ejecutivo y no hacen más que poner en práctica la voluntad del Presidente, en aquellos casos en que éste posee poderes discrecionales legal o constitucionalmente conferidos, nada puede resultar más claro que el control de estos actos solo puede ser político […]", "[…] La competencia de la Corte es, solamente, para decidir sobre los derechos de los individuos,

no para inquirir cómo el Poder Ejecutivo o los funcionarios del Poder Ejecutivo desempeñan deberes en los cuales tienen completa discreción. Cuestiones en su naturaleza política, o las que, por la Constitución o a las leyes, están sometidas al Poder Ejecutivo, nunca pueden ser decididas por este Tribunal […]".

Como bien señalaba Sagués "[…] Esta teoría convenía a la Corte Suprema, pues "tranquilizaba" al Congreso y al Gobierno, poniéndose una autorestricción luego de haberse otorgado el control difuso sin una cobertura constitucional específica para ello. Convenía al Presidente y al Capitolio, que recibían una suerte de inmunidad de cuestionamiento vía jurisdiccional en temas privativos de dichos órganos, y que casi siempre eran los de mayor relevancia política. Finalmente, beneficiaba a los ciudadanos, pues así garantizaban una cuota de cuestionamiento a las decisiones de las autoridades aceptada por las mismas autoridades (aquella destinada a defender sus derechos) […]". Ver en este sentido, SAGUÉS, Néstor. "Reflexiones sobre las cuestiones políticas no justiciables a propósito de la coalición contra Irak". En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.* México, Porrúa, 2005, pp. 295-296.

Cierto es que también se han esgrimido estas justificaciones de la existencia de cuestiones políticas (preservar la diferencia entre Poder Constituyente y Poderes constituidos, tratar de fijar límites a la labor del juez(a) constitucional). Sin embargo, ello no levanta el cuestionamiento formulado a esta categoría, pues la subsistencia de espacios no sujetos al control jurídico (y, sobre todo, al jurisdiccional) parece ser contraria al sentido mismo Estado Constitucional. La pregunta que hoy cabe hacerse al respecto es si puede, en un contexto como el actual, donde se discute si el juez(a) constitucional tiene o no límites en su accionar, reconocerse la existencia de "actos políticos" o de una "discrecionalidad política", en principio no revisable (o no completamente revisable) en sede jurisdiccional.

Responder a esta pregunta implica efectuar ciertas precisiones al respecto, vinculadas a, por ejemplo, qué se entiende por actos políticos; y además, a la determinación de los criterios en base a los cuales se podría revisar este tipo de actos. Debe tenerse presente también que, incluso entre sus defensores, esta doctrina ha sido sometida a ajustes y matices. Así, por ejemplo, cabe resaltar cómo en los mismos Estados Unidos desde el principio se entendió a esta categoría en forma restrictiva, y además, se señaló que la actuación judicial siempre debía tomar en cuenta si se encuentran en juego los derechos (fundamentales) de las personas involucradas. De otro lado, en principio la determinación de una "political question" es en principio una tarea jurisprudencial (raros son los casos en que esta especificación se realiza a nivel legal o constitucional). Por ende, bien puede entenderse cómo algunas cuestiones políticas dejaron de serlo por decisión jurisdiccional, e incluso cómo en sentencias, como la emitida en *Baker versus Carr* (1962), se busquen establecer posibles justificaciones a estas situaciones, anotándose entre ellas a las siguientes:

a. Estar ante materias confiadas constitucionalmente a reparticiones "políticas" dentro de cada gobierno.
b. Estar ante asuntos donde no existe una normativa judicialmente distinguible y aplicable.
c. Estar ante problemas donde debe darse una decisión política en materias reducidas a una discrecionalidad gubernativa (no judicial).

Paso a explicitar mejor el contenido de mi afirmación anterior: los jueces y juezas constitucionales, independientemente de la discusión sobre con qué legitimidad lo hacen (debate cuya extensión rebasaría los alcances del presente texto), tiene a su cargo la capital responsabilidad de efectuar la interpretación de cierre a nivel jurídico del ordenamiento normativo vigente dentro de un Estado determinado para así asegurar su comprensión conforme a la Constitución, o sustentado en base a lo que se desprende de ella. Ahora bien, no son por ello los únicos intérpretes vinculantes, y por ende, no pueden imponer su comprensión de las cosas a los demás intérpretes a los cuales se les reconoce ese rango. Solamente pueden, por razones de competencia antes que de jerarquía, revisar la interpretación de los otros si la misma no es conforme a los parámetros constitucionales.

Es más, los jueces y juezas constitucionales no son los(las) primeros(as) intérpretes vinculantes, tarea que corresponde a quienes desempeñan las labores legislativas. No les compete además sustituir al constituyente, sino asegurar un cabal desarrollo de la labor iniciada en el ejercicio del Poder Constituyente. No les toca reemplazar al legislador, sino complementar

d. Eventualmente, estar ante temas en los que es imposible que una decisión independientemente de un tribunal "falte el respeto a otras ramas del Gobierno".
e. Existir una "necesidad inusitada" de adherirse a una decisión política ya tomada.
f. Considerarse inconveniente que existen múltiples decisiones de varias reparticiones estatales sobre una misma cuestión.

Ahora bien, la invocación a cuestiones políticas no es privativa del escenario norteamericano. Se las ha invocado en Alemania, España, Argentina o Perú. En todos estos casos es cada vez más notoria la necesidad de determinar las diferencias entre competencias exclusivas de ciertas autoridades y cuestiones políticas no justiciables, este último concepto solamente se aplica a aquellas competencias referidas a las decisiones más relevantes para el gobierno de un Estado.

Yendo entonces a aspectos de suyo relevantes, es importante tener presente que en algunos países se está eliminando la categoría, y en otros, se va admitiendo mayores posibilidades de su revisión jurisdiccional, ya sea por materias de procedimiento o por elementos de contenido (el tipo de evaluación más utilizado en los Estados Unidos); y que, en líneas generales, hoy se tiende a entender a las cuestiones políticas como actuaciones de tipo discrecional, y por ende, para la revisión de estas cuestiones políticas principalmente se busca recurrir a las técnicas usadas para el control de la discrecionalidad administrativa, como son el análisis de los conceptos jurídicos indeterminados, el control sobre los elementos reglados del acto, la revisión de hechos considerados determinantes, la suspensión del respeto y cumplimiento de los principios generales del Derecho, y el seguimiento para preservar la finalidad que buscaba ser obtenida por la Administración.

INDICE

y orientar su trabajo. En ese sentido, incluso si correctamente entiende la Constitución también como un instrumento de integración social[5], en rigor no configura políticas públicas, sino que, en el mejor de los casos, en el ejercicio de sus funciones republicana[6], reconciliadora[7], moderadora[8] o

5 La Constitución, como todos bien sabemos, es una norma jurídica (o en puridad, un conjunto normativo), cuyo texto tiene peculiaridades que la distinguen de otras disposiciones normativas, y es que, además de una norma (que regula el poder y reconoce derechos), la Constitución es también una herramienta o símbolo de integración social (Smend, Bickel).

En este sentido, se ha explicado que la Constitución no solo es una "norma jurídica", sino también Ley Fundamental (Schmitt), pues regula los asuntos más importantes de una comunidad política. La Constitución encarna (o aspira a encarnar) el *Ius* de una comunidad, por lo que no puede ser concebida únicamente como *Lex* de superior grado (Zagreblesky). Es el símbolo máximo del proyecto colectivo, y representa la cultura y los valores de un país Häberle. Coincido entonces con lo planteado al respecto con el profesor Juan Manuel Sosa Sacio, en un texto que espero ver publicado muy pronto.

En mérito a lo sucedido, conviene preguntarse si la labor del Tribunal Constitucional se limita solo a interpretar la *Lex* (texto normativo) de la Constitución. En otras palabras, si la interpretación constitucional puede ser considerada como una actividad meramente "técnica" (Lucas Verdú). Al respecto, en cualquier caso, parece claro que desentrañar el significado del *texto* de la Constitución exige siempre tener en cuenta el *contexto* (v. gr. Scalia, Müller), que da o ayuda a darle sentido a las disposiciones normativas.

6 Hoy se señala que los Tribunales ayudan al proceso de integración social y política, máxime si vivimos en tiempos de dispersión y pluralismo (Sosa Sacio). En tal sentido, los tribunales tendrían una "función republicana", al menos en dos sentidos: a través de su *actitud afirmativa de los valores constitucionales y las virtudes cívicas* (incluso, a veces, contra impulsos mayoritarios y la política cotidiana); y mediante la *consolidación de una identidad en la Constitución* (es decir, fomentando la integración en el sentimiento constitucional (Lucas Verdú) o el patriotismo de la Constitución (Sternberg, Habermas)).

7 En contextos como los actuales, de lucha por la consolidación de la democracia y de una cultura de los derechos, los Tribunales Constitucionales adquieren una importancia especial, al defender los postulados de la Constitución formal, pero al participar también en la necesaria reconstrucción de la Constitución material. Es más, en épocas de transición como las actuales, a los jueces y juezas que integran estos tribunales les compete entonces una "función reconciliadora", que implicaría reconocer, dialogar y aprender sobre la verdad de lo acontecido, con ánimo de superar errores y temas pendientes sumamente sensibles, lo que es especialmente valioso en momentos de reconstrucción ética y política.

8 En la actualidad a los Tribunales Constitucionales se les ha confiado la tarea de ser mediadores, reguladores y preservadores de la unidad política nacional. No olvidemos que en no pocos casos los tribunales tienen asignada la competencia de resolver conflictos entre gobiernos territoriales, entre poderes u órganos constitucionalmente autónomos, y entre la sociedad y el Estado. Ahora bien, es necesario anotar que el ejercicio de esta función de moderación entre poderes, con la finalidad de restablecer la armonía política no obstante las diferencias y el pluralismo, excede en puridad al ámbito de sus competencias jurídicas. Y es que en la línea de lo planteado desde Hesse, los casos no se resuelven únicamente atendiendo al reparto constitucional de competencias o la titularidad de bienes constitucionales, sino que la interpretación de las disposiciones, la argumentación de los casos y el contenido de las sentencias de principio debería estar orientada a la integración y la pacificación de los conflictos entre poderes; a la unidad política del Estado.

racionalizadora[9], preserva que las políticas ya dictadas o por dictarse respondan a los cánones que puedan justificarse en aquello que se desprende de lo planteado por el constituyente.

Sin embargo, es oportuno anotar que esto es precisamente lo que en muchas ocasiones no se entiende a cabalidad. En algunos casos, sobre todo en realidades caracterizadas por su debilidad institucional, y su insuficiente tutela del Derecho y los derechos, se cree que el(la) juez(a) constitucional puede y debe ir más allá del margen de sus competencias, y resolver todos los problemas subsistentes. En otras situaciones son los mismos jueces y juezas constitucionales quienes confunden un necesario activismo en el ejercicio de sus tareas con un hiperactivismo que le hace pensar que puede subrogarse en el quehacer propio del constituyente o en las competencias asignadas a otros poderes constituidos.

Si a ello se le añaden algunas imprecisiones y hasta deficiencias en el diseño de las atribuciones dadas a las diversas magistraturas constitucionales existentes, o en la configuración de los medios procesales a los cuales se puede recurrir; o incluso se constata la insuficiencia o inexistencia de un marco garantista para asegurar que los(as) juzgadores(as) puedan desempeñarse con un cabal respeto a su independencia y su imparcialidad, bien puede entenderse esa sensación de insatisfacción que muchos tienen con la labor tuitiva y eficaz que se reclama a los diferentes modelos

9 Cuando se habla de función racionalizadora se hace referencia al esfuerzo de los Tribunales Constitucionales por resolver conflictos bajo parámetros alejados de la irracionalidad y la arbitrariedad. Ello implica hacer referencia: (1) al papel racionalizador heredado de la Constitución, concebida esta como "ordenación jurídica de la sociedad y el Estado"; (2) a la aprehensión o construcción de reglas interpretativas que permitan arribar a resultados razonables y predictibles; y, finalmente, (3) a la necesidad de argumentar (brindar razones) las decisiones que resuelven conflictos, especialmente cuando se tratan de asuntos de gran relevancia jurídico-social y de casos difíciles o trágicos (como son varios a los que se enfrentan los Tribunales Constitucionales). Para el más completo desarrollo de esta función, como el de las otras descritas en el presente texto, se recomienda la lectura del ya mencionado profesor Sosa Sacio, trabajo que muy pronto esperamos ver publicado.

de jurisdicción constitucional actualmente previstos en cada Estado en particular. Este problema, por cierto, no es solamente peruano, aunque aquí, por diferentes razones, habitualmente se ha hecho más ostensible que en otros contextos.

En síntesis, muchas veces la configuración del modelo de jurisdicción constitucional asumido no permite atender a cabalidad las expectativas ciudadanas, ya sea por limitaciones o imprecisiones en su configuración, o por el exceso de expectativas que puede generar. Inclusive en ciertas ocasiones son los mismos actores involucrados (me refiero aquí no solamente a quienes juzgan, sino también a los mismos justiciables) los que no entienden ni resuelven debidamente los requerimientos existentes. Como consecuencia de ello se generan múltiples problemas, entre los cuales destacaban el del surgimiento de desencuentros interinstitucionales o la generación de aspiraciones que difícilmente van a poder ser cubiertas a cabalidad.

Hay pues mucho y muy complejo trabajo que asumir al respecto, y en muy distintos rubros. Uno de ellos, sin embargo, qué duda cabe, es el del mejor posicionamiento del Tribunal Constitucional y los jueces(zas) constitucionales a través de una más clara determinación del tipo de causas que van a conocer, máxime si buena parte de ellas, por su significativa dimensión cuantitativa, pueden sin proponérselo desmerecer la calidad del interés y atención dados a materias que eventualmente requieran de un análisis más sutil o más intenso. En el caso peruano existen entonces aspectos en los cuales, independientemente de la postura que tengamos en cada uno de ellos, reclaman en forma insoslayable un pronto pronunciamiento.

Uno de ellos es indudablemente el del tratamiento dado a las materias laborales, en donde buena parte de los problemas existentes intentaron ser superados con el precedente César Baylón Flores (STC 00206-2005-PA/TC). Allí, además, se buscaba abordar una materia de innegable importancia: la de las implicancias del paso a un amparo subsidiario o residual, y por ende, la fijación de criterios sobre cuándo estamos ante vías igualmente satisfactorias de procesos constitucionales de la libertad. Sin embargo, lo hecho finalmente en "Baylón", circunscrito al establecimiento de una lista cerrada de distribución de materias, pronto demostró su insuficiencia, y fue dejado de lado por la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Ello máxime si allí no se hizo lo principal, que era establecer, y no solamente para el ámbito laboral,

los criterios generales que nos permiten establecer cuándo estamos ante una vía igualmente satisfactoria en los términos planteados en el artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional, destinados a consagrar el amparo subsidiario o residual (no entraré aquí a discutir la diferencia entre ambos conceptos) recogido en el ordenamiento jurídico peruano.

Otro tema de singular relevancia en este rubro es el del "contenido constitucionalmente protegido" como causal de improcedencia, identificado en un precedente vinculado con el ámbito previsional, el generado a propósito del caso "Manuel Anicama Hernández" (STC 1417-2005-PA/TC). Aquí también la comprensión hecha en el precedente fijado por el Tribunal Constitucional peruano, mediante la cual se buscó identificar contenido constitucionalmente protegido con una formulación en clave de teoría absoluta o teoría institucional del contenido esencial de un derecho fundamental muy pronto demostró su insuficiencia para evaluar pretensiones de tipo previsional, o que incluso que van más allá del ámbito previsional. El Tribunal aquí también, al igual que ocurrió en Baylón, pronto rebasó o dejó de lado sus propias determinaciones, generando así una situación de incertidumbre sobre los casos que finalmente podían ser atendidos por la judicatura constitucional, y con ello, aumentando innecesariamente la carga procesal de los(as) jueces(zas) constitucionales con proceso que en puridad no deberían conocer.

Y como si lo expuesto no fuese suficiente, el tratamiento dado a los procesos constitucionales de la libertad iniciados contra resoluciones judiciales no ha sido precisamente el más feliz. Y es que, en una dinámica propia de un seguramente bien intencionado hiperactivismo, se consagró en el caso "Apolonia Ccollcca" (STC 03179-2004-AA/TC) una tesis admisoria absoluta de estos procesos, la cual no solamente no se condice con lo planteado hasta hoy (y nunca formalmente derogado) en el Código Procesal Constitucional, sino que establece límites tan laxos al ejercicio de estas nuevas atribuciones con los tres pasos o exámenes que a continuación establece, y sobre todo con el de suficiencia[10]. Se ha proyectado, entonces,

10 Como es de conocimiento general, en la sentencia Apolonia Ccollcca (STC 03179-2004-AA/TC) se plantea la realización de tres pasos o exámenes para determinar si cabe el amparo o el hábeas corpus contra una resolución judicial, los de razonabilidad, coherencia y suficiencia. Estos tres pasos se sintetizan en rigor en el tercero de los mismos, el llamado test de suficiencia, el cual implica que es responsabilidad del juez o jueza de la causa evaluar si estamos ante una vulneración de derechos cuya intensidad amerita abrir las puertas de su debate en sede de la judicatura constitucional.

la equívoca idea de que prácticamente cada resolución de la judicatura ordinaria puede ser impugnada ante un juez o jueza constitucional, e incluso se ha ido bastante más adelante en ello[11].

Es pues en este contexto en el cual el tema del acceso al Tribunal Constitucional, de suyo importante, adquiere ribetes de insoslayable relevancia, máxime si lo que se encuentra en juego es el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales a través de los procesos constitucionales de la libertad. Y es que en el presente, con la sola excepción italiana, los tribunales previamente existentes, pauta que siguieron aquellos que luego se configuraron, actualmente no se limitan a un control abstracto de la constitucionalidad de normas con rango de ley, sino que asumen conocer situaciones de violación o amenaza de violación de derechos fundamentales, las cuales pueden darse mediante actos u omisiones. Estas, en principio, solamente se referían a lo emitido por entidades estatales, pero luego, en la línea de reconocer la eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares, también han ido involucrando a las vulneraciones o amenazas efectuadas en principio por cualquiera de nosotros(as).

De otro lado, nadie discute las enormes ventajas con las que en términos garantistas cuenta la protección de derechos en sede jurisdiccional, pero la misma naturaleza de esta función hace que su tratamiento no resulten tan expeditivo como muchas veces se quisiera. Debe además

La formulación tan abierta de este examen ha llevado a muchos abogados a pensar que en el fondo lo que importa es la interposición del amparo o el hábeas corpus contra la resolución judicial que quieran impugnar, para ver si en ese contexto convencen al juez de la causa sobre la necesidad de discutir esa materia. Ello lamentablemente ha llevado a una enorme cantidad de procesos constitucionales de la libertad que finalmente terminan en una declaración de improcedencia, y que en rigor, nunca debieron movilizar los espacios de tutela de urgencia propios de estos medios procesales especiales y específicos para la protección de los derechos fundamentales.

11 Una revisión del Código Procesal Constitucional demuestra cómo su texto no solamente se decanta por una tesis admisoria moderada en lo referente a los procesos constitucionales de la libertad contra resoluciones judiciales, sino también expresamente descarta la posibilidad de amparos contra amparos. Muy a despecho de ello, y sin una declaración de inconstitucionalidad de los artículos 4 y 5 inciso 6 del Código recientemente mencionado, se ha procedido, mediante pronunciamientos con carácter de precedente, a habilitar una tesis admisoria amplia, así como al ejercicio del amparo contra amparo. Esta última posibilidad, la del amparo contra amparo, ha abierto a su vez la puerta para otras alternativas, como la del amparo contra hábeas corpus, hábeas corpus contra amparo, etcétera. Sin duda alguna, este es un tema que en su momento deberá ser debidamente abordado.

considerarse que existirán personas que, desde una perspectiva bien intencionada pero equivocada, buscarán habilitar todas las vías a su alcance para lo que consideran la mejor defensa de sus derechos, aunque su pretensión no sea correcta o ya haya sido atendida. Incluso puede encontrarse a quienes quieran aprovecharse del marco garantista existente para dilatar la resolución de algún conflicto en donde el resultado le ha sido desfavorable.

Lo recientemente expuesto explica cómo en la actualidad la resolución de casos en los cuales no se ejerce un control en abstracto de normas, sino que aquellos donde se evalúan afectaciones específicas a derechos fundamentales[12] sean los que involucran el grueso de la carga procesal de todos los tribunales constitucionales. La atención de muchos de los casos descritos en el párrafo anterior de este mismo texto, lamentablemente no colabora precisamente con la cabal tutela de los derechos, la cual debiera ser hoy la labor central del grueso de los tribunales constitucionales existentes. Pasemos entonces a explicar los alcances de esta aseveración.

Conviene entonces tener presente que los tribunales constitucionales nunca fueron previstos para conocer todos los casos que pudiesen generarse. En principio, debe constatarse que su labor es la de una judicatura a la cual se llega en forma excepcional (ya sea en mérito a una legitimación procesal especial, o a que deba primero analizarse la controversia en la judicatura ordinaria, o ambas situaciones). Además, la manera de acceder a ella se materializa mediante canales especiales, específicos, y supuestamente expeditivos: los denominados procesos constitucionales. Dichos procesos, en el ámbito de la tutela de los derechos (los procesos constitucionales de la libertad), coexisten con medios ordinarios de protección cuya admisión y trámite son exclusivamente competencia de la judicatura ordinaria.

12 Debe tenerse en cuenta que en algunos ordenamientos jurídicos se admite la interposición de amparo contra normas autoaplicativas, en tanto y en cuanto la sola existencia de estas normas genera amenazas (riesgos ciertos e inminentes) al ejercicio de diversos derechos fundamentales. En el caso del Perú y el Tribunal Constitucional acogió claramente esta postura en sentencias como el "Pum Amat" (STC 01100-2000-AA/TC). Nuestra posición al respecto se encuentra en diferentes textos, y entre ellos "Algunas consideraciones sobre el Amparo contra leyes a propósito de su tratamiento en la propuesta de reforma constitucional hoy en trámite". En: *Foro Jurídico*, Año 1, N° 1 Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

Es en este escenario que las prescripciones del Código Procesal Constitucional toman especial relevancia para que, finalmente, el Tribunal Constitucional pueda posesionarse cada vez mejor en su labor de interpretación 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, teniendo eso sí claro que no estamos ante una tarea sencilla de materializar.

Todo ello, claro está, no implica perder de vista que nuestro Tribunal Constitucional es sobre todo un tribunal de casos (máxime en el Perú, de acuerdo con lo planteado en el artículo 202 de la Carta de 1993). Ahora bien, solamente debe estar en capacidad de conocer aquellos procesos en los cuales se considera que la judicatura ordinaria no ha podido otorgar eficiente tutela a los derechos, por una equivocada comprensión de sus competencias o por una errónea percepción de los temas sometidos a ellas. A ello debe apuntar su mejor posicionamiento institucional: no por ver muchos casos cumple en forma más eficaz con su labor. Lo hace cuando conoce mejor, analiza con mayor detalle y resuelve con mayor rigurosidad los casos sometidos a su conocimiento. Lo expuesto lleva a aquello que, como bien se ha anotado[13], ya se hace en muchos países: que jueces que ven procesos constitucionales de la libertad dentro de la judicatura ordinaria pueden incluso rechazar *in limine* requerimientos de tutela de derechos por haberse incurrido manifiestamente en causales de improcedencia previamente establecidas.

Corresponde entonces a los Tribunales Constitucionales asegurar un mejor posicionamiento en el cumplimiento de su labor efectuando incluso un rechazo liminar de ciertos requerimientos. Y es que si bien la vocación tuitiva de los derechos tiende a ser expansiva (y es bueno que así lo sea), no debe llevarnos a pensar que los diferentes tribunales constitucionales, en aras de proteger a cabalidad los derechos fundamentales, creen la expectativa de que cualquier pretensión donde se alegue la afectación a esos derechos pueda ser invocable y deba ser atendida por dichos Tribunales.

13 Coincidimos entonces con lo planteado, entre otros, con SOSA SACIO, Juan Manuel. "El primer precedente del nuevo Tribunal Constitucional". *República y Constitución*. Recuperado el 30 de agosto de 2014 de http://www.republicayconstitucion.blogspot.com

Hay pues materias, y esto es unánime en el Derecho Comparado, ante los cuales ya habitualmente se procede a esta suerte de rechazo liminar. A la primera de ellas que queremos aquí referirnos es al respecto de jurisprudencia reiterada, e incluso al de algún precedente del Tribunal Constitucional cuyo margen de acción justamente se viene discutiendo sobre la materia que ahora se quiere analizar. Con ello no se quiere decir que una posición establecida por un Tribunal Constitucional sea incuestionable e inamovible. Llegará el momento en el cual, luego de una detallada reflexión, un tribunal como este pueda convencerse de un cambio de opinión. Ahora bien, convengamos que ello no pasa todos los días, sino que debe ser consecuencia de una larga reflexión.

En este sentido, y como bien se tendrá presente, ya el artículo 18° del Código Procesal Constitucional había establecido cuáles son las causales de admisibilidad y procedencia del Recurso de Agravio Constitucional. A ello debe añadirse que el mismo Tribunal Constitucional peruano, en el expediente 2877-2005-HC/TC, señaló que, a partir del análisis de su jurisprudencia, así como también del estudio de las disposiciones del Código Procesal Constitucional, debe entenderse que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos no es solamente un requisito de procedencia de la demanda, sino que además lo es del Recurso de Agravio Constitucional (ver al respecto el fundamento jurídico veintisiete de ese fallo).

Sin embargo, bien puede acreditarse que en muchos casos se busca, e inclusive se ha conseguido, que las entidades competentes para ello concedan Recursos de Agravio Constitucional cuyas pretensiones no tengan relación con el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. Esta situación, que por cierto no está en la línea de lo que el Código Procesal Constitucional peruano buscaba plasmar, produce demoras que impiden atender de manera oportuna y adecuada aquellos procesos en los cuales realmente existen derechos fundamentales en juego, los mismos que demanden una tutela urgente. Ello no solamente perjudica a los y las justiciables que realmente requieren el amparo del Tribunal (lo cual es sin duda lo más relevante), sino también a la misma credibilidad de este organismo, con todo lo que ello involucra.

Debe además tenerse presente que, buscando hacer frente a una preocupación similar, se aprobó el artículo 11 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional. Ahora bien, lo allí entonces dispuesto lamentablemente no fue suficiente para revertir la concesión de Recursos de

Agravio Constitucional que en poco o en nada ayudan a la mejor atención de los requerimientos ciudadanos y la mayor credibilidad del Tribunal. En ese escenario, más que efectuar una eventual modificación del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (aunque esta no era, por cierto, una alternativa a descartar), convenía aprobar un precedente, fórmula por cierto prevista y regulada en el Código Procesal Constitucional vigente. En ese precedente debieron establecerse con claridad cuáles son los supuestos en que debe desestimarse un Recurso de Agravio Constitucional. Ese precedente, por cierto, ya se emitió, y es precisamente el generado a propósito del caso "Francisca Lilia Vásquez Romero", cuyos alcances pasaremos a desarrollar, y que son demostración palpable sobre cómo hoy, ya luego de varios años de vigencia del Código Procesal Constitucional peruano, se materializan algunas de las pautas básicas que en su momento inspiraron su aprobación[14].

14 Téngase presente lo ocurrido luego de emitida la sentencia que, con carácter de precedente, emite el Tribunal frente a lo resuelto en el caso "Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez" (STC 2877-2005-PHC/TC). Allí, como seguramente se tiene presente, el Tribunal hace importantes precisiones sobre la naturaleza y los alcances del Recurso de Agravio Constitucional. En ese contexto, presenta los alcances del certiorari, y demuestra la inaplicabilidad de esa fórmula al caso peruano. Describe además lo hoy prescrito en los casos alemán y español, que, como fácilmente podrá apreciarse, se parece mucho a lo prescrito en el caso peruano.

A continuación, en el fundamento 28 de este fallo, ya se establecen como elementos para la declaración de improcedencia de un Recurso de Agravio, antes de ingresar al fondo del debate, a supuestos de vulneración manifiesta del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; a casos de demandas manifiestamente infundadas; a situaciones en las cuales se haya reconocido la tutela del derecho cuya protección fue solicitada en la demanda, respecto de los cuales se haya declarado improcedente o infundado el pedido de reparación o restablecimiento del agraviado en el pleno goce de sus derechos fundamentales; y, como no, a la existencia de casos sustancialmente idénticos a los aquí ya mencionados. Téngase finalmente que allí textualmente se señala lo siguiente:

"[…] Debe tenerse cuidado de no declarar manifiestamente improcedentes cuestiones que, en realidad, deban requerir un análisis más profundo pues cuando exista duda razonable al respecto, debe ser declarada la improcedencia […]".

La relación entre la actuación a asumir por el tribunal en estos casos y aquello que ya justificaba la posibilidad de rechazar *in limine* aquello que es puesto en su conocimiento es evidente, por encontrarse ante temas sin especial trascendencia constitucional. Como fácilmente puede apreciarse, lo allí previsto va en la línea de lo que hemos comentado como habitual en el Derecho Comparado y, adelantando lo que se viene, solamente sería sistematizado luego en la misma jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

II. EL PRECEDENTE "VÁSQUEZ ROMERO" Y SU APORTE PARA AYUDAR A UN MEJOR POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO DE ACUERDO CON EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL VIGENTE. NORMATIVA VIGENTE Y EL MARCO COMPETENCIAL ASIGNADO A CADA INSTITUCIÓN EN NUESTRO PAÍS

Lo sucedido en el caso "Vásquez Romero" explica la importancia de impulsar y sistematizar mejor aquellas pautas que debieran orientar el posicionamiento del Tribunal Constitucional peruano de acuerdo con los parámetros establecidos en el Código Procesal Constitucional vigente. Francisca Lilia Vásquez Romero, con fecha 12 de marzo de 2013, interpone demanda de amparo contra los integrantes de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, y la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, el Presidente del Poder Judicial y el Procurador Público para los asuntos de este Poder del Estado. Solicitaba se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso de tercería preferente de pago recaído en el Expediente N° 1460-2006, desde la Resolución N° 38, de fecha 4 de diciembre, hasta el Decreto N° 5, del 25 de enero de 2013.

El Tercer Juzgado Civil de Chimbote, con fecha 26 de marzo de 2013, declaró improcedente la demanda, por considerar que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados por la demandante (debido proceso, petición, defensa, libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal efectiva); y además, porque la recurrente pretende

Sin embargo, es justo reconocer que estos criterios fueron muchas veces incumplidos por culpa del quehacer del mismo Tribunal, que tramitó múltiples causas sin acoger los criterios que ese mismo colegiado ya había establecido. Una buena demostración es la de la admisión para el conocimiento por el Tribunal Constitucional peruano de casos como el de Francisca Lilia Vásquez Romero. Correspondía entonces tomar acciones al respecto, máxime si la actual composición del tribunal se ha encontrado con más de seis mil causas pendientes de resolución, y que en promedio, hoy casi el ochenta por ciento de los requerimientos puestos en su conocimiento son declarados improcedentes por este organismo de interpretación vinculante y control de constitucionalidad, sustentándose el grueso de estas improcedencias en factores que, ya desde el Reglamento Normativo de la institución, así como desde su jurisprudencia, justificaban su rechazo liminar.

replantear la controversia debidamente resuelta por los órganos jurisdiccionales emplazados, y porque ha vencido el plazo de prescripción para interponer la demanda. Básicamente en función a este argumento es que la Sala Revisora confirma la resolución apelada.

Los argumentos de la demandante son, por decir lo menos, curiosos. Luego de sustentar cómo en su opinión no se le había notificado la ejecutoria suprema que resolvió el recurso de casación que interpuso en el proceso de ejecución de garantías seguido en su contra, añade que la Sala Civil Suprema actuó allí en forma ilegal, pues habría "transformado" un proceso de naturaleza civil (una tercería preferente de pago) en uno constitucional y, "cambiando de jurisdicción", remitió la controversia a la Sala Constitucional Suprema emplazada. Este razonamiento viene acompañado de afirmaciones como las siguientes:

> *"[…] los jueces del cuarto juzgado civil de la Corte Superior de Justicia del Santa – Chimbote en posta jurisdiccional indebida e ilegal, en complicidad con los auxiliares juridiciales y evidentemente de acuerdo con los vocales supremos y los vocales de la Sala Civil de Chimbote tramitan con fraude el Expediente número 1460-2006"* (fojas 70, el subrayado es nuestro).

> *"[…] los magistrados demandados en confabulación han violado el texto expreso y claro del artículo 1 de la Ley No. 27682, la Constitución, las leyes, el debido proceso y encadena a todos los demás derechos humanos de la recurrente, es claro que los trasgresores con esa conducta disfuncional y con fraude y con ensañamiento, crueldad, crimen y delitos de lesa humanidad imprescriptibles han hecho víctima de cruel injusticia a la recurrente que tiene que ser corregida"* (fojas 72, el subrayado es nuestro).

La demandante no alcanza argumentación que acredite su pretensión, y, menos aún, que sustente las afirmaciones que formula en ese contexto. Ahora bien, y muy a despecho de la debilidad manifiesta de lo planteado, el Tribunal Constitucional peruano, en una lógica inspirada en los principios de economía e informalidad, entra a conocer la causa y se pronuncia sobre el fondo de lo controvertido, pues volver lo actuado a la judicatura ordinaria hubiese significado la innecesaria prolongación de un proceso cuya pretensión a todas luces carecía de sustento. Luego de ir desbaratando cada una de las supuestas vulneraciones de los derechos alegados por la demandante, y concluir que la demanda debe ser declarada infundada, el tribunal va a buscar asegurarse que las pautas que ya había dispuesto en forma diversa y dispersa, pudiesen agruparse para así intentar garantizar

el inicio y la tramitación de procesos constitucionales mediante los cuales pueda cumplir su función tuitiva a cabalidad.

Es entonces que, después de rescatar lo ya previsto en el Código Procesal Constitucional, el precedente "Sánchez Lagomarcino Ramírez" y el artículo 11 del Reglamento normativo del Tribunal Constitucional, se señala que "[…] no deberían prosperar recursos que contengan pretensiones manifiestamente improcedentes o que resulten irrelevantes" (fundamento 46); y que se deben concentrar sus recursos "[…] en la atención de reales vulneraciones que requieran tutela urgente" (fundamento 47), se pasa a explicitar los supuestos en los cuales, sin mayor trámite, y en defensa del derecho a la tutela procesal efectiva, se emitirán sentencias interlocutorias denegatorias frente a este tipo de casos, emitiéndose así un pronunciamiento al cual va a otorgar carácter de precedente.

Se establecerá entonces en el fundamento 49 de la sentencia en comento, se señala que el Tribunal emitirá sentencia interlocutoria denegatoria, sin mayor trámite, cuando:

A. Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoca.

B. La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional.

C. La cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente del Tribunal Constitucional.

D. Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

A continuación, y en el fundamento cincuenta, 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".

Como bien puede apreciarse, en el fondo no se consagra nada muy distinto a lo que ya la normativa vigente y la jurisprudencia del mismo tribunal había señalado anteriormente. Sin embargo, la coyuntura existente obligaba a sistematizar y potenciar lo ya avanzado, para así alcanzar a cabalidad el objetivo buscado, ligado a la misma razón de ser de esta entidad.

Y es que, tomando en cuenta la especial naturaleza de las competencias de un Tribunal Constitucional, debe tenerse presente que hay causas que, independientemente de la relevancia que para cada quien tiene su propio proceso, no corresponde en rigor que sean vistas por este organismo. En algunos casos, aquello sucede en mérito a que lo puesto en su conocimiento carece de mayor fundamento. En otros, lo que se pone en sus manos no cuenta con lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se denomina "especial relevancia constitucional".

Aquí, debe tenerse claro, no se trata del ejercicio de una abierta discrecionalidad que, por ejemplo, es más propia de un modelo anglosajón distinto al nuestro, el cual permite la configuración y el uso del certiorari hasta hoy vigente en los Estados Unidos de Norteamérica[15]. Estamos,

15 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 causas 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; casos en los cuales 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. Recomendamos en ese sentido ver el trabajo de SAR, Omar. *El nuevo precedente del Tribunal Constitucional peruano y su estrategia para enfrentar los retos derivados de la carga procesal*; próximo a publicarse.

Y es que allá, y muy de la mano de la especial configuración del modelo estadounidense, los criterios eventualmente señalados son meramente referenciales e indiciarios, 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 6 de la Constitución Europea (derecho a un proceso justo).

tanto en la referencia a la "especial relevancia constitucional" como en el descarte de demandas sin fundamento, o en los casos vinculados a temas que en su momento ya merecieron precedentes o reiterada jurisprudencia de un Tribunal Constitucional, ante el establecimiento con mayor claridad y rigurosidad de la capacidad de ese mismo tribunal para, de acuerdo con ciertos factores, poder priorizar el tratamiento de ciertos procesos que llegan a sus despachos, y así centrar su atención en aquello que reclama su tutela urgente y donde no cuente con una posición ya fijada y conocida. Ello explica, por ejemplo, cómo algunos tribunales constitucionales se han sentido muy llamados a fijar, ciertamente que a veces en forma dispersa, ciertos criterios sobre lo que ellos entienden a "especial relevancia constitucional".

Es en ese contexto que vale la pena, a modo de ejemplo, citar el caso peruano. Allí, mediante distinta jurisprudencia, nuestro Tribunal Constitucional, en sus anteriores composiciones, e incluso en algún precedente como el emitido a propósito del ya mencionado "Sánchez Lagomarcino", ha ido identificando materias como de "especial relevancia constitucional". Algunas de ellas son las siguientes:

- La existencia de un debate sobre el contenido o el alcance de un derecho fundamental, y que esta situación deba ser abordada.
- El surgimiento de cambios sociales o normativos que exijan modificar o revisar algún criterio previamente establecido por el Tribunal Constitucional.
- La necesidad de que requiera de un pronunciamiento para garantizar la supremacía de la Constitución.
- El encuentro con un problema jurídico-constitucional cuya resolución sea indispensable para pacificar un conflicto institucional o social.
- La constatación de un incumplimiento de precedentes o de doctrina vinculante desarrollada por el Tribunal Constitucional.
- La existencia de pronunciamientos contradictorios dentro de la judicatura ordinaria al aplicar o interpretar las disposiciones constitucionales.
- La comprobación de que la afectación del derecho del demandante pudiese derivar en la formulación de un criterio de alcance general.

- El asumir que la decisión en debate pueda afectar la prestación de servicios públicos.

Probablemente esa lista pueda, para algunos, parecer excesiva, y para otros, muy restrictiva. Lo cierto es que, independientemente de estas consideraciones, no estamos ante un asunto nuevo, sino más bien, a tal caso, ante la necesidad de sistematización de algo ya existente y sostenido, y que cuya determinación hasta hoy no ha generado mayores cuestionamientos.

Lo mismo puede predicarse de lo dicho en su jurisprudencia por el Tribunal Constitucional español. Ese tribunal, siguiendo la línea de lo establecido en el artículo 50 de su Ley Orgánica (Ley 2/1979), donde se señala que las demandas de amparo serán admitidas cuando se cumplan una serie de requisitos, y entre ellos, el de su especial trascendencia constitucional (la cual 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), señaló en su STC 155/2009 que la especial relevancia constitucional estaba constituida por aquellos casos en los cuales:

A. Se plantea un problema o una faceta de un derecho fundamental pasible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional.

B. Se permitía al Tribunal Constitucional aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna o por el surgimiento de nuevas realidades sociales del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los organismos encargados de la interpretación de los Tratados.

C. Se considera que la vulneración del derecho fundamental alegada provenga de la ley o de otra disposición de carácter general.

D. Se reputa que la vulneración del derecho fundamental alegada se origina en una reiterada interpretación jurisprudencia de la ley que se busca que el Tribunal Constitucional considere lesiva de dicho derecho, interpretación a la cual intentaré sustituir por una que sí se consideraría como conforme a la Constitución.

E. Se constate que la postura manejada por el Tribunal constitucional sobre el derecho fundamental alegado sea incumplida en forma general y reiterada por la judicatura ordinaria.

F. Se acredita que en un órgano judicial manifiestamente se niega a ampliar la línea jurisprudencial ya establecida por el Tribunal Constitucional.

G. Se está ante un asunto que, si bien no se encuentra incluido en alguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto, ya que plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica, o tenga unas consecuencias políticas generales.

Estamos pues ante preocupaciones similares en muchos lugares, las cuales por cierto no son nuevas, y a las cuales el Perú no ha sido ajeno. Hoy, repetimos, lo que se ha buscado mediante un reciente pronunciamiento con carácter de precedente, es reforzar y sistematizar lo que ya se había señalado, para así abordar una materia de la mayor relevancia con la seriedad que el mismo merece. Corresponde entonces en este momento anotar algunas palabras que sintetizan lo aquí planteado, y que además puede proporcionar un importante derrotero a seguir si se quiere continuar en la ruta de asegurar un mejor posicionamiento del Tribunal para la mejor tutela de los derechos ciudadanos.

III. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

En un mundo en el cual el reconocimiento y tutela de los derechos ciudadanos es el fin último del constitucionalismo, pero donde cada vez son mayores y más difíciles de enfrentar los mecanismos a los que se puede recurrir para violentar o amenazar esos derechos, deviene en indispensable que los diferentes Tribunales Constitucionales en general, y el peruano en particular, aseguren el mejor posicionamiento posible en el desarrollo de la delicada labor que les toca.

Se hace necesario entonces tener previsiones para especificar en qué supuestos, se habilita la actuación del Tribunal Constitucional. En el Perú ya desde el Código Procesal Constitucional se había dicho algo al respecto. Ahora se señala, de forma más enfática y sistematizada, que en principio no correspondería declarar procedentes aquellos recursos de agravio constitucional en los cuales ya ese organismo fijó posición (en algunos casos, incluso con carácter de precedente); o se le plantean argumentos con poco sustento, donde solamente se intenta revertir una decisión que no nos gusta aunque esté adecuadamente tomada y motivada.

Para ello se recurre al máximo nivel de pronunciamiento vinculante: a un precedente.

Con lo expuesto, únicamente se busca ser más riguroso en el ejercicio de una competencia con la cual cuenta todo(a) juez(a), sin perjuicio de si es el(la) primer(a) en pronunciarse o lo hace en un rol de instancia o grado (y en este caso, sin perjuicio de la muy respetable opinión que pudiese tener la judicatura ordinaria al respecto): la del rechazo de los requerimientos manifiestamente improcedentes que se pongan en su conocimiento[16]. Con ello, por cierto, no se vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Todo lo contrario: se le defiende de la mejor manera posible, y dentro de los parámetros propios de un Estado Constitucional.

Se apuesta entonces por proteger a los(as) justiciables que realmente demandan la tutela urgente de sus derechos. Ello va a exigir, por parte del Tribunal, un redimensionamiento de su funcionamiento administrativo, de la mano con lo previsto no solamente en esta sentencia o en el reglamento interno de la institución, sino también de una serie de decisiones de organización del trabajo interno que seguramente se darán a conocer próximamente.

Va también a demandar de la judicatura ordinaria y de los(as) abogados(as) de los(as) justiciables a ser más rigurosos(as) en sus evaluaciones

16 En este caso, e incluso en la alegación de una "especial trascendencia constitucional", no se deja abierta una incontrolable discrecionalidad que bien podría abanderar ese plano discrecional para devenir en algo absolutamente arbitrario. Así, por ejemplo, y ante las pretensiones carentes de fundamentación (que pueden llegar al Tribunal Constitucional peruano incluso como consecuencia de una doble improcedencia liminar), ya hay posiciones fijadas en el caso peruano sobre estándares mínimos de motivación en casos como el de Giuliana Llamoja (STC 00728-2008-HC/TC) para el escenario jurisdiccional; o el reciente "Mateo Castañeda Segovia" (ATC 00791-2014-PA/TC) con algunos necesarios matices a nivel administrativo.

De otro lado, conviene destacar que para la evaluación de si estamos ante causas sustancialmente iguales, debe tenerse en claro cuáles son los reales alcances de una motivación por remisión (repetición justificada de considerandos ya utilizados en otras resoluciones), pues pueden traerse reflexiones de otros pronunciamientos aunque para aplicarlas a situaciones diferentes que demanden respuestas distintas. Los alcances sobre cómo entender los temas en los cuales ya hay una línea jurisprudencial establecida por el Tribunal, o las ideas que dentro de la jurisprudencia de este colegiado y la de otros tribunales constitucionales, se han entendido como parte de lo que debe comprenderse como de especial trascendencia constitucional, ya han sido desarrollados a lo largo de este mismo texto, y a ellas nos remitimos.

y planteamientos, máxime si se está hablando de una cabal tutela de derechos fundamentales. Ojalá todos los actores involucrados se encuentren a la altura de estos retos.

Y es que el mejor posicionamiento de las competencias del Tribunal no debe entenderse como sinónimo del establecimiento de restricciones de acceso al mismo. Esa no es la lógica del Código Procesal Constitucional, de la jurisprudencia del Tribunal o de su Reglamento Normativo. Es más, la realidad peruana demuestra que cuando eso se pierde de vista es cuando realmente se generan los problemas. Prueba de ello es lo ocurrido como consecuencia de la aplicación de precedentes, como los emitidos en los casos "Manuel Anicama Hernández" (STC 1417-2005-AA) y "César Baylón Flores" (STC 206-2005-AA), donde la elaboración de listas cerradas (sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión en "Anicama" o acerca de las vías procesales a seguir frente a pretensiones en lo laboral en "Baylón") hoy ha demostrado su insuficiencia.

Y es que siempre la realidad es más rica que previsiones plasmadas a través de listas cerradas. Por ello, y en ambos casos, el mismo Tribunal ha tenido que dejarlas de lado, incluyendo nuevos elementos de juicio, creando con ello distorsiones y falta de predictibilidad de los actores involucrados. Por ende, en el caso "Vásquez Romero" se proponen criterios, los cuales dan pautas objetivas a situaciones ya existentes, pero que a la vez pueden ser utilizados para nuevas situaciones. Es ese tipo de estrategia la que creemos podrá llevarnos a buen puerto en la cabal tutela de los derechos que se busca, salvo mejor parecer.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

*Manuel Jesús Miranda Canales**

I. INTRODUCCIÓN

La evolución de las ciencias jurídicas puede ser medida y contrastada en el dinamismo y crecimiento de sus instituciones. Son estas las que finalmente determinan la materialización del Derecho.

El Derecho constitucional no se encuentra exento de esta evolución, por el contrario, despliega todos sus efectos en el ordenamiento jurídico. A este proceso llamaremos constitucionalización del Derecho, toda vez que los efectos de nuestra Carta constitucional, se irradian en todas las ramas del Derecho. Así el Tribunal Constitucional, ha determinado en la STC 0042-2004-AI/TC la existencia de un *principio de constitucionalidad*– y no solo de conformidad con la ley –*principio de legalidad*–. Ello es así, en la medida en que en nuestra Constitución están incorporados el principio de supremacía constitucional y el principio de fuerza normativa (artículo 51°). La Constitución no es un mero documento político, sino también norma

* Vicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Doctor en Derecho. Exconsejero del Consejo Nacional de la Magistratura. Exjuez de la Corte Suprema de la República.

jurídica, lo cual implica que el ordenamiento jurídico nace y se fundamente en la Constitución y no en la ley. El principio de fuerza normativa de la Constitución quiere decir que todos los llamados a aplicar el Derecho deben considerar a la Constitución como premisa y fundamento de sus decisiones (art. 38º y 45º de la Constitución); sin embargo, en el presente capítulo, nos detendremos en el ámbito del Derecho Civil y, más concretamente, en el del Derecho de Familia.

Debemos reconocer la importancia de la transición de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, y con este nuevo modelo, la acogida de un principio constitucional que se superpone al principio de legalidad, otrora eje del Ordenamiento jurídico. Por ello, el presente artículo, también tiene como objetivo que el lector no pierda de vista algunos conceptos claves que le permitirán tener una perspectiva más completa de la materia.

Además, considero esencial destacar cómo el Tribunal Constitucional, en su rol de máximo intérprete de la Constitución y garante de los derechos fundamentales, debido a su jurisprudencia, ha ido dilucidando los conceptos de familia y matrimonio, dotándoles de nuevos contenidos que se ajustan a las nuevas exigencias de nuestra sociedad.

En ese sentido, el objeto del presente artículo no es otro que poner en evidencia que el Derecho Constitucional, hoy por hoy, transciende a todo el Ordenamiento jurídico y lo sujeta a sus disposiciones. Esta labor de constitucionalización es fuertemente acentuada por el Tribunal Constitucional que, mediante su jurisprudencia, logra complementar y fortalecer las instituciones jurídicas del Derecho Civil, específicamente, del Derecho de Familia.

II. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

Desde los albores del siglo XIX, el orden jurídico tuvo la Ley como eje central y esencial que condicionó el comportamiento de la sociedad de aquel entonces. En ese sentido, el Derecho establecía sus cimientos en el principio de legalidad, lo cual significaba que la Constitución, concebida como tal, no era otra cosa que una norma política, desprovista de contenido jurídico vinculante[1].

1 LANDA, César. "La constitucionalización del Derecho Peruano". PUCP, *Revista de Derecho.* Lima, 2013. N° 71. p. 14.

Desde mediados del siglo XX, el marco de referencia y parámetro del ordenamiento deja de ser la Ley, dando paso a una nueva etapa marcada por la Constitución, la que fundamenta sus contenidos en valores y principios superiores, colocando a la persona humana como eje del sistema jurídico. Desde entonces, el concepto de Constitución ha transitado hacia una etapa en la que ya no quedan dudas sobre su carácter de norma jurídica suprema en el ordenamiento jurídico nacional.

Debemos, pues, reconocer que hoy en día la Constitución ha logrado desplazar a la Ley como fuente primaria y plena del Derecho, y ha irradiado sus efectos de manera imperativa y directa sobre todos los poderes públicos y privados, sujetándolos al cumplimiento de sus mandatos. Sin embargo, como acertadamente lo recuerda el profesor César Landa, "no se trata solo de un cambio de posición jerárquica de las normas, sino que [esta transición nos] lleva a replantear la manera de entender el derecho, la jurisprudencia, la jurisdicción y el rol propio del juez a la luz de nuevos contenidos cuyo vértice es la protección de la persona humana"[2]. Es decir, que el fenómeno de constitucionalización del Derecho no solo ha afectado al carácter de la propia norma, sino también a la forma cómo se hace Derecho, ya que los principios rectores que ahora lo regulan tienen su basamento en valores y principios cuya importancia radica en el respeto a los derechos fundamentales.

El término Constitucionalización del Derecho surgió, por primera vez, en la reunión de la Asociación Francesa de los Constitucionalistas, en febrero de 1980, en la Facultad de Derecho de Saint – Maur, y tuvo como finalidad cambiar la concepción del Derecho, a fin de sujetarla a una regulación mucho más imperativa[3]. Por ello, se afirmó que la constitucionalización de las distintas ramas del Derecho marcó una quiebra en el tradicional modelo de Estado de Derecho para trasladarnos a uno nuevo, el Estado Constitucional de Derecho.

Conviene destacar cuál es la diferencia entre un ordenamiento constitucionalizado y otro que no lo es. La principal distinción radica en que en el último, la Constitución está limitada al ámbito de su carácter normativo y se erige, únicamente, como un documento cuyo contenido

2 PRIETO, Luis. "El constitucionalismo de los derechos". En *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004. p.15.

3 FAVOREU, Louis. "Constitucionalización del Derecho". Universidad Austral de Chile. *Revista de Derecho,* Vol. XII, agosto 2001, p. 31.

INDICE

contempla un mero catálogo de disposiciones para regular una adecuada actuación estatal; funge como un orden marco que solo es funcional cuando se vislumbra una trasgresión de sus fines, que descriptivamente están determinados. En cambio, en un ordenamiento constitucionalizado se evidencia una estructura ordenada y fundamental que impone realizar determinadas acciones afirmativas y ya no solo restricciones a Estado privados.

La constitucionalización del ordenamiento no es una cualidad "todo o nada", algo que se tiene o no se tiene en absoluto, sino que se configura como un proceso que admite grados o intensidades[4].

Al respecto, es importante destacar los atributos y las facultades que acompañan al fenómeno de la constitucionalización del Derecho. En tal sentido, encontramos la Justicia constitucional, la Constitución sustantiva, la Constitución que está impregnada en todo el ordenamiento jurídico y la rigidez constitucional del caso.

La Rigidez Constitucional

La rigidez Constitucional supone que cualquier reforma de la Constitución solo será posible si se cumple algún procedimiento previamente dispuesto para su aprobación, modificación o derogación. De este modo, al definir y cualificar al poder competente para la reforma de la Constitución, frente a otros poderes constituidos, se pretende garantizar la primacía constitucional. "Las constituciones rígidas y solamente ellas gozan de un régimen jurídico especial, diverso del que tienen las leyes, en el sentido de que el procedimiento de reforma de la Constitución es distinto al procedimiento de formación de las leyes"[5].

Una Constitución sin rigidez terminaría abandonando todo en manos de las mayorías. Como señala Ferreres, una Constitución rígida genera en el legislador la capacidad de producir fundadas razones para el cambio constitucional[6].

4 GUASTINI, Riccardo "*La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*". Presentación de Miguel Carbonell. México, 2001, p. 153.

5 GUASTINI, Riccardo. "*Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano*". México, p. 175.

6 FERRERES, Víctor. "Una defensa de la rigidez constitucional". En *Doxa,* N.º 23, año 2000, p. 39.

La Justicia Constitucional (La garantía judicial de la Constitución)

La justicia constitucional instituye formas de defensa de la Constitución, por ello se ha convertido en pilar angular para garantizar el respeto y el cumplimiento de sus dispositivos. Esta situación, obligó a que la Constitución se previera de mecanismos de tuición para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales.

Hoy en día debemos reconocer que la importancia de la justicia constitucional es indiscutible, ya que gracias a esta, se garantiza el verdadero equilibrio de los poderes o, como modernamente se conoce, el de las funciones atribuidas a cada uno de los componentes del Estado.

Es oportuno señalar, para un mejor entendimiento del estudio, que como parte de estos mecanismos establecidos en la Constitución sea, tal vez, la forma más evidente en que el fenómeno se manifiesta como creciente protagonismo del Tribunal Constitucional (TC), supremo intérprete de la Constitución, que a través de sus sentencias, prevé la real significación de conceptos, derechos y principios jurídicos que repercuten desde el derecho tributario hasta los derechos humanos[7].

Este proceso de Judicialización del Derecho, que se manifiesta en las funciones de los tribunales constitucionales, encargados de garantizar los derechos fundamentales, también se evidencia en el desarrollo del proceso de globalización internacional y regional, el cual no solo es económica sino también política y social[8].

En ese contexto, podemos aseverar que, el Tribunal Constitucional es el órgano llamado a impartir justicia constitucional, no solo porque dicha competencia le ha otorgado directamente la Carta Magna, sino también porque su razón de ser es vigilar principalmente el cumplimiento de los derechos fundamentales; labor que será solo posible cuando el TC interprete los contenidos y alcances fundamentales de manera integrada, combinando las disposiciones constitucionales, con los valores y principios superiores de la sociedad.

Así, podemos evidenciar que la Constitución, a través de los elementos que la conforman, tanto en el reconocimiento de derechos, como en

7 Ib. 1. p. 13.

8 Ib. 1. p. 16.

la estructura de Estado, establece los mecanismos de protección de su normativa potencial, concretizando, de esta forma, su eficacia (procesos constitucionales) y supremacía constitucionales.

De lo expuesto, podemos afirmar que tanto nuestro sistema de administración de justicia y la relación entre personas naturales y jurídicas, como también las instituciones públicas, inician la fundamentación de su razonamiento jurídico en la Constitución, debido a que, como lo ha establecido nuestro Tribunal Constitucional, "no existe área del derecho que esté exenta de su control", debido necesariamente a que tanto el Derecho como la Constitución, tienen como finalidad la tutela y defensa de los derechos fundamentales de la persona.

Por todo lo anterior, consideramos importante concluir con una cita de Cappelletti[9]: "la Justicia Constitucional es la vida, la realidad y el porvenir de las Cartas Constitucionales de nuestra época".

Constitución sustantiva

En el Estado Constitucional, la Constitución se convierte en una norma con gran carga axiológica. Siguiendo a Aguiló, podemos afirmar que así como la Constitución estatuye una serie de instituciones y les otorga competencias (por ejemplo: Poder Ejecutivo, Congreso de la República, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, etc.) también prescribe una "dimensión valorativa". Esto es, que aparte de los preceptos estrictamente normativos que tangiblemente los impone, también reconoce situaciones y valores igualmente importantes, tales como la soberanía popular, la dignidad y seguridad de las personas, la diversidad cultural, la educación, la salud pública[10]. La "rematerialización" de la Constitución implica que esta no solo determina cómo debe organizarse el poder para tomar sus decisiones sino qué es lo que puede o debe decidir[11].

Si el sistema jurídico careciera de esta dimensión sustantiva, y fuera exclusivamente un conjunto de órdenes respaldadas por el imperio de la Ley, no podríamos hacer uso de él para resolver los conflictos entre valores

9 CAPPELLETTI, Mauro. *La justicia constitucional y dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. De UNAM, Facultad de Derecho, México, 2007.

10 AGUILÓ, Joseph. "Sobre la Constitución del Estado constitucional". En *Doxa*, N° 24, año 2001. pp. 446-447.

11 Ib. 2. p. 48.

que la propia Constitución encierra.[12] Por ello, debemos enfatizar que concebir la Constitución como una norma de contenido material –y no solo competencial– conlleva a una consecuencia práctica muy importante en el momento de efectuar el control constitucional, puesto que no solo serán constitucionalmente válidos aquellos actos emitidos por la autoridad competente y en ejercicio de sus funciones, sino que será preciso también analizar el grado de afectación de una medida en un derecho fundamental.

La Constitución impregnada en el Ordenamiento jurídico

La combinación de los dos últimos factores mencionados (materialización del ordenamiento y justicia constitucional), permite que la Constitución se encuentre "impregnada" a todo el ordenamiento, es decir, que sus efectos se desplieguen a todos los ámbitos de la vida social y jurídica. De este modo, los operadores jurídicos ya no acceden a la Constitución a través del legislador, sino que lo hacen directamente; por cierto, la Constitución ha abarcado más ámbitos de relevancia social, y como resultado de ello, es difícil encontrar un problema jurídico que carezca de relevancia constitucional.

En este sentido, los preceptos constitucionales ya no solo actúan como límites sino como fuerzas expansivas reconocidas en la determinación del orden jurídico, por lo que es posible hablar del "orden jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales". El contenido del orden jurídico legítimo ya no resultará explicable en términos de respeto de los límites y discrecionalidad entendida como libertad; sino en términos de una concreción de los derechos a partir de una "razonable" ponderación de bienes y principios constitucionales.

III. LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO CIVIL

Una vez explicado el proceso de constitucionalización del Derecho y cuál es el rol de los Tribunales Constitucionales en el ejercicio de la justicia constitucional, conviene analizar la incidencia que la Constitución tiene sobre el llamado Derecho de los privados, la del particular Derecho Civil.

12 GASCÓN, Marina y GARCÍA, Alfonso. *La argumentación en el Derecho*. Segunda edición, 2005.

Debemos señalar que la constitucionalización del Derecho Civil no es otra cosa que la aplicación de las normas constitucionales, cuyos efectos recaen en la relación con los particulares.

De hecho, así viene sucediendo en nuestro ordenamiento, ya que si bien es cierto que el juez está sometido a la ley —principio de legalidad—, es verdad también que lo está, ante todo, a la Constitución —principio de constitucionalidad—. El juez realiza una aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto, en la medida en que debe considerar conjuntamente las razones de la ley y las razones de la Constitución.[13]

La mejor garantía del goce y ejercicio de los derechos y libertades civiles se encuentra en su reafirmación en los derechos fundamentales. De allí que la reforma del Código Civil tendrá mayor arraigo en la medida en que se edifique como un Derecho civil constitucional[14]. Esto significaría que las normas de carácter legal o reglamentario deben guardar coherencia y sujeción a la Constitución, no solo en su aspecto formal, sino también, material; de modo que al aplicarlas a un caso particular se evidencie una afectación a un derecho fundamental.

Así, tanto la dignidad de la persona, como el libre desarrollo de su personalidad y el respeto a los derechos de los demás, imprimen su huella en la consolidación de la constitucionalización del Derecho Civil.

Como consecuencia de lo anterior, y tomando en consideración el carácter normativo de la Constitución, su incidencia en el ordenamiento civil resulta innegable, y llega a alcanzar de forma más o menos intensa, a sus contenidos e instituciones jurídicas. Esto significa que muchas figuras, reglas y derechos civiles tradicionales han sido constitucionalizados, imprimiendo un límite infranqueable para el legislador ordinario. En ese sentido, el Código Civil, como cuerpo normativo que guía las relaciones entre los privados, deberá interpretarse a la luz de los preceptos establecidos en la Constitución y la jurisprudencia, a fin de respetar las garantías fundamentales.

Sin perjuicio de lo expuesto, debemos resaltar que la reinterpretación de las normas civiles a la luz de la Constitución, ciertamente podría irrogar dificultades y excesos por parte de los operadores del Derecho, pues "un enfoque que extrema el principialismo constitucional y desliga

13 Ib. 11. p. 42.

14 Ib. 6. p. 22.

los derechos de la ley"[15] ocasiona severos conflictos para los Jueces civiles, toda vez que estos, al verse más vinculados a la Constitución que a la ley, podrían –en su potestad de intérpretes sobrepasar los límites al inaplicar irrestrictamente preceptos legales so pretexto de una propia exégesis de la Constitución, "haciendo tambalear los principios de seguridad jurídica y certeza del Derecho, que constituyen hoy los pilares esenciales de un Estado democrático de Derecho"[16].

Sin embargo, la situación antes descrita se corrige cuando el Tribunal Constitucional, en su rol de máximo intérprete de la Constitución, otorga pautas de observancia obligatoria (sentencias y precedentes vinculantes) que sirven como norte para la actuación de los jueces ordinarios. De esta manera, cuando los operadores ordinarios apliquen el derecho correspondiente, ciertamente estarán sujetos a los parámetros constitucionales, empero, gracias a la labor jurisdiccional del Tribunal Constitucional por lo que, se impedirá la comisión de abusos y arbitrariedades sustentadas en las particulares interpretaciones de la Constitución.

Así, pues, el Código Procesal Constitucional prevé, en el artículo VI del Título preliminar, la siguiente pauta: "(…) Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, **conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional**" (énfasis propio).

Siguiendo la misma línea, es oportuno precisar que el Derecho civil y sus disposiciones recogidas en el Código Civil, reciben influencia directa de la normativa constitucional y la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en dicha materia, lo que permite la adaptación de las instituciones civiles a los postulados constitucionales.

En ese contexto, algunos Tribunales del Poder Judicial, a la luz de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, han debido amoldar el sentido de sus resoluciones al contexto de cambio social. Ello no solo ha sucedido en los casos más polémicos y conflictivos para las relaciones entre ambos órganos, como son los de tutela de honor, intimidad y propia imagen, en donde la controversia suscitada entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema ha llegado a alcanzar tintes relativos al orden público,

15 ARAGÓN, Manuel. *El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad*. Madrid, pp. 185, 186.

16 GUTIÉRREZ, Pilar. *La constitucionalización del Derecho Civil*. Año 2011. p. 76.

sino también en otros, que aunque no encontraron eco alguno en los medios de comunicación, dejan de ser trascendentales para el perfeccionamiento de la tutela que el Derecho persigue dispensar a todas las personas.[17]

De esta forma, el Derecho Civil se encuentra en transición, debido a que el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho adapta, modifica y dota de nuevos contenidos a las instituciones que están involucradas. En ese sentido, sus elementos deberán estar en permanente armonía con la normativa constitucional y la labor interpretativa que realizan sus órganos jurisdiccionales a través de la jurisprudencia como fuente de derecho.

Como consecuencia de lo previamente señalado, debemos hacer hincapié en que la Constitución ha incidido de manera determinante en la rama del Derecho Civil, sobre todo, en aquellas áreas que tienen como eje a la persona. Así, a manera de ilustración, desarrollaremos cuál ha sido el impacto de la jurisprudencia constitucional en el llamado Derecho de Familia, poniendo en notoria evidencia que la composición de la legislación civil actual, a través de sus reformas, ha trazado ciertas directrices que a continuación analizaremos.

Antes de ahondar en la materia, es conveniente reseñar como dato importante, los orígenes del Derecho de Familia y cuál ha sido sus aportes en el Derecho Comparado.

La constitucionalización del Derecho de Familia tiene sus orígenes en la Constitución de Weimar de 1919, la que en su artículo 119° estableció que "El matrimonio, en tanto que fundamento de la vida social familiar y del mantenimiento y crecimiento de la nación, está bajo la protección especial de la Constitución. Se basa en la igualdad jurídica de ambos sexos. [...]". Con la misma tónica, propondré algunos ejemplos en el Derecho Comparado; tal es el caso de la Constitución Española de 1931 que estableció en su artículo 43° que "La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos [...]"; del mismo modo, también podemos citar el ejemplo de la Constitución italiana de 1947, la que estipuló en su artículo 29° que "El matrimonio se regulará en base a la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad familiar.", y en su artículo 31° indicó que "La República estimulará, con medidas económicas y otras providencias, la formación de la familia y el

17 BARBER CÁRCAMO, Roncesvallles. *La Constitución y el Derecho Civil.* Universidad de la Rioja, REDUR. N° 2.

cumplimiento de sus obligaciones, con particular atención en relación a las familias numerosas."[18]

En el caso peruano, el Derecho de Familia fue por primera vez, regulado y conceptualizado en la Constitución de 1933, y con ella se logró garantizar, por primera vez, su protección por parte del Estado. Años más tarde, con la Constitución de 1979, el valor asignado a la familia tuvo mayor trascendencia pues se la reguló como una institución civil y social, vinculándola de manera conexa al matrimonio[19].

En lo que respecta a la Constitución de 1993, esta sigue la línea planteada por la Carta anterior, aunque con algunos cambios sustanciales, como la desvinculación del matrimonio como condición *sine qua non* para la existencia de la familia. Esto supone, la aceptación de nuevas formas de familia, formadas a partir de la unión de hecho o concubinato[20].

IV. EL DERECHO CIVIL EN LA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Desde la instauración de la Carta Constitucional de 1993, el Tribunal Constitucional ha podido desarrollar, en contadas ocasiones, el concepto de familia. Por ejemplo, puede evidenciarse en la sentencia del expediente N° 2868-2004-PA/TC "José Antonio Álvarez Rojas", el desarrollo del *ius connubii* como potestad fundamental correspondiente el ámbito del derecho al libre desarrollo de la persona. En dicha sentencia, el Tribunal disgrega los conceptos de familia y de matrimonio como elementos otrora

18 CÓRDOVA, Álvaro. "La perspectiva constitucional de la familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Gaceta del Tribunal Constitucional,* 2008. p. 4.

19 Constitución Política del Perú de 1979, artículo 5°:

"El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación.

Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley (…)

20 *Constitución Política del Perú de 1993:*

Artículo 4°: La comunidad y el Estado protegen (…) a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Artículo 5.- La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

INDICE

dependientes y explicita que "más que de unos derechos fundamentales a la familia y al matrimonio, en realidad, se trata de dos institutos jurídicos constitucionalmente garantizados" (Fundamento 13). De este modo, la precitada sentencia hace referencia a los conceptos jurídicos siguientes:

"Uno de esos ámbitos de libertad en los que no cabe la injerencia estatal, porque cuentan con la protección constitucional que les dispensa el formar parte del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ciertamente es el *ius connubii*. Con su ejercicio, se realiza el matrimonio como institución constitucionalmente garantizada y, con él **[aunque no únicamente]** (énfasis agregado), a su vez, también uno de los institutos naturales y fundamentales de la sociedad, como lo es la familia. Por consiguiente, toda persona, en forma autónoma e independiente, puede determinar cuándo y con quién contraer matrimonio (…)" (Fundamento 14)

Con el ánimo de desarrollar el presente artículo, nos detendremos en el análisis de la sentencia del expediente N° 9332-2006-PA/TC, en la cual el Tribunal Constitucional hace una interpretación más exhaustiva sobre el artículo 4° de la Constitución.

La mencionada sentencia versa sobre una demanda de amparo interpuesta contra el Centro Naval del Perú, porque la entidad demandada no otorgó el carné familiar a la hija del demandante, toda vez que esta tenía la condición de hijastra del demandante. Por tal razón, el Tribunal Constitucional, en tutela de los Derechos fundamentales, declaró fundada la demanda, ordenando a la entidad demandada que no debía realizar distinción alguna entre el tratamiento que recibían los hijos del demandante y el de su correspondiente hijastra.

Así, el Tribunal Constitucional, de conformidad con lo estipulado en el artículo 4° de la Constitución, reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad; en virtud de ello, el Estado y la comunidad se ven obligados a prestarle especial protección; en consecuencia, el Tribunal replantea los contenidos conceptuales de familia y matrimonio, a fin de que, bajo interpretaciones diversas, no se trasgredan derechos fundamentales.

Al respecto, resulta importante mencionar el tratamiento de la familia a nivel internacional, la que también recibe considerable atención porque se encuentra protegida y amparada como derecho humano; así, el *soft law* sostiene que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho –sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión– a

casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que "tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado" (subrayado agregado) – Artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Fundamento 4).

Expuesto lo anterior, y desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales, tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, los grandes flujos migratorios del campo a la ciudad, entre otros aspectos. Todo esto ha significado una evolución de la estructura familiar tradicional, en la que está, sentaba sus bases esencialmente en una estructura nuclear y bajo la dirección de un *pater familias*, hacia una figura más abierta, cuya conformación incorpora nuevos conceptos jurídicos sobre la noción de familia. Como consecuencia de ello, se han generado familias con estructuras distintas, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monoparentales o las que en doctrina se han denominado *familias reconstituidas* (Fundamento 7).

Conforme se señala en el Fundamento 8 de la precitada sentencia, "no existe un acuerdo en doctrina sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la *familia ensamblada* puede definirse como "la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa".

Así, en el caso de autos sí se puede afirmar que existe una relación "estable, pública y de reconocimiento que determina la oponibilidad de este núcleo familiar, al que evidentemente pertenece la hijastra" (Fundamento 23). Empero, la Asociación demandada sostiene que la medida impuesta se respaldó en su normatividad interna, sustentada en sus prerrogativas de organizarse. Cabe rescatar, que en ningún modo, las prerrogativas otorgadas a las Asociaciones deberán atentar contra otros bienes jurídicos, sobre todo si estos ostentan mayor relevancia, como la constitución de una familia.

A partir de todo ello, el Tribunal infiere que si bien el matrimonio y la familia son conceptos íntimamente relacionados el uno con el otro, son a su vez diferenciables. "No cabe por lo tanto establecer una relación de dependencia entre ambos, debe distinguirse claramente el derecho al matrimonio del derecho a fundar familia"[21].

V. CONCLUSIONES

Recapitulando lo señalado a lo largo del presente artículo, podemos concluir que la constitucionalización del derecho es un fenómeno cuyas características permiten garantizar la permanencia y eficacia de la Constitución en el Ordenamiento jurídico.

En esa línea, el abandono de un modelo estrictamente legalista ha facilitado que el legislador entienda el derecho como una unidad sujeta a los parámetros establecidos en la Constitución, ya que, solo a partir de esta, los dispositivos normativos con que cuenta cada área del Derecho, cobran un sentido cabal.

Dicho esto, debemos asumir que también el Derecho Civil está inmerso en el marco de los contenidos constitucionales y su actuación se rige bajo principios de constitucionalidad recogidos en la Carta fundamental. Empero, no solo se encuentra únicamente subordinado a estos mandatos supremos, sino que también está permanentemente dotado con el contenido constitucional que la jurisprudencia, por intermedio del Tribunal Constitucional, desarrolla y que permite que el Derecho civil pueda ir transformándose acorde al dinamismo por el que atraviesa nuestra sociedad.

El Derecho de Familia es un claro ejemplo de lo expuesto, pues, la evolución de la Familia en la legislación nacional no ha sido siempre la misma, sino que ha ido de la mano con el desarrollo de los derechos fundamentales. Esto, ha permitido que sus alcances y preceptos lleguen a ocupar un espacio más amplio, con mayor proyección cuando hace referencia al pasado.

Así pues, la constitucionalización de esta institución ha permitido que se aborden nuevos aspectos, dejando de lado algunas concepciones tradicionales. Todo ello, ha permitido ampliar su margen de protección cuya razón de ser reposa en las nuevas necesidades sociales.

21 Ib 17. p. 7.

En suma, hoy por hoy, el fenómeno de la constitucionalización del derecho implica una acogida a preceptos constitucionales, cuyo centro es el respeto de los derechos fundamentales de la persona. En consecuencia, el respeto de las disposiciones emanadas de la Carta Constitucional deberá ser de obligatorio acatamiento para todos los poderes públicos y para las relaciones entre los privados.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. AGUILÓ, Joseph. "Sobre la Constitución del Estado constitucional" *Doxa* N° 24, año 2001. pp. 446, 447.
2. ARAGÓN, Manuel. "El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad". *UAM,* Madrid. pp. 185, 186.
3. BARBER, Roncesvallles. *La Constitución y el Derecho Civil*. Universidad de la Rioja, REDUR. N° 2.
4. CÓRDOVA, Álvaro. "La perspectiva constitucional de la familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Gaceta del Tribunal Constitucional,* 2008, p. 4.
5. FAVOREU, Louis. Constitucionalización del Derecho. *Revista de Derecho,* Universidad Austral de Chile, Vol. XII, agosto 2001, p. 31.
6. FERRERES, Víctor. "Una defensa de la rigidez constitucional". *Doxa* Nº 23, año 2000, p. 39.
7. GASCÓN, Marina y GARCÍA, Alfonso. "*La argumentación en el Derecho*". Segunda edición, 2005, p. 42.
8. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, 1994, p. 11.
9. GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. 4.ª ed., Caracas, 2002, p. 33.
10. GOMES CAHOTILHO, José. *Teoría de la Constitución*. Dykinson, Madrid. P. 331
11. GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *UNAM*. México, 2001, p. 153.
12. GUTIÉRREZ, Pilar. *La constitucionalización del Derecho Civil*. Año 2011. p. 76.

13. HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Madrid, 1998, p. 295.

14. LANDA, César. "La constitucionalización del Derecho Peruano". PUCP, *Revista de Derecho.* Lima, 2013. N° 71. p. 14.

15. PRIETO, Luis. "El constitucionalismo de los derechos". REDC. Madrid, 2004. p. 49.

16. TAMAYO JARAMILLO, Javier. "La constitucionalización del derecho privado en Colombia". *Revista Justicia y Derecho* Nº 3, 2012.

LA INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN: UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL*

*Gerardo Eto Cruz***

En homenaje a Germán J. Bidart Campos, a diez años de su partida

1. Breve introito epistémico

El mundo del derecho –aparte de su innegable manifestación tridimensional expresada en norma-realidad-valor[1] en el plano del *discurso jurídico*; esto es, en la elaboración de la *teoría jurídica*; oscila en una permanente línea dual: a la presencia de un fenómeno, del griego *phaenomenum* (lo que

* Ponencia presentada en el *V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional (a diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional)*, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María (Arequipa) y la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, realizado en la casa de estudios en mención, durante los días 30, 31 de octubre y 1 de noviembre de 2014.

** Doctor en Derecho Público por la Universidad Santiago de Compostela. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Trujillo, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Universidad de San Martín de Porres. Exmagistrado del Tribunal Constitucional del Perú.

1 REALE, Miguel. *Teoría tridimensional del derecho*. Edeval, Valparaíso, 1978.

aparece, lo que acontece)[2], y si tiene relevancia jurídica, hablamos recién de un *fenómeno jurídico*. Esta primera dimensión es de orden ontológico, dado que todo fenómeno es una manifestación de la realidad. A ello sigue otra línea de naturaleza cognitiva y que se explica así: el observador (llámese analista del derecho, jurista, teórico, investigador, etc.), al ver o describir determinada realidad –el fenómeno jurídico– logra identificarlo con un nombre. De allí que, en el pleno filosófico, y más específicamente en la fenomenología de Edmund Husserl, los fenómenos constituyen el mundo tal como lo apreciamos, en oposición al mundo tal como existe[3]. En palabras del epistemólogo Bunge, los términos "fenómeno" y "hecho" son sinónimos, "no así en filosofía, donde la palabra griego "fenómeno" (apariencia) quiere decir "un hecho o evento observable")[4].

2 "A partir del siglo XVIII y en relación con la revaloración de la apariencia como manifestación de la realidad a los sentidos y al entendimiento humano, la palabra F. [fenómeno] comienza a designar el objeto específico del conocimiento humano, justo en cuanto *aparece* bajo particulares condiciones, características de la estructura cognoscitiva del hombre. En este sentido, la noción de F. [fenómeno] es correlativa a la de *cosa en sí* y la exige por oposición. A medida que se reconoce que los objetos del conocimiento se revelan en los modos y en las formas propias de la estructura cognoscitiva del hombre y que, por lo tanto, no son las 'cosas en sí mismas', o sea, las cosas como podrían ser o como son fuera de la relación cognoscitiva con el hombre, el objeto del conocimiento humano se configura como F. [fenómeno], o sea, como cosa aparente en dichas condiciones, lo que obviamente no quiere decir cosa engañosa o ilusoria. La filosofía del siglo XVIII fue la que dio este paso. Hobbes, que al principio había revalorado al F. [fenómeno] como apariencia en general (…) no confirió significado limitativo o correctivo ninguno a la palabra F. [fenómeno] que usa para designar todo objeto posible del conocimiento humano" [ABBAGNANO, Nicola. *Diccionario de filosofía*, 4.ª edición, 1.ª reimpresión, actualizado y aumentado por Giovanni Fornero, traducción de José Esteban Calderón, Alfredo N. Galleti, Eliane Cazenave Tapie Isoard, Beatriz Gonzáles Casanova y Juan Carlos Rodríguez, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2007, pp. 480-481].

3 STÖRIG, Hans Joachim. *Historia universal de la filosofía*, traducción de Antonio Gómez Ramos, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 650 y ss.

4 BUNGE, Mario. *A la caza de la realidad. La controversia sobre el realismo*, traducción de Rafael Gonzáles del Soler, Gedisa, Barcelona, 2007, p. 66.

Y es que, en terminología de Michel Foucault, a tales cosas, ellas deben tener tales nombres[5]. De ello ha dado cuenta en su obra igualmente, *La arqueología del saber*[6].

Los nombres que se ponen a las cosas (*res*) –recuérdese también que el término "fenómeno" deriva del latín *res, rei*– ha sido fruto de una compleja evolución en el lenguaje jurídico[7]. Y los nombres o términos jurídicos, o bien son creaciones de los órganos jurisdiccionales, del legislador, de la costumbre o de la doctrina, o de complejas fuentes, de orden metajurídico y muchos que vienen secularizado del viejo imperio romano.

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con los científicos en las áreas de las ciencias naturales, los académicos en el mundo del derecho, la actividad cognitiva no está exenta de un criterio axiológico. En efecto, el derecho en su expresión normativa se presenta como una categoría de regular una realidad, por lo que permite al operador del derecho un conocimiento *a priori* del *du sein* (ser ahí) –fenómeno jurídico–. Empero, la actividad cognitiva del científico del derecho no deja de lado el *so sein* (ser así)[8].

En la evolución del pensamiento jurídico, no cabe duda que el lenguaje ha jugado un papel imprescindible y vital cuando se trata de expresar enunciados, conceptos, categorías, principios.

Así, la filosofía del lenguaje distingue dos sujetos: un emisor y un receptor que comparten un universo común y que les permite comunicarse transmitiendo un mensaje en un contexto dado. Y así, el rol del lenguaje cumple una función comunicacional. Pero, en el marco del lenguaje común, existe un *lenguaje jurídico* que se expresa en un *discurso jurídico* propio de las ciencias jurídicas; muchos de carácter axiomático.

5 FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas*, traducción de Elsa Cecilia Frost, 22.ª edición revisada y corregida, México D.F., Siglo XXI, 2010, vid. pp. 48-62.

6 FOUCAULT, Michel. *La arqueología del saber*, traducción de Aurelio Garzón del Camino, 2.ª edición, México D.F., Siglo XXI, 2010, vid. específicamente "La formación de los conceptos", p. 76 y ss.

7 "Los conceptos jurídicos tienen un fundamento, en general histórico, y se mantienen en la tradición jurídica, lo que es de la mayor importancia para la interpretación (filológica), y para su empleo en la dogmática jurídica" [BIELSA, Rafael: *Los conceptos jurídicos y su terminología*, 3.ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1961].

8 GONZÁLES IBARRA, Juan de Dios. *Epistemología jurídica*, 3.ª edición, Porrúa, México D.F., 2008, pp. 141-142.

INDICE

Anota en este contexto, Rubén Marcelo Garate, que: "el lenguaje jurídico tiene como particularidad, que no solo nos permite relacionarnos con las normas, sino que nos remite directamente a las conductas, porque tanto las normas como las conductas contienen y expresan valores. Por lo tanto, la función discursiva del lenguaje jurídico, es vital para el análisis del fenómeno jurídico y para la proyección de la ciencia del Derecho"[9].

Viene este breve excurso, pues el horizonte del derecho a caballo entre el siglo XX y el siglo XXI viene incorporando o creando nuevos términos con nuevos paradigmas, frente a los aconteceres de la compleja realidad que responde a la era de la posmodernidad[10]. Y una de estas últimas creaciones en el derecho público que se empieza a consolidar en el siglo XXI es el *control de convencionalidad*.

2. La creación del concepto "control de convencionalidad" en la versión del Consejo Constitucional francés

Aunque se atribuye –y con razón– al profesor Sergio García Ramírez haber utilizado la expresión "control de convencionalidad", este concepto parece tener, no cabe duda, un largo recorrido[11]. Si bien es una doctrina que ha sido elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco de su función jurisdiccional, y genéticamente se gestó con algunos votos particulares –en estricto, no eran votos "discrepantes" sino concurrentes o razonados del magistrado García Ramírez–, un sector doctrinario viene planteando la tesis de que tal expresión habría sido utilizada por el Consejo Constitucional francés. En efecto, los profesores Luis Guilherme Marinoni y Valerio de Oliveira Mazzuoli han precisado que:

> "Não obstante a expressão 'controle de convencionalidade' ter nascido na França, com a Decisão 74-54-DC, de 15 de janeiro de 1975, do Conselho Constitucional Francês, o certo é que foi no Continente Americano que esse tipo de controle galgou o seu maior desenvolvimento. Foi a Corte Interamericana de Direitos Humanos –e não um tribunal europeu– que passou a exigir, desde 2006, quando do julgamento do *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, que o Poder Judiciário dos Estados-partes à Convenção Americana sobre Direitos Humanos exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplicam aos casos concretos"[12].

Veamos, en líneas generales, cómo se presenta el tema del control de convencionalidad en el Consejo Constitucional francés.

Este órgano jurisdiccional, en efecto, el 15 de enero de 1975, expide la Decisión 75-54-DC relativo a una demanda de inconstitucionalidad de una ley que permitía la interrupción voluntaria del embarazo. Este caso aparentemente pasó desapercibido en su momento, dado que los comentarios, más fueron en torno a la controversia misma de la Ley que regulaba la interrupción voluntaria del embarazo[13]. Sin embargo, dicha decisión marcaba un hito respecto a la interpretación del artículo 55 de la Constitución francesa de 1958, que precisa: "Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte". Esta cláusula –que, dicho sea de paso, se inspiró en la Constitución española artículo 96º–, fue objeto de un desarrollo jurisdiccional que, a la postre, terminó por reconocer un control de convencionalidad en términos implícitos.

En el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley de interrupción voluntaria del embarazo, se argumentaba contra ella, que era inconstitucional porque contradecía explícitamente el derecho a la vida consagrado en el artículo 2º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, se concluía que, si una ley era contraria a una norma convencional, *ergo*, era igualmente inconstitucional.

9 GÁRATE, Rubén Marcelo. "El fenómeno jurídico", en *Anales N.º 43*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de la Plata, 2012, disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33788/Documento_completo.pdf?sequence=1 (fecha de visita: 7 de octubre de 2014).

10 *Vid.* a PEGORARO, Lucio (coordinador). *Glosario de Derecho Público*. Porrúa, México D.F., 2012.

11 QUINCHE RAMÍREZ, Manuel. *El control de convencionalidad*. Temis, Bogotá, 2014; vid. el capítulo I sobre los orígenes del control de convencionalidad, p. 8 y ss.

12 MARINONI, Luis Guilherme y Valerio DE OLIVEIRA MAZZUOLI (coordinadores). *Controle de Convencionalidade. Un panorama latino-americano*, Gazeta Jurídica, Brasilia, 2013, p. XIII.

13 CRUZ, Luis M. "El alcance del Consejo Constitucional francés en la protección de los Derechos y Libertades Fundamentales", en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, N.º 15, 2011, pp. 499-540; CARPENTIER, Elice: "La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por el Consejo Constitucional francés", en *Estudios Constitucionales*, Año 7, N.º 2, 2009, pp. 129-142; LAVROFF, Dimitri Georges: "El Consejo Constitucional francés y la garantía de las libertades públicas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Vol 1, N.º 3, septiembre-diciembre 1981, pp. 51-53.

INDICE

Este planteo fue rechazado por el Consejo Constitucional, que negó que la superioridad de los tratados internacionales sobre las leyes dotase a aquellos de rango constitucional: los tratados internacionales no forman parte del bloque de la constitucionalidad. A ello concluye que "[u]na ley que es incompatible con un tratado no es *ipso facto* inconstitucional" (fundamento 9). No obstante, estos planteos jurisdiccionales, el Consejo Constitucional expresó en el Considerando Siete que "no le corresponde al Consejo Constitucional (…) examinar la compatibilidad de una ley con las disposiciones de un tratado o un acuerdo internacional"[14]. Esto significaba, como también ha anotado Luis María Díez-Picazo, que "la superioridad de los tratados sobre las leyes podría ser hecho valer por los jueces ordinarios: en caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una norma legal, ésta debe ser inaplicada para asegurar la primacía de aquélla"[15].

Como se podrá concluir, el concepto o noción de control de convencionalidad fue esbozado implícitamente por el Consejo Constitucional francés ya en 1975; sin embargo, fuera de esta posición jurisdiccional, su desarrollo habría de ser delineado explícitamente y desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, derrotero que aún no termina, por cuanto en el contexto de este concepto, surge como una figura singular la problemática de la *inconvencionalidad por omisión* que veremos más adelante, y que, desde luego, reclama un tratamiento y reflexión por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

14 Sobre el particular, véase a OTÁROLA MALASSIS, Janine. *El control de legalidad y de constitucionalidad en Francia*, Porrúa, México D.F., 2009, pp. 73-86.

15 "La Corte de Casación recogió inmediatamente la invitación del Consejo Constitucional y, a partir de su sentencia *Societé de cafés Jacques Vabre* de 24 de mayo de 1975, comenzó a inaplicar las leyes contrarias a tratados internacionales. En la jurisdicción administrativa, en cambio, hubo mayor resistencia: el Consejo de Estado se negó durante mucho tiempo a inaplicar la ley posterior al tratado internacional, por entender que la contradicción entre ambas normas proviene de una voluntad tácita del legislador de derogar o excepcionar lo dispuesto por el tratado internacional; lo que denotaba, como es obvio, un profundo apego al viejo dogma de la soberanía del legislador, carente de sentido allí donde existe la supremacía de la Constitución. Con la famosa sentencia *Nicolo* de 20 de octubre de 1989, el Consejo de Estado cambió de orientación y aceptó plenamente la superioridad de los tratados internacionales sobre las leyes" [DÍEZ-PICAZO, Luis María. "Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958", en *Cuadernos de Derecho Público*, N.º 34-35, mayo-diciembre 2008, p. 29].

3. El control de convencionalidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sin pretender parafrasear al manifiesto comunista, se puede afirmar que un paradigma recorre hoy América Latina, mas no es un fantasma que espante; pero sí un fenómeno que viene desplomando dogmas y creando nuevas categorías en el Derecho Público: la revolución del control de convencionalidad.

Si bien desde la perspectiva latinoamericana los autores coinciden en identificar, como ya se tiene dicho, un origen pretoriano, a nivel del Pleno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); esta original categoría fue utilizada, como ya se dijo, por el juez Sergio García Ramírez en el voto concurrente en la sentencia del caso Myrna Mack Chang, en el 2003 y que luego la Corte lo hizo suyo en términos corporativos en el caso Almonacid Arellano y otros contra el gobierno de Chile en sentencia de 26 de septiembre de 2006. Allí la corte había precisado en el fundamento 124 lo siguiente:

> *"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".*

A partir de este emblemático fallo, la Corte habría de emitir otras más en las que reiteraba explícitamente dicha postura, como los casos "La Cantuta contra Perú" de 29 de noviembre de 2006 (considerando 173) y en "Boyce y otros contra Barbados" de 20 de noviembre de 2007 (considerando 78).

Sin embargo, será en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) contra Perú" de 24 de noviembre de 2006 en que

INDICE

la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisa y afina los contornos del "control de convencionalidad", estableciendo explícitamente en el considerando 128 que:

> *"Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones"*

Con este marco de sendas decisiones, la CIDH consolidaba, lo que en su momento su homólogo europeo –el Convenio Europeo de Derechos Humanos– delineaba: la existencia de un *control de convencionalidad*, a la que los países debían ceñirse y someter, desde una perspectiva supranacional.

4. Hacia una aproximación conceptual del control de convencionalidad

Nos vamos a permitir hacer un breve exordio introductorio: cuando los tribunales, salas o cortes constitucionales ejercen jurisdicción constitucional, en rigor lo que están ejercitando es un control de constitucionalidad que se mueve en dos grandes áreas: a) verificar si las normas infraconstitucionales no contradicen a la Constitución o que no exista conflicto de competencias o de atribuciones entre entidades territoriales u órganos estatales (jurisdicción constitucional orgánica); b) Verificar que no existan actos lesivos provenientes de autoridades, funcionarios o personas que generen violación a los derechos fundamentales de la persona (jurisdicción constitucional de la libertad). Ambos contenidos de la jurisdicción constitucional son contrastados con un parámetro normativo: la Constitución. De allí que en las jurisdicciones constitucionales de cada país, el contraste

se produce con la Constitución; por lo que bien cabe hablar de un control constitucional en términos latos.

Lo propio ocurre con la CIDH cuando se produce en el ordenamiento interno de un país de la región, alguna afectación, bien sea por normas, actos, conductas que menoscaban no ya a la Constitución; sino a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADDHH); aquí lo que está ejerciendo la CIDH es, en estricto y homologable al caso, "un control de convencionalidad". El parámetro en referencia, será la citada CADDHH y los demás tratados regionales en materia de derechos humanos, el que tendrá la Corte para verificar si se ha producido un agravio a la Convención.

Explicitado y descrito así, bien cabe señalar que el control de convencionalidad es la potestad jurisdiccional que tiene un órgano de jurisdicción supranacional para resolver controversias que derivan de normas, hechos, actos contrarios a la Convención y a los demás tratados de la región. El control de convencionalidad tendrá como eje, cotejar y comparar si en un determinado ordenamiento interno se adecúa y acata a la Convención o no.

Si bien la gran batalla por afirmar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales de las personas corresponderá siempre, en su etapa de ejecución, en el ámbito interno a través de los jueces nacionales, esta protección puede venir precedida heterónomamente por la CIDH. Y es que, así como en la guerra convencional; aire, mar y tierra definen diversos teatros de operaciones bélicas; los jueces nacionales son los que definitivamente definen la batalla que el escenario internacional coadyuva, como ocurre con la Corte y su control de convencionalidad.

"Si existe esa conexión clara y rotunda -o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones-, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio "control de convencionalidad". Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea -que he reiterado- de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional" (Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú", de 24 de noviembre de 2006, FJ. 11).

5. Clases de control de convencionalidad: vertical y horizontal

Se puede distinguir un control de convencionalidad *vertical* que surge heterónomamente, externamente, a partir de un ordenamiento supranacional, una interpretación supraconstitucional y una jurisdicción supranacional. Estos ejes convergen en un control vertical: de la Corte Internacional hacia los tribunales domésticos. Pero también hay un control *horizontal* interno, que lo detentan los jueces nacionales en virtud del cual fallan con apego, no el orden interno; sino a partir de lo que dispone la CADDHH y la CIDH.

5.1. Control de convencionalidad vertical

Bien puede delinearse que el control de convencionalidad *vertical*, es en efecto un control internacional homologable a un Tribunal Constitucional Internacional y, por tanto, un control concentrado con efecto *erga omnes* los fallos que emite. De allí que, el verdadero control de convencionalidad radica en la CIDH y sus fallos generan toda una doctrina jurisprudencial que vincula a la región. Sus resoluciones son, como ha apuntado Eduardo Ferrer, cosa juzgada convencional, resolución esta que servirá de marco interpretativo para las jurisdicciones domésticas de cada país.

5.2. Control de convencionalidad horizontal

En cambio, el control de convencionalidad *horizontal*, lo detentan las judicaturas domésticas de cada país; se trata, en consecuencia, de un control de convencionalidad difuso, cuyos efectos de dicho control será solo para el país al cual sus jueces prefieren aplicar los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos de la región, antes que sus normas internas. Ello supone que los efectos de control de convencionalidad puede significar declarar inconvencional una norma nacional; tanto como dejar sin efecto jurídico cual disposición, hecho, acto proveniente de alguna repartición estatal del país emplazado.

En definitiva, el control *horizontal* es un control de convencionalidad difuso, cuyos efectos serán solo para el país interno. El control de convencionalidad difuso puede suponer el juez hércules que puede llegar a desaplicar, no solo la legislación nacional que se opone al bloque de convencionalidad; sino que incluso podría desaplicar los fallos de un Tribunal Constitucional o de la Suprema Corte, cuyos fallos no se adecúan a la filosofía de dicho control de convencionalidad.

6. La inconvencionalidad por omisión

En el mundo del derecho, la presencia de omisiones jurídicamente relevantes es un fenómeno que se encuentran en diversos sectores del ordenamiento jurídico, y en el que no podía estar exento el bloque de convencionalidad.

1. En líneas generales, se puede hablar de una *inconvencionalidad por omisión latu sensu*, y que, a su vez, esta se puede expresar en:

1.1. *Inconvencionalidad por omisión de acto político o de gobierno*: ella se prefigura cuando los países signatarios de la región, no cumplen con desarrollar o impulsar el grueso de normas de derechos humanos que suponen políticas discrecionales; este tipo de inconvencionalidad está presente en la mayoría de tratados y convenios en materia de derechos humanos, no solo a nivel de la región, sino incluso de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de la ONU.

En este punto, resulta pertinente citar las reflexiones de los profesores Juan Carlos Hitters y Óscar L. Fappiano, en torno al deber de los Estados de cumplir los tratados internacionales: "La responsabilidad estatal por violación de los derechos humanos se establece como regla general en dos normas fundamentales del Pacto de San José de Costa Rica. En efecto, el artículo 1.1 señala que los países se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidas en dicho cuerpo y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio, y el artículo 2 completa el concepto proclamando que si los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieran ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter '… *los Estados parte se comprometen a adoptar (…) las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para ser efectivos tales derecho y libertades*'. Estos dos preceptos perfectamente alineados e imbricados marcan las reglas generales –sin perjuicio de los deberes especiales que luego veremos– que operan como el árbol de levas de todo el sistema. El Estado debe *respetar y garantizar* el cumplimiento de sus deberes y, si quedara algún hueco tutelar, debe adoptar las conductas pertinentes para llenar dichos baches (art. 2)"[16].

1.2. *Inconvencionalidad por omisión indirecta*: este tipo de omisión surge cuando, a partir del bloque de convencionalidad, no se llega a

16 HITTERS, Juan Carlos y Óscar F. Fappiano. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Tomo II, Volumen 1, Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 219.

INDICE

desarrollar o cumplir dichos mandatos debido a tres tipos de situaciones específicas:

a) *Ilegalidad por omisión*: esta inconvencionalidad por omisión se presenta cuando el Estado ha impulsado alguna legislación que desarrolla algún tratado internacional en materia de derechos humanos, sea a nivel regional o de la ONU; lo importante aquí es que, habiendo una legislación que desarrolla el mandamiento de una norma internacional, esta, a la postre, no se llega a cumplir porque no se ha reglamentado; esto es: hay una norma internacional, existe una ley complementaria, pero esta requiere de un desarrollo reglamentario y no se ha dictado; en este caso, podría ser la presencia de un decreto supremo que reglamente la legislación específica.

b) *Omisiones de actos administrativos*: igualmente se puede homologar la figura de la inconvencionalidad por omisión cuando aquí, ya no se trata de la falta de una ley o de un reglamento, sino de la omisión de algún acto de la Administración Pública. Este silencio administrativo puede afectar alguna manifestación de las constelaciones normativas del bloque de convencionalidad o de los tratados internacionales de derechos humanos de la ONU.

c) *Omisiones de la función jurisdiccional*: se trata aquí de una inconvencionalidad indirecta cuando el órgano jurisdiccional, bien sea del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del Jurado Nacional de Elecciones, al impartir justicia, sus fallos afectan por omisión el no desarrollo de alguna cláusula específica de una norma proveniente de los tratados de derechos humanos a nivel regional o internacional.

En rigor, son muchas las hipótesis que se pueden presentar en este rubro, y no solo el control de convencionalidad puede ser por vía de una acción –en este caso, de una sentencia que contraviene el bloque de convencionalidad–, sino de un fallo que *omite* al no dar cumplimiento a una norma específica internacional.

Estas tres figuras, pueden delinear una manifestación de inconvencionalidad por omisión en términos genéricos. Veamos ahora la inconvencionalidad por omisión *strictu sensu*.

2. Inconvencionalidad por omisión *strictu sensu*

El pensamiento constitucional-europeo ha venido delineando, primero a nivel pretoriano, y luego a nivel de la regulación constitucional, y posteriormente por la doctrina, el reconocimiento de lo que suele denominar "*inconstitucionalidad por omisión*", fenómeno que de ordinario surge cuando el legislador no desarrolla una determinada cláusula constitucional de carácter *programática* –en oposición a la existencia de las cláusulas "*operativas*" que no requieren de desarrollo normativo *a posteriori*, dado que son normas autoaplicativas–.

Las cláusulas programáticas son fruto del testamento histórico del poder constituyente que delega a los sucesivos poderes constituidos el desarrollo de leyes que la Constitución exige, para que esta norma fundamental pueda cumplir su ciclo de vigencia ontológica; esto es, ser aplicada y "vivida" en la realidad.

En los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sus normas, por lo general, no está supeditadas a la existencia de leyes "que los complementen" o desarrollen. Y es que, a nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ningún Estado puede condicionar su vigencia al ordenamiento interno. Sin embargo, de una u otra manera, no se puede igualmente negar que a nivel de los tratados internacionales, y peor aún en materia de derechos humanos, muchas cláusulas son violadas, desconocidas o no aplicadas no solo en vía de acción: cuando se dicta una ley contraria a la filosofía de los derechos fundamentales, cuando los gobiernos en sus actos administrativos, de gobierno, o en sede jurisdiccional se viola alguna cláusula de un tratado. A todo esto, el control de convencionalidad evalúa si algún tipo de esta manifestación normativa interna se adecúa o no, afecta o no al bloque de convencionalidad.

Hasta aquí, toda la literatura jurídica se han encaminado a verificar el control de convencionalidad en vía de acción[17].

Sin embargo, ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni la Convención Europea de Derechos Humanos ha desarrollado y delineado lo que ya los tribunales constitucionales han reconocido a nivel del bloque de constitucionalidad: las omisiones relevantes que generan la inconstitucionalidad por omisión. Esto es, el fenómeno de la inconvencionalidad por omisión reclama un tratamiento específico por parte de la CIDH y del

17 Véase, al final del presente trabajo, la referencia bibliográfica sobre la literatura en torno al control de convencionalidad.

INDICE

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por ejemplo, en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, existen también prestaciones de carácter positivo, de las que surgen conductas que implican para los Estados *obligaciones de hacer*, para no violar el Convenio.

Así por ejemplo, los profesores Juan Carlos Hitters y Óscar L. Fappiano nos recuerdan que "[e]l artículo 1 señala que las partes contratantes reconocen a toda persona una serie de derechos. Mas ese texto tiene distinta significación según se lea en francés (*reconaissent*), o en inglés (*shall secure*), esto es 'reconocer' o 'asegurar', respectivamente. Recordemos que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si un tratado está escrito en más de una lengua, el mismo hará igualmente fe en cada una de ellas. El término 'asegurar' tiene mayor amplitud que 'reconocer', por ello con este último sentido debe entenderse la disposición del artículo 1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Airey, dejó en claro que el cumplimiento del deber impuesto por el Convenio a veces implica acciones positivas por parte del Estado. En determinados casos, el gobierno no puede permanecer pasivo y no hay lugar a distinguir entre actos y omisiones"[18].

Cabe entonces esgrimir con énfasis que cuando no se desarrolla alguna cláusula de un tratado internacional en materia de derechos humanos –bien sea a nivel regional o internacional– estamos estrictamente hablando de un fenómeno concreto: se viola por omisión el no desarrollo de dicha cláusula. Y la inconvencionalidad por omisión puede manifestarse en sentido lato, ya desarrollado brevemente líneas arriba; o *strictu sensu*, cuando se detecta que alguna cláusula internacional requiere de una norma interna que logre desarrollarla y el Estado o gobierno ha venido intermitente y sistemáticamente omitiendo su desarrollo normativo, quedando la mencionada cláusula internacional como una norma lírica, sin vida y sin sentido porque no ha llegado a ser integrada, por decirlo así, en el ordenamiento interno de dicho país.

Este planteo que aquí esgrimimos probablemente podrá tener resistencia en algunos sectores académicos. Pero una cosa es que a nivel de la dogmática los tratados según el Convenio de Viena se cumplen sí o sí por cada país que lo ha suscrito, y otra cosa es que, en los hechos y la realidad, se infringe *por omisión*.

18 HITTERS, Juan Carlos y Óscar F. Fappiano. *Op. cit.*, Tomo I, Volumen 2, Ediar, Buenos Aires, 2012, p. 648.

2.1. Presupuestos de la inconvencionalidad por omisión

Bien podría esgrimirse una figura homóloga a la inconstitucionalidad por omisión. Y así podría decir que, para que se manifieste dicha omisión inconvencional, se podrían dar estos presupuestos:

a) Que el no cumplimiento o acatamiento de una norma internacional en materia de derechos humanos derive de la violación de una cláusula específica y directa. Esto supone que tiene que surgir de una verificación específica, y no de una constatación abstracta.

b) Que la cláusula convencional no sea exigible en sí misma (operativa) sino de carácter estructuralmente programática. En la práctica, del universo de preceptos que rodean las constelaciones normativas a nivel internacional, hay muchos que no tienen mayor complejidad y se cumplen sin ningún tipo de problema; pero existen otros tantos –la mayoría provenientes de los derechos económicos, sociales y culturales– que al ser de carácter prestacional, su desarrollo se ve postergado o simplemente no se cumple.

c) Que, en el ordenamiento interno concreto de cada país, no se impulsen medidas legislativas, administrativas, jurisdiccionales o de gobierno para tornar exigible y eficaz una norma convencional. Y así, este "bloque de convencionalidad", a falta de desarrollo del ordenamiento interno, se ve menoscabado por omisión.

* * *

Podríamos ir delineando ya algunas ideas:

a) Por lo general, la inconvencionalidad por omisión viene a ser la regla; y la inconvencionalidad por acción es la excepción.

b) Podríamos distinguir dos tipos de inconvencionalidad por omisión: una total y otra parcial. La primera surge cuando no existe el desarrollo legislativo que reclama alguna norma proveniente del llamado bloque de convencionalidad o de algún tratado internacional proveniente de la ONU. En la inconvencionalidad parcial, se trata de que aquí el legislador ha desarrollado parcialmente la cláusula programática de

convencionalidad pero, curiosamente no la llega a desarrollar en su plenitud; es más, muchas veces se pretende "reglamentar" o "desarrollar" alguna cláusula específica sin que ello suponga una plenitud en su vigencia por cuanto el Estado simplemente hace una declaración lírica de pretender desarrollar algo que políticamente no le conviene o no le interesa.

c) A la fecha, y en lo que existe a nivel de la jurisdicción supranacional, el control que se viene ejerciendo es por la inconvencionalidad por acción; y el fenómeno omisivo de inconvencionalidad es una patología silenciosa, pero que genera mayores daños al no cumplirse la vigencia interna de los derechos humanos en cada país.

d) Por razones pedagógicas, hablamos aquí de "*inconvencionalidad*"; siendo que este concepto solo comprende a los tratados regionales de derechos humanos y cuyo órgano jurisdiccional es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero no existe un término similar para aludir a los tratados internacionales en materia de derechos humanos a nivel internacional de la ONU; de allí que bien puede hablarse de una "inconvencionalidad" regional y un bloque internacional de derechos humanos de la ONU, en ambos sectores igual el fenómeno es el mismo: tratados que regulan materia de derechos humanos sea en sede regional (convencional) o internacional (ONU) que no se cumplen por los supuestos ya aludidos[19].

19 El tema de la inconstitucionalidad por omisión tiene ya una larga tradición de desarrollo reflexivo. Aquí solo consignamos a algunos autores que han escrito sendos trabajos. Así, en Argentina a Germán Bidart Campos, Néstor Pedro Sagüés, Víctor Bazán, María Sofía Sagüés; en Costa Rica, Rubén Hernández Valle; en el pensamiento lusitano (Portugal), como a Brasil, tenemos a Joaquín Gomez Canotilho, Jorge Miranda, Paulo Bonavides, Ana Da Cunha Ferraz, Ivo Dantas, José Alfonso Da Silva, Gilmar Ferreira Mendes, Marcelo Figueiredo; en España, José Julio Fernández Rodríguez, Francisco Fernández Segado; y en México, Eduardo Ferrer Mac-Gregor; entre otros.

7. El aporte del Tribunal Constitucional peruano en delinear implícitamente la inconvencionalidad por omisión

Como es harto conocido, a raíz de la aprobación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales independientes en 1989, se estableció específicamente en el artículo 6º el régimen de la consulta previa. Al margen si este Convenio 169 puede ser el único instrumento que se aplique en los países de la región que lo suscriben, el propio Convenio exige políticas legislativas de implementación y desarrollo para cada país.

En efecto, en el artículo 2º del Convenio OIT 169 se explicita que "[l]os gobiernos deberían asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados; una *acción* coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos". A su turno, el artículo 2º.2 enfatiza que tales acciones deben incluir "medidas"; es obvio que todo ello debe significar el desarrollo legislativo de la consulta previa, entre otros aspectos que menciona el Convenio 169.

En el 51º Período de Sesiones en 1997 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, en su Recomendación General 23 exhortó a los Estados parte "a que reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales, y en los casos en que se les ha privado de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos, que adopten medidas para que les sean devueltos. Únicamente cuando, por razones concretas, ello no sea posible, se sustituirá el derecho a la restitución por el derecho a una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios".

En este contexto, de la jurisprudencia constitucional relativa a este asunto, resalta la **STC N.º 05427-2009-PA/TC (caso *AIDESEP*)**. En agosto de 2007, la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva (AIDESEP) interpuso un proceso constitucional de cumplimiento exigiéndole al Ministerio de Energía y Minas que dé cumplimiento al Convenio 169 de la OIT y que adecúe sus normas reglamentarias y directrices al texto internacional.

Esta exigencia partía de que dicho Convenio había sido ya suscrito por el Estado peruano y ratificado por el Congreso mediante Resolución Legislativa 26253 promulgada y publicada el 02 de diciembre de 1993.

Desde esa época hasta el 2007, el Estado no había impulsado políticas legislativas que desarrollaran temas relativos al derecho a la consulta, tierra, territorios, recursos naturales.

El TC, a la postre, declaró estimativa la demanda, ordenando al Estado que promulgue la Ley de Consulta Previa.

Si bien en el fallo el TC maneja *in extenso* la categoría de la inconstitucionalidad por omisión (FJ. 10 al 22), en rigor implícitamente se desarrolla la figura homologable a la *inconvencionalidad por omisión* (FJ. 8, 9, y 23 al 27).

En el caso concreto, habían pasado 15 años desde que el Estado no desarrollaba el Convenio 169 (aprobado en el Perú el 2 de diciembre de 1994, entrando en vigor el 2 de febrero de 1995).

Es más, en los diversos procesos que iniciaron los dirigentes nativos (Gonzalo Tuanama Tuanama), como la AIDESEP, irónicamente el Estado, a través de sus procuradores alegaban que el Convenio 169 no había sido reglamentado, "por lo que no podría ser aplicado", dado que "sería una norma programática, no pudiendo ser aplicada sin que previamente exista una regulación doméstica que la desarrolle"[20].

8. Epílogo

No cabe duda, al estar por el diálogo jurisprudencial y judicial trasnacional que se observa a nivel planetario, como el ocurrido recientemente en el Tercer Encuentro de la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional en Korea (setiembre de 2014) que la expansión de conceptos que hoy alimental al Derecho Público[21] se viene revitalizando[22]. Y, en este marco teórico, el concepto "control de convencionalidad" está tomando una inusitada presencia que obligará ahora más que nunca, a que los Tribunales, Salas o Cortes constitucionales se nutran de la jurisprudencia, doctrina y cosa juzgada convencional[23].

20 Este extremo fue cuestionado por el TC, en la STC N.° 0022-2009-PI/TC, fundamentos 11 y 12.

21 PEGORARO, Lucio (coordinador). *Glosario de Derecho Público*. Porrúa, México D.F., 2012.

22 AYALA CORAO, Carlos. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Porrúa, México D.F., 2013.

23 NASH, Claudio. *Control de convencionalidad. De la dogmática a la implementación*. Porrúa, México D.F., 2013.

Creemos que, en la práctica, tanto la CIDH como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han venido ejerciendo su control de inconvencionalidad por omisión[24], pero que requiere un tratamiento distinto al típico control de convencionalidad. En realidad, este control habrá de irse decantando conforme se vaya perfilando y modulando los fallos que no necesariamente tienen que venir de la CIDH, sino de un control difuso que lo detentan los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales o del propio Poder Judicial. Estamos firmemente convencidos que una forma de ir controlando una verdadera vigencia de los derechos fundamentales en la región latinoamericana, será a través de fallos bien construidos por la jurisdicción constitucional de cada país que lleve a declarar un control de inconvencionalidad por omisión.

9. Marco bibliográfico

La presencia de un Derecho Procesal Constitucional Transnacional que lleva a estudiar la jurisdicción supranacional o el control de convencionalidad está tomando un auge hoy imparable. A continuación, suministramos un breve marco de referencia bibliográfica para el lector en esta materia:

1. AA.VV. *Normas internacionales en Derechos Humanos*, CAJ, Lima, 1984.
2. AA.VV. *Justicia Constitucional, Derecho Supranacional e Integración en el Derecho Latinoamericano*. Ricardo Velásquez Ramírez y Humberto Bobadilla Reyes (Coordinadores). Prólogo de Teodoro Ribera Neumann, Universidad Autónoma de Chile, Ceddal, Grijley, Lima, 2007.
3. AA.VV. *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (Coordinadores), Tomo IX – Derechos Humanos y Tribunales Internacionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional y Marcial Pons Editores, México, 2008.
4. AA.VV. *El control de convencionalidad*. Susana Albanese (Coordinadora), Ediar, Buenos Aires, 2008.

24 QUINCHE RAMÍREZ, Manuel. *El control de convencionalidad*. Temis, Bogotá, 2014.

INDICE

5. AA.VV. *La constitucionalización de la comunidad internacional*. Anne Peters, Mariano J. Aznar Gómez e Ignacio Gutiérrez (Editores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

6. AA.VV. *El control difuso de convencionalidad*. Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador), FUNDAP, Querétaro, 2012.

7. AA.VV. *Controle de Convencionalidade. Um panorama Latino-Americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Luiz Guilherme Marinoni y Valerio De Oliveira Mazzuoli (Coordinadores), Gazeta Jurídica, Brasilia, 2013.

8. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *La protección procesal internacional de los derechos humanos*. Civitas, Madrid, 1975.

9. AMAYA, Jorge Alejandro. *La jurisdicción constitucional. Control de constitucionalidad y convencionalidad. Adaptado al Paraguay por Pablo Villalba Bernie y Robert Marcial Gonzáles*. prólogo de Daniel Mendonca Bonnet, La Ley, Asunción, 2014.

10. AYALA CORAO, Carlos M. *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Editorial Jurídica Venezolana, Caracas – San José, 1998.

11. AYALA CORAO, Carlos M. *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*. Prólogo de Héctor Fix-Zamudio, Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Comisión Estatal de Derechos Humanos, Querétaro, 2003.

12. Boggiano, Antonio. *Derecho Penal Internacional y Derecho Constitucional Internacional de los Derechos Humanos. Estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. 2 Tomos, 2.ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2006.

13. BOU FRANC, Valentín y CASTILLO DAUDÍ, Mireya. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

14. BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya. *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

15. BUSTOS GISBERT, Rafael. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional Nº 52, México, 2012.

16. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGNET, Gérard; y RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *Las tres vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona humana. Derechos humanos, derecho humanitario, derecho de los refugiados*. Porrúa – Universidad Iberoamericana, México, 2003.

17. CANESSA MONTEJO, Miguel Francisco. *La protección internacional de los derechos humanos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

18. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (Compilador). *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Palestra, Lima, 2004.

19. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Tercera edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.

20. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*. Prólogo de Diego Valadés, estudio introductorio de Héctor Fix-Zamudio, UNAM/Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2013

21. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coordinadores). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos. Entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Tirant lo Blanch, México, 2013.

22. FLORES NAVARRO, Sergio y ROJAS RIVERA, Victorino. *Control de convencionalidad*, Novum, México D.F., 2013.

23. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. UNAM, México, 2001.

24. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *La jurisdicción internacional: derechos humanos y justicia penal*. Porrúa, México, 2003.

25. GORDILLO PÉREZ, Luis Ignacio. *Constitución y Ordenamientos Supranacionales*, prólogo de Pablo Pérez Tremps, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2012.

INDICE

26. HERRERÍAS CUEVA, Ignacio Francisco. *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*. Prólogo de Miguel Carbonell, 2.ª edición, Ubijus, México D.F., 2012.

27. HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Osacar L. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 2.ª edición, Tomo I, 2 Volúmenes, Tomo II, 3 Volúmenes, Ediar, Buenos Aires, 2007.

28. LANDA ARROYO, César (Compilador). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Palestra, Lima, 2005.

29. MANILI, Pablo Luis. *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional argentino*. Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.

30. MARGAROLI, Josefina y MACULAN, Sergio L. *Procedimiento ante el sistema interamericano de derechos humanos: Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Cathedra jurídica, Buenos Aires, 2011.

31. MONTERISI, Ricardo D. *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Librería Editora Platense, La Plata, 2009.

32. NASH, Claudio. *Control de convencionalidad. De la dogmática a la implementación*, Porrúa, México D.F., 2013.

……..: *La concepción de los derechos fundamentales en Latinoamérica*, Fontamara, México D.F., 2010.

33. NIKKEN, Pedro. *La garantía internacional de los derechos humanos*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006.

34. O' DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 2.ª edición, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1989.

35. QUINCHE RAMÍREZ, Manuel. *El control de convencionalidad*. Temis, Bogotá, 2014.

36. QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El debido proceso legal en el Perú y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Jurista Editores, Lima, 2003.

37. REMOTTI CARBONELL, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Instituto Europeo de Derechos Humanos, Barcelona, 2003.

38. REY CANTOR, Ernesto. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. Porrúa e Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional Nº 26, México, 2008.

39. SALINAS ZAVALA, Martha Gloria y CHUMBIAUCA DIEZ, José Alejandro. *Los instrumentos procesales de tutela de los derechos humanos en el Sistema Interamericano*. Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 2005.

40. SALADO OSUNA, Ana. *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Prólogo de Carlos Fernández Sessarego y Presentación de Francisco Eguiguren Praeli, Normas Legales, Trujillo, 2004.

41. SOUSA DUVERGÉ, Luis Antonio. *Control de convencionalidad en República Dominicana*. IUS NOVUM, Santo Domingo, 2011.

42. URIBE ARZATE, Enrique (coordinador). *Problemas actuales de los Tribunales Constitucionales y el control de convencionalidad*. Universidad Autónoma del Estado de México / Miguel Ángel Porrúa, México D.F., 2012.

43. VENTURA ROBLES, Manuel E. y otros. *Sistematización de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Presentación de Héctor Fix-Zamudio, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1996.

44. VILLALBA BERNIE, Pablo Darío. *Sistema interamericano de Derechos Humanos*, La Ley, Asunción, 2014.

45. VILLÁN DURÁN, Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2006.

Lima, 8 de octubre de 2014

Día del Combate de Angamos

EL PROCESO DE AMPARO CONTRA NORMAS AUTOAPLICATIVAS

TEMAS EN DEBATE

*Samuel B. Abad Yupanqui**

Uno de los temas más debatidos en el Derecho comparado está referido a la posibilidad de utilizar el Proceso de Amparo contra normas que violan Derechos Fundamentales. Se discute cuál debería ser la vía procesal idónea a ser utilizada. Detrás de este debate se encuentra una determinada concepción del alcance que cada ordenamiento jurídico quiere darle al amparo, la manera en que aquel se ubica en el modelo de control constitucional de normas adoptado, y la necesidad de garantizar una tutela judicial efectiva de quienes se encuentren afectados o amenazados por una norma.

Además, un sector importante de la doctrina distingue el amparo frente a leyes de aquel dirigido contra reglamentos, tema que en el Perú no ha generado mayor debate. Y es que tales categorías normativas no solo cuentan con fundamentos distintos, sino que suelen tener vías procesales diferentes de control y una regulación diversa de los efectos de sus sentencias estimatorias.

* Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad del Pacífico. Socio del Estudio Echecopar.

Así, la libertad creadora y la legitimidad democrática que identifican a la ley la hacen "la máxima expresión normativa de los poderes constituidos"[1] aunque siempre subordinada a la Constitución. Ello no sucede cuando nos referimos a la potestad reglamentaria, la cual no solo se encuentra subordinada a la ley sino que, además, carece –obviamente– de la función constitucional que corresponde al Legislativo[2]. En algunos países como España no se admite el amparo contra leyes, pero sí procede frente a reglamentos autoaplicativos. En el Perú, el Código Procesal Constitucional dispone que la sentencia estimatoria recaída en un proceso de acción popular determina la nulidad, con efecto retroactivo, de la norma reglamentaria impugnada, lo cual no ocurre con la sentencia que declare la inconstitucionalidad de una ley.

En la experiencia comparada, algunos ordenamientos jurídicos niegan la vía procesal del amparo contra normas, pues consideran que ya existen otros procesos expresamente previstos para ello (por ejemplo, la acción de inconstitucionalidad cuando se trata de normas con rango de ley o la acción popular si se cuestionan reglamentos). Acogen así una "tesis monovalente", según la cual "a cada función corresponde una vía procesal propia"[3]. Otros, en cambio, rescatan la necesidad de velar por el respeto a los derechos fundamentales, con independencia de la naturaleza del acto lesivo y de la existencia de vías procesales específicas, pues en definitiva se busca garantizar una tutela judicial efectiva de tales derechos.

Tratándose del amparo, el problema, señala Alfonso Noriega, se circunscribe a determinar el momento en que este debe intentarse. La doctrina mexicana ha propuesto tres soluciones distintas. En principio, la posibilidad de acudir a este proceso desde la vigencia de la norma inconstitucional; en segundo lugar, cuando se produce un acto concreto de afectación de derechos fundamentales. Finalmente, una solución intermedia solo abre esta vía procesal cuando la norma en sí misma contenga un "principio de ejecución" sin que sea necesario esperar el acto de aplicación[4].

1 CAAMAÑO, Francisco. *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*. Madrid: CEC, 1994, p. 79.

2 CAAMAÑO, Francisco. Ob. cit., 1994, p. 80.

3 BORRAJO INIESTA, Ignacio. "Amparo frente a leyes (en torno a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 1981)", *Revista de Administración Pública*, Madrid: CEC, Nº 98, 1982, pp. 167-168.

4 NORIEGA, Alfonso. *Lecciones de amparo*, 3.ª ed., revisada y actualizada por José Luis Soberanes, México: Porrúa, 1991, Tomo I, p. 128.

Siguiendo el referido planteamiento, evaluaremos si a través del amparo puede cuestionarse directa e inmediatamente una norma que lesione derechos fundamentales. Trataremos de determinar cuál debería ser una postura razonable para fortalecer este instrumento de defensa de los derechos humanos, evaluando los aspectos singulares a que ello conduciría.

1. El amparo contra normas autoaplicativas

La posibilidad de acudir al amparo contra normas inconstitucionales cuenta con dos posibles respuestas que fueron planteadas en el derecho mexicano. Hacerlo desde la vigencia de la norma inconstitucional, o solo cuando se trate de normas autoaplicativas o de ejecución inmediata.

Y es que no basta con que exista una norma inconstitucional para acudir al proceso de amparo. Ella debe reunir los presupuestos específicos para que pueda iniciarse este proceso. Uno de ellos exige la presencia de un agravio personal, inmediato y directo a un derecho constitucional, el cual no se encuentra presente en forma automática con la sola vigencia de una norma contraria a la Constitución.

De ahí que sea preferible acudir a la noción de normas autoaplicativas o de ejecución inmediata –que pueden ser leyes o reglamentos–, como supuesto necesario para la procedencia del amparo. Dicho concepto, acuñado por el derecho mexicano hacia 1936, aunque ha generado varios "dolores de cabeza" a la Corte Suprema de ese país[5], puede resultarnos sumamente útil.

Al respecto, un sector de la doctrina considera que "no hay más leyes autoaplicativas que las leyes singulares o de caso único"[6]. No compartimos tal criterio. Reconociendo la validez de las leyes singulares en un régimen constitucional[7]; creemos que podrían existir normas generales que también sean autoaplicativas. Otro sector de la doctrina distingue las normas

5 FIX ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2.ª ed., México: Porrúa - UNAM, 1999, p.201.

6 DÍEZ-PICAZO, Luis María. "Dificultades prácticas y significado constitucional del recurso de amparo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid: CEC, Nº 40, 1994, p. 27.

7 En la actualidad no puede afirmarse que la generalidad constituya un requisito esencial de las leyes. "El dogma de la generalidad de la ley podrá expresar una directiva política, pero carece de consistencia como requisito técnico" (GARCÍA

INDICE

autoaplicativas de aquellas que no lo son, pero que son de cumplimiento obligatorio de quien la reglamentará o ejecutará:

> "1) **LEY AUTOAPLICATIVA**. Si una ley o norma general es directamente operativa, en el sentido que no precisa de ninguna otra norma reglamentaria para su aplicación, y produce ya, con su sola promulgación, efectos jurídicos concretos (v.gr., si restringe o produce la pérdida de una facultad o derecho constitucional), la norma en cuestión causa un daño e importa "acto lesivo" a los fines de una acción de amparo. Hay *prima facie,* lesión cuestionable por el amparo.
>
> 2) **LEY NO AUTOAPLICATIVA DE CUMPLIMIENTO OBLIGADO PARA EL ÓRGANO DE REGLAMENTACIÓN O EJECUCIÓN**. En este supuesto, la ley todavía no puede efectivizarse, porque falta la norma intermedia, esto es, la que regula y pone en marcha a la ley general no operativa; o requiere la emisión de voluntad concreta del ente de ejecución. No obstante, si el órgano de reglamentación debe instrumentar (como obligación suya) la norma no autoaplicativa (v.gr., si esta dispone que "el Poder Ejecutivo tendrá que dictar las reglas de ejecución de esta ley", o algún precepto similar), la ley no autoaplicativa debe reputarse al menos como una amenaza a los fines del amparo, pues importa la adopción concreta y específica del Estado de una orden, a plasmarse en el plano de un futuro próximo, y no del futuro remoto.[8]"

Además, hay que tomar en cuenta que: "Las leyes autoaplicativas producen efectos directamente, con su mera existencia, aunque posteriormente puedan provocarse actos ejecutivos"[9]. Es decir, nada impide que la norma sea autoaplicativa y que también puedan presentarse supuestos de ejecución de la misma.

1.1. La Constitución de 1993

El constituyente de 1979 al introducir al proceso de amparo no se planteó esta problemática. Cierto es que no existían antecedentes nacionales.

DE ENTERRIA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Civitas, 1990, Tomo I, p. 144).

8 SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2009, p. 434.

9 URÍAS, Joaquín. *La tutela frente a leyes,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p. 106.

Al regular el control de constitucionalidad de las normas, incorporó la acción de inconstitucionalidad frente a las leyes, decretos legislativos, leyes regionales y ordenanzas municipales; mantuvo la acción popular contra reglamentos; y elevó a rango constitucional el precepto que permitía a la judicatura ejercer el control difuso.

No obstante, creemos que el artículo 295 de la Carta de 1979 no cerraba el camino del amparo contra normas autoaplicativas. Al indicar que el amparo procedía en defensa de los derechos vulnerados o amenazados por "cualquier autoridad" implícitamente incluía a las autoridades que pudieran lesionar tales derechos mediante una norma. La existencia de otros procesos específicos (acción popular y acción de inconstitucionalidad), destinados a controlar en vía directa la validez constitucional de las normas no impedía el empleo del amparo[10].

Sin embargo, la Constitución de 1993, con la intención de cerrar la puerta a esta vía procesal contra normas, mencionó expresamente que el amparo "no procede frente a normas legales" (artículo 200 inciso 2). Al hacerlo, trató de impedir el uso del amparo contra normas, lo cual como veremos no ocurrió.

A nuestro juicio, no resultaba conveniente impedir el empleo del amparo en tales casos. Y es que existen claros supuestos de normas de ejecución inmediata o autoaplicativas –que pueden ser tanto leyes como reglamentos–, que no requieren de ningún acto que las aplique, pues desde su vigencia lesionan derechos fundamentales. En tales supuestos, debe ser posible acudir directamente al amparo[11].

1.2. Antecedentes: la derogada Ley 23506

La Comisión que elaboró el anteproyecto de ley adoptó una determinada posición al respecto. En efecto, la exposición de motivos del referido texto fue muy clara al señalar que "el amparo y el hábeas corpus no

10 DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. "La acción de amparo contra normas en el ordenamiento jurídico peruano", *SERIE Lecturas sobre Temas Constitucionales*, Lima: Comisión Andina de Juristas, Nº 7, 1991, p. 78.

11 Así también lo entiende Marcial Rubio cuando considera que "las leyes autoaplicativas pueden ser atacadas por la acción de amparo" (RUBIO CORREA Marcial, Ob. cit., 1999, p. 71). En sentido similar, ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*, Lima: Ara Editores, 2003, p. 249.

INDICE

proceden contra normas, sino contra actos (acción u omisión)". Así, como hemos visto, trató de plasmarlo en el artículo 3 de la Ley y así lo ratificó el artículo 5 de la Ley 25398.

Entendemos que la norma cuenta con vida propia e independiente del sentido que los autores le hayan querido dar. De ahí que se haya podido efectuar una interpretación conforme a la Constitución que habilite el amparo frente a normas autoaplicativas sobre la base de las razones antes mencionadas. Por lo demás, la jurisprudencia –como veremos– acogió favorablemente diversas demandas de amparo contra este tipo de normas.

1.3. La jurisprudencia

La jurisprudencia dictada a partir de la vigencia de la Carta de 1993, especialmente del Tribunal Constitucional, ha ido precisando los alcances del amparo contra normas.

Asimismo, el Poder Judicial en diversas ocasiones declaró fundadas sendas demandas interpuestas contra normas. Esto, por ejemplo, sucedió cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema declaró fundada la demanda de amparo presentada por la Universidad Privada "Los Ángeles" de Chimbote para que se inaplique el Decreto Ley 25960, pues consideró que tal decreto vulneraba la cosa juzgada (Exp. Nº 1579-93, resuelto el 12 de enero y publicado el 13 de junio de 1994). También, la Corte Suprema declaró fundada la demanda interpuesta por Cemento Andino S.A. solicitando que no se le aplique un decreto de urgencia (Decreto Supremo 346-90-EF) y el artículo 118 de la Ley 25381 pues contradecían el convenio de estabilidad tributaria celebrado con el Estado (Exp. Nº 1486-93, resuelto el 25 de abril y publicado el 9 de septiembre de 1994). Ambos casos se iniciaron antes de la vigencia de la nueva Carta.

Posteriormente, una tendencia jurisprudencial asumida por el Poder Judicial –la Sala Corporativa Transitoria Especializada en Derecho Público– habilitó el amparo contra normas autoaplicativas (Exp. N° 958-99, El Peruano –Jurisprudencia–, Lima, 26 de octubre de 1999, p. 3341). Nos referimos a la sentencia del 31 de agosto de 1999 en la que se señaló:

> *"Que, si bien el artículo 200 de nuestra Constitución Política dispone que no proceden acciones de amparo contra normas legales, contrariamente, sí proceden contra normas que resulten incompatibles con la Carta Magna; supuesto que se da para el caso concreto por el carácter autoaplicativo que revisten los artículos 48, 50, 51 y 53 del Decreto Legislativo 776, modificado*

> *por la Ley 26812, desde su fecha de entrada en vigencia, más aún cuando se ha configurado en los hechos la afectación referida; al aplicarse el inciso c) del artículo 50 y artículo 51 del Decreto Legislativo 776 en las Resoluciones de Determinación Nº 16-02-071566, N° 16-02-035518, N° 16-02-035654; así como la Resolución de Ejecución Coactiva N° 17-10-004927, expedidas por el Servicio de Administración Tributaria en el cual se exige el pago del impuesto a los juegos a la recurrente Hotel La Paz S.A.; vulnerando con ello, los principios de no confiscatoriedad e igualdad consagrados por nuestra Carta Política, (…), violación que también alcanza a las disposiciones de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Decreto Legislativo 757".*

En virtud de dicha resolución la Sala declaró fundada la demanda de amparo y, en consecuencia, inaplicables los artículos 48 al 53 del Decreto Legislativo 776, modificado por la Ley 26812, a partir del mes de junio de 1997.

La procedencia del amparo contra normas fue ratificada, aunque empleando otra interpretación –pues sostenía que el amparo procedía contra "normas ilegales"– en el Exp. Nº 2294-98, resuelto el 24 de diciembre del 2000 y publicado el 10 de mayo del 2000 p. 3608. En tal ocasión, la Sala de Derecho Público indicó:

> *"Si bien el artículo 200 de nuestra Constitución Política dispone que no proceden acciones de amparo contra normas legales, contrariamente, sí proceden contra normas que resulten ilegales y más aún incompatibles con la Carta Magna; supuesto que se da para el caso, pues los artículos cincuenta y cincuentiuno, del Decreto Legislativo 776, modificados por la Ley 26812, violan los principios de no confiscatoriedad e igualdad consagrados por nuestra Constitución, así como las normas y principios del Derecho Tributario; (...)".*

Por su parte, el Tribunal Constitucional inicialmente admitió el amparo considerando que la sola vigencia de la norma ya amenazaba derechos fundamentales. Esto lo sostuvo en el caso Ángel Arbañil Villar y otros (Exp. Nº 555-98-AA/TC, resuelto el 3 de noviembre de 1999, publicado el 4 de abril del 2000, p. 2881), cuando consideró:

> *"Que, (...), la ordenanza cuestionada constituye amenaza concreta de afectación de derechos constitucionales de los demandantes, tales como a la igualdad ante la ley, al respeto de los mandatos judiciales y a los principios de jerarquía normativa y reserva de la ley, por tanto, susceptibles de ser*

INDICE

protegidos mediante el proceso constitucional del amparo en virtud a lo previsto en el artículo 3 de la Ley 23506; (...)".

El mismo criterio fue ratificado en el caso *Ana María Yomona Visaloth* y otros (Exp. Nº 549-98-AA/TC, resuelto el 5 de enero de 2000, publicado el 19 de junio de 2000, p. 3136). En otras oportunidades afinó más su criterio y comenzó a admitir el amparo contra normas en la medida que sean autoaplicativas. Así lo sostuvo en el caso *Elva Martínez Miraval* (Exp. Nº 1152-97-AA/TC, F.J. Nº 2 b), resuelto el 1 de julio de 1998.

"(...), de tratarse de normas jurídicas autoaplicativas, esto es normas cuya eficacia no se encuentra condicionada a la realización de algún tipo de actos, el amparo (...), puede prosperar válidamente, desde que de optarse por una interpretación rígida del referido precepto contenido en el inciso 2) del artículo 200 de la Constitución (...), supondría que la violación de un derecho constitucional por normas de esta naturaleza quedara en total indefensión, encontrándose ello en absoluta contradicción con la filosofía personalista con la que se encuentra impregnado todo nuestro ordenamiento constitucional, y en el que se legitima fundamentalmente la propia existencia de este tipo especial de procesos de la libertad".

Criterio similar mantuvo el Tribunal en el caso *Demetrio Limonier Chávez Peñaherrera* (Exp. Nº 1136-97-AA/TC, resuelto el 25 de octubre de 1999 y publicado el 15 de febrero de 2000, p. 2694), cuando consideró, citando su anterior decisión, que:

"(...) no cabe invocar la causal de improcedencia prevista el segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución Política del Estado habida cuenta de que la regla según la cual no procede el amparo contra normas legales, si bien tiene asidero cuando se trata de normas heteroaplicativas, no rige para casos como el presente, en que se trata del cuestionamiento de una norma de naturaleza autoaplicativa o, lo que es lo mismo, creadora de situaciones jurídicas inmediatas, sin la necesidad de actos concretos de aplicación. De allí que para este último supuesto, y como ya se señaló en el segundo fundamento de la sentencia recaída en el Expediente Nº 1152-97-AA/TC, sí es viable interponer la acción constitucional correspondiente directamente contra la norma estimada como violatoria de derechos, a efectos de solicitar su inaplicabilidad (...)".

Este criterio se mantuvo en el caso *Vicente Walde Jáuregui* (Exp. Nº 1380-2000-AA/TC, resuelto el 17 de enero de 2001, publicado el 12 de mayo de 2001, p. 4038), pues el Tribunal consideró "(...) que tratándose

el Decreto Ley 25446 de una norma de eficacia inmediata y que en forma directa incide en el ámbito subjetivo del demandante, no le alcanza la prohibición constitucional del inciso 2) del artículo 200 de la Constitución (...)".

La tendencia que autoriza el amparo frente a normas autoaplicativas –en este caso, se trató de un reglamento aprobado por Decreto Supremo– se consolidó en el caso *British American Tobacco (South America) Ltd. Sucursal del Perú* (Exp. Nº 1131-2000-AA/TC, resuelto el 19 de junio de 2001, publicado el 3 de agosto de 2001, p. 4487) pues el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de sostener:

"Si bien el artículo 200, inciso 2) de la Constitución dispone que la acción de amparo no procede contra normas legales, debe entenderse que esta prohibición se refiere a acciones de amparo que pretendan la declaración, por parte del Tribunal Constitucional, de la inconstitucionalidad de una norma jurídica, en uso del control concentrado y con efectos erga omnes, para expulsarla definitivamente del sistema jurídico; pero que sí procede la acción de amparo, cuando su objeto es la no aplicación de una norma que se estima incompatible con la Constitución, respecto a un caso concreto, en uso del control difuso del Tribunal Constitucional, (...).

(…) el hecho de que el Decreto Supremo 158-99-EF no requiera de acto posterior alguno para su obligatoriedad, lo hace un dispositivo legal de eficacia inmediata, imperativo frente a los sujetos pasivos del impuesto, por lo que no puede negarse su naturaleza autoaplicativa o de acto aplicatorio, es decir, con mayor certeza de ocurrencia que la amenaza de violación del derecho, a que se refiere el artículo 3 de la Ley 23506 para la procedencia de una acción de amparo y por ende, procedía esta acción de amparo, aun cuando en la práctica no se hubiera realizado todavía el acto de aplicación y cobranza del impuesto. Este tratamiento diferenciado que hace el Decreto Supremo 158-99-EF entre las distintas marcas y tipos de cigarrillos a fin de imponerles, con eficacia inmediata, el Impuesto Selectivo al Consumo, repercute directa e inminentemente en la entidad demandante".

La citada tesis jurisprudencial que consiente el amparo contra normas autoaplicativas fue sintetizada por el Tribunal en su sentencia del 16 de junio recaída en el caso *Taj Mahal Discoteque* y otra (Exp. Nº 3283-2003-AA/TC, F.J. Nº 6), cuando sostuvo:

"Al respecto, un amplio sector doctrinario considera que no es conveniente impedir el empleo del amparo contra normas legales –amparo directo, según

INDICE

la denominación otorgada por la doctrina–, pues existen normas legales de ejecución inmediata (conocidas como normas autoaplicativas), que no requieren de ningún acto adicional para ser aplicadas a casos concretos, ya que desde su vigencia lesionan derechos constitucionales. Como ejemplos de normas autoaplicativas tenemos a las normas que declaran nulidad de actos o las que expropian un determinado bien".

Finalmente, el Tribunal en el caso *Confederación General de Trabajadores del Perú* (Exp. Nº 4677-2004-AA/TC) distinguió la normas heteroaplicativas de las autoaplicativas para señalar que solo contra las segundas procede el amparo. En tal ocasión sostuvo:

> a) Heteroaplicativa: "aquella cuya aplicabilidad no es dependiente de su sola vigencia, sino de la verificación de un posterior evento, sin cuya existencia, la norma carecerá, indefectiblemente, de eficacia" (F.J. 3).
>
> b) Autoaplicativas: "aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada. (…), cabe distinguir entre aquellas normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos (…), y aquellas otras que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada. (…). En el primer caso, el amparo contra la norma procederá por constituir ella misma un acto (normativo) contrario a los derechos fundamentales. En el segundo, la procedencia del amparo es consecuencia de la amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales que representa el contenido dispositivo inconstitucional de una norma inmediatamente aplicable" (F. J. 4).

El análisis de la jurisprudencia constitucional permite concluir que han concurrido diversas interpretaciones respecto a la procedencia del amparo contra normas, comprendiendo dentro de ellas tanto a las leyes como a los reglamentos. Por un lado, una interpretación inicial, no evaluó con detenimiento los alcances del artículo 200 inciso 2) de la Constitución. Y, por otro, dos interpretaciones, una que admite el amparo contra la amenaza de aplicación de una norma legal y otra –ya consolidada– que lo habilita frente a normas autoaplicativas en la medida que ellas afecten derechos fundamentales[12]. De esta manera, en el Perú se ha acogido jurisprudencialmente

12 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Hábeas corpus, amparo y hábeas data.* Lima: Ara Editores, Universidad de Piura, p. 252.

la doctrina mexicana que autoriza la procedencia del amparo contra normas autoaplicativas. Se trata, como ha señalado Mijail Mendoza, de una interpretación armonizante efectuada por el Tribunal Constitucional que ha permitido la procedencia del amparo en tales supuestos con el objeto de inaplicar la norma en cuestión al caso concreto[13]. Con ello se pretende garantizar la tutela judicial efectiva de los afectados.

1.4. El Código Procesal Constitucional y la reforma dispuesta por la Ley 28946

La versión original del Código no incorporó una disposición expresa que precise la procedencia del amparo contra normas autoaplicativas, salvo la mención general contenida en el artículo 3 referido al amparo frente a actos de aplicación. Ello no significaba que se hubiera acogido una tesis negativa o prohibitiva, sino que tan solo se optó por dejar el tema para un desarrollo jurisprudencial que, como se ha visto, sí permite el amparo en estos casos[14].

Posteriormente, la Ley 28946 modificó el artículo 3 del Código señalando que "Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada". Se acogió así una definición que ya había sido adoptada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tal como lo indicamos en el punto anterior.

La citada Ley tuvo como base cinco proyectos que pretendían modificar diversos artículos del Código, uno de los cuales fue el proyecto 00747/2006-PE presentado por el Poder Ejecutivo el 30 de noviembre de 2006. En su respectiva exposición de motivos se hacía expresa mención a la proliferación de demandas de amparo –y medidas cautelares– contra normas, así como los excesos judiciales cometidos, por ejemplo, tratándose de los casinos y tragamonedas donde incluso no se había respetado el

13 MENDOZA ESCALANTE, Mijail. "El amparo como mecanismo de control de la constitucionalidad". *Revista Peruana de Derecho Constitucional,* Lima: Tribunal Constitucional, Nº 2, 2000, p. 395.

14 Así también lo considera Ana Neyra al sostener que "el silencio del Código Procesal Constitucional no puede hacernos interpretar que la posibilidad de interponer una demanda de amparo contra una norma se encuentre vedada". NEYRA ZEGARRA, Ana Cristina. "Algunos alcances sobre la procedencia del amparo contra leyes", en ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA Eloy (coordinador). *Derechos fundamentales y Derecho Procesal Constitucional.* Lima: Jurista Editores, 2005, p. 235.

INDICE

criterio del Tribunal Constitucional. Asimismo, la exposición de motivos señalaba que "si como se ha visto, la desnaturalización de los procesos de amparo, se presenta en concreto cuando los magistrados conocen de procesos de amparo para declarar la inaplicabilidad in abstracto de una norma legal, lo que a su vez tiene incidencia en las resoluciones cautelares, se debe neutralizar esta inadecuada actuación jurisdiccional". Es decir, esta reforma nació para "neutralizar" los excesos cometidos.

El problema que introduce esta ley es que el procedimiento establecido obliga al justiciable a acudir en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema –nunca antes esto había sucedido–, lo cual termina entorpeciendo el adecuado funcionamiento del proceso de amparo contra normas. En efecto, tal como suele ocurrir cuando se elaboran modificaciones legislativas destinadas a "corregir" los excesos cometidos –sin duda cuestionables–, estas terminan limitando al amparo pues introducen cambios que desnaturalizan el carácter de urgencia que debería identificarlo. De ahí que compartamos el criterio según el cual "la reformas introducidas (…) revelan una clara intención de recortar el margen de actuación judicial al momento de inaplicar una norma legal al caso concreto, a través de la figura del control difuso (…)"[15].

Mención aparte son las consecuencias respecto al empleo del amparo contra normas reglamentarias, que podría motivar la nueva regulación de los efectos de las sentencias estimatorias en los procesos de acción popular. Y es que el artículo 81 del Código establece que si se declara fundada la demanda se podrá determinar la nulidad, con efectos retroactivos, de las normas impugnadas. Un cambio de esta naturaleza podría hacer más "atractiva" a la acción popular y, en consecuencia, podría ocurrir que cuando un justiciable se encuentre ante una norma reglamentaria que afecta sus derechos fundamentales opte por acudir a dicho proceso y no al amparo. Ello, por cierto, conduciría a que se reduzca el número de procesos de amparo contra reglamentos autoaplicativos porque se prefiere utilizar la vía de la acción popular cuya sentencia elimina del ordenamiento jurídico a la norma impugnada –con efectos generales–, lo cual como sabemos no ocurre en el amparo.

15 ESTUDIO ECHECOPAR ABOGADOS, "Comentarios a las recientes modificaciones al Código Procesal Constitucional". *Jus Doctrina & Práctica,* Lima: Grijley, Nº 2, febrero 2007, pp. 257-258.

2. Aspectos particulares del proceso de amparo contra normas

Debe tomarse en cuenta que abrir la vía del amparo para cuestionar este tipo de normas exige efectuar puntuales precisiones a fin de evitar que se desnaturalice este proceso constitucional y se garantice una adecuada tutela judicial.

2.1. ¿Existen vías previas y vías paralelas?

En los procesos de amparo contra normas autoaplicativas no existirá vía previa susceptible de ser agotada, porque ella ha sido concebida frente a actos individuales y no contra normas. Así lo ha entendido el Tribunal, con carácter de precedente, al considerar que "no resultaría exigible el agotamiento de la vía previa en el caso de normas autoaplicativas, pues, al ser susceptibles de afectar derechos fundamentales con su sola vigencia, el tránsito por esta vía podría convertir en irreparable la agresión. Más aún, al no requerir actos concretos de afectación, haría inviable un pronunciamiento por parte del tribunal administrativo" (Exp. Nº 2302-2003-AA/TC, F.J.7). En consecuencia, en este supuesto la demanda de amparo puede ser interpuesta directamente.

De otro lado, ante una ley o un reglamento autoaplicativos que afecten derechos fundamentales puede presentarse no solo una demanda de amparo sino también un proceso de inconstitucionalidad o un proceso de acción popular, respectivamente. ¿Estaremos en presencia de vías paralelas o de vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección de los derechos fundamentales?

La respuesta es negativa. Tratándose de la acción de inconstitucionalidad la solución es muy simple pues cuenta con una legitimación especial y una finalidad distinta a la del amparo, es decir, eliminar a la ley del ordenamiento jurídico. Tampoco la acción popular constituiría una vía paralela, pese a que con la vigencia del Código la sentencia estimatoria anulará la norma reglamentaria impugnada con efectos retroactivos y contará incluso con medidas cautelares. Y es que en tales casos la finalidad de dicho proceso de control abstracto de normas es "determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas"[16]. Es decir, tiene efectos generales; mientras que en el amparo es un proceso de control concreto

16 "**Artículo 81.- Efectos de la Sentencia fundada**
(...)

INDICE

que pretende que el Juez se limite a declarar la no aplicación de la norma cuestionada al demandante.

2.2. Los alcances de la legitimación

Admitir la procedencia del amparo contra normas autoaplicativas no significa conceder una auténtica acción popular –como ocurre en Colombia con la acción de inconstitucionalidad–, pues solo estará legitimado para interponerlo la persona directamente afectada por la norma en cuestión.

En estos casos, la autoridad emplazada será el órgano o los órganos que expidieron la norma. Un problema adicional, anotado por Borrajo Iniesta, radica en la forma de determinar la responsabilidad del agresor, en este caso, el legislador[17], cuando se verifica la lesión a un derecho fundamental.

2.3. El cómputo del plazo de prescripción

A veces se ha pensado que el término de prescripción debe computarse a partir de la fecha de vigencia de la norma autoaplicativa, es decir, desde que ella empieza a producir efectos. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha considerado que las normas autoaplicativas no están sujetas a plazo de prescripción. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la STC N° 02724-2007-PA/TC, al señalar que:

> *"7. (…), debe explicarse que la norma autoaplicativa impugnada establece una orden en cuanto al pago del ISC, cuyo efecto determinativo se produce inmediatamente después de su entrada en vigencia, incidiendo directa e inmediatamente en los derechos de la persona. Ahora bien, la obligación del pago del ISC no agota su efecto con la entrada en vigencia de la norma, sino que se proyecta sin solución de continuidad en el tiempo en tanto la norma no sea derogada o declarada inválida. Es precisamente el hecho de que la orden establecida en la norma "se proyecte en el tiempo sin solución de continuidad lo que permite advertir que la afectación ocasionada es de carácter continuado y, por tanto, su impugnación a través del proceso de*

Las sentencias fundadas recaídas en el proceso de acción popular podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. En tal supuesto, la sentencia determinará sus alcances en el tiempo. Tienen efectos generales y se publican en el Diario Oficial El Peruano".

17 BORRAJO INIESTA, Ignacio. Ob. cit., p. 210.

> *amparo no está sujeta al plazo prescriptorio establecido en el artículo 44º del Código Procesal Constitucional" (STC 08726-2005-PA/TC, fund. 5)".*

Es probable que pese a ello la parte demandada deduzca la excepción de prescripción. De presentarse, habría que explicarle al juez la existencia del citado criterio del TC que resulta vinculante, pues no siempre la jurisprudencia es plenamente conocida.

2.4. Efectos de las sentencias y precedente ¿efectos generales?

La sentencia de amparo se limitará a disponer la inaplicación de la norma al caso concreto, ella seguirá vigente para los casos restantes. Las consecuencias propias del modelo difuso también se proyectan en estos supuestos. No obstante, consideramos pertinente reflexionar sobre la posibilidad de extender los efectos del fallo, tal como ocurre en Colombia y se viene proponiendo en México.

La tesis propuesta por Héctor Fix Zamudio en México para brindarle efectos generales a las sentencias de amparo, resulta sumamente sugerente. El respeto al principio de igualdad y la economía procesal son argumentos bastante atendibles para ello[18]. Por lo demás, valdría la pena que el Tribunal Constitucional recoja la doctrina jurisprudencial colombiana que reconoce efectos "inter pares" a las sentencias de amparo contra normas y de esa manera imponga su criterio a los demás órganos jurisdiccionales.

En el Perú, una alternativa que debería evaluarse –con las respectivas modificaciones legales y constitucionales– es la posibilidad que luego de dictarse la sentencia en la que el Poder Judicial disponga la inaplicación de una norma a un caso concreto, se ponga en conocimiento el caso del Tribunal Constitucional a fin de que este evalúe la constitucionalidad de la norma y disponga que ella queda sin efecto con carácter general. Esta alternativa, que existe en otros países[19], permitiría que el caso concreto sea resuelto (función subjetiva) y que el tema general sea asumido por el propio Tribunal Constitucional (función objetiva).

18 FIX ZAMUDIO, Héctor. Ob. cit., p. 233.

19 Señala Francisco Eguiguren que: "Los Tribunales Constitucionales de Guatemala, Bolivia y Ecuador conocen, en apelación o revisión, de las sentencias judiciales de inaplicación dictadas en procesos donde se realiza un control concreto o incidental de la constitucionalidad de ciertas normas". EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios constitucionales.* Lima: Ara Editores, 2002, p. 334.

INDICE

En tanto ello no ocurra, una alternativa concreta para otorgarle efectos generales a la sentencia de amparo que inaplica una norma inconstitucional sería acudir a la técnica del precedente constitucional vinculante al que alude el artículo VII del Código "por sus efectos generales". Así por ejemplo sucedió en el caso *Ramón Salazar Yarlenqué* (Exp. Nº 3741-2004-AA/TC), pues el demandante cuestionaba el cobro de un derecho que debía pagar si quería presentar una apelación en sede administrativa, el cual se sustentaba en la ordenanza que había aprobado el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la Municipalidad de Surquillo. El Tribunal sostuvo que:

> *"(…) la regla que el Tribunal extraiga a partir del caso deberá permitir anular los actos o las normas a partir del establecimiento de un precedente vinculante, no solo para los jueces, sino para todos los poderes públicos. El precedente es de esta forma, una herramienta no solo para dotar de mayor predecibilidad a la justicia constitucional, sino también para optimizar la defensa de los derechos fundamentales, expandiendo los efectos de la sentencia en los procesos de tutela de derechos fundamentales" (F.J. 40).*

Tomando en cuenta tales consideraciones, fijó el siguiente precedente:

> *"Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia Administración Pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia" (F.J. 50, B).*

De esta manera, utilizando la técnica del precedente dio eficacia general a una sentencia de amparo, pues a partir de su publicación no solo la Municipalidad de Surquillo sino que todas las restantes entidades públicas debían abstenerse de efectuar tales cobros. Por nuestra parte, discrepamos del Tribunal cuando afirma que las normas que autorizan estos cobros "son nulas". Y es que nuestro ordenamiento constitucional no recoge la categoría de "leyes nulas" –la ordenanza cuestionada tiene rango de ley–, las cuales solo pueden quedar sin efecto por sentencia del Tribunal Constitucional en un proceso de inconstitucionalidad, tal como lo señala el artículo 103 de la Constitución. En consecuencia, no entendemos que trató de decir el Tribunal cuando señaló que las normas que autorizan dichos cobros son "nulas". Asumimos que pretendió indicar que las mismas no deberían ser aplicadas por los poderes públicos.

2.5. La consulta a la Corte Suprema introducida por la Ley 28946

La citada ley, que reforma al artículo 3 del Código, establece que las resoluciones que disponen la inaplicación de una norma legal se elevarán en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema "si no fueren impugnadas". Dicha consulta procede incluso contra "las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra estas no proceda recurso impugnatorio alguno". Si se trata de normas de inferior jerarquía –por ejemplo, un decreto supremo– no se requerirá la elevación en consulta. Es decir, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema determinará si la norma legal es inconstitucional o no lo es, realizando para ello "interpretación constitucional conforme a la forma y modo que la Constitución establece". En realidad, la forma y modo de interpretar no lo establece la Constitución. La única norma constitucional que alude a ella es la IV disposición final y transitoria, según la cual los derechos deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos.

Si bien la citada norma no precisa los efectos de la consulta, se entiende que se aplica supletoriamente el Código Procesal Civil (artículo 409), según el cual "durante la tramitación de la consulta, los efectos de la resolución quedan suspendidos". Adicionalmente, la reforma establece un procedimiento especial cuando la medida cautelar dispone la inaplicación de una norma legal autoaplicativa, "en cuyo caso la apelación es con efecto suspensivo".

El citado procedimiento ha extendido lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[20] al proceso de amparo, lo cual nunca debió suceder debido a su finalidad, pues se trata de un proceso

20 **"Artículo 14.- Supremacía de la norma constitucional y control difuso de la Constitución.**

De conformidad con el art. 236 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 y una 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.

INDICE

urgente destinado a tutelar de manera inmediata y directa derechos fundamentales. Por ello, se han generado severos cuestionamientos a esta reforma legal[21].

ooo

En definitiva, el desarrollo y fortalecimiento del proceso de amparo exige tomar en cuenta que aquel debe ser una herramienta útil para enfrentar cualquier tipo de violación a un derecho fundamental provenga de quien provenga. Si lo concebimos como un verdadero "recurso efectivo" de tutela de los derechos fundamentales, conforme lo reconocen los tratados sobre derechos humanos, aquel no debe verse obstaculizado porque las agresiones procedan de una ley o de un reglamento, más aún si la existencia de vías alternativas para el cuestionamiento de normas inconstitucionales –como la acción de inconstitucionalidad– no se encuentran cercanas al justiciable, ya sea por una limitada legitimación o por los efectos no retroactivos de sus sentencias. Una adecuada tutela judicial efectiva exige habilitar el amparo contra normas autoaplicativas, tal como lo ha entendido la jurisprudencia nacional. La Ley 28946 no contribuye a este esfuerzo.

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, la 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".

21 Así lo advierte Luis Sáenz cuando se pregunta "¿quién sería dicho intérprete, si la Corte Suprema considera que la norma originalmente inaplicada es compatible con la Carta, cuando el Tribunal Constitucional estima exactamente lo contrario?"; SÁENZ DÁVALOS, Luis. Ob. cit., p. 15.

INTERPRETACIÓN VINCULANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SUS EFECTOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL PODER JUDICIAL

*Aníbal Quiroga León**

"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

* Profesor Principal y Exdirector General de la Revista "Derecho PUC" de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Exvocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima; Miembro: de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional y Honorario del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. Exbecario Investigador del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), Roma, 2002; Exdirector de la Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional; Exsecretario Ejecutivo del Capítulo Peruano del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; Secretario Ejecutivo del Centro de Investigación de Derecho Procesal y Comparado del Perú (CEDEPRO); Expresidente y Vocal del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la Contraloría General de la República. Abogado en ejercicio.

INDICE

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 staredecisis (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

I. INTRODUCCIÓN

El notorio auge del Derecho Procesal Constitucional en la actualidad, y su innegable desarrollo, han hecho de esta joven disciplina escindida del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal –de la que ya no se discuten sus perfiles propios tanto en lo académico, como en lo doctrinario-, evolucionan vertiginosamente, a la par de la búsqueda de la consolidación del Estado democrático de Derecho, lo que ha quedado un necesario correlato en el desarrollo jurisprudencial por medio de los tribunales de justicia o del propio Tribunal Constitucional, 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[1]. De allí el innegable interés que suscita su estudio, análisis y divulgación de esta jurisprudencia constitucional.

En este panorama resulta de vital importancia la función y rol encomendado al Tribunal Constitucional, entendido como el máximo órgano de control y de interpretación de la Constitución dentro de lo que se denomina el sistema de control constitucional concentrado o también llamado sistema europeo de control de la constitucionalidad[2]. Dicho órgano constitucional, en un principio incomprendido, inclusive por quienes fueron sus primeros miembros e integrantes, ha sufrido durante el transcurso de los años (y especialmente en la última época luego de su recomposición) un inusual protagonismo en asuntos que involucran no solo el escenario constitucional o jurídico, sino en el político, económico o social, y que se ha reflejado de modo directo no solo en la especial ubicación que ha logrado en el actual Estado democrático de Derecho, sino también ante el foro, ante la opinión pública –aun por encima del prestigio de la propia Corte Suprema de Justicia de la República, hay que reconocerlo– dando lugar a una importante sólida y sistemática jurisprudencia. Ello, sin embargo, no ha estado exento de algunos errores de concepto y unos cuantos notorios excesos que para nada desmerecen su trabajo integral, de lo que hemos dado oportuna cuenta[3], y que en alguno de sus extremos ha empezado a ser modificado y reparado por el propio Tribunal Constitucional a partir del necesario Overruling, actitud que, sin lugar a dudas, pondera aún más su actual labor y dinámica en aras del desarrollo y modernización de la jurisdicción constitucional en el Perú.

La explicación a ello se debe –salvo excepciones– a la inevitable raigambre política partidaria en el origen de algunos de sus miembros que han debido ser elegidos por una mayoría de dos tercios de nuestro Congreso unicameral y en el redescubrimiento de sus poderes y atribuciones,

1 Sancionado por Ley Nº 28237, con calidad de Ley Orgánica, de 31 de mayo de 2004 y vigente desde el 1 de diciembre del mismo año, en cumplimiento de lo dispuesto en el sétimo apartado del artículo 200 de la Constitución de 1993.

2 QUIROGA LEÓN, Aníbal. "Control difuso y control concentrado en el derecho procesal constitucional peruano". *Derecho-PUC,* Nº 50, Lima, 1996, p. 207 y ss.

3 QUIROGA LEÓN, Aníbal. "Los excesos del Tribunal Constitucional", ponencia en el VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Universidad Católica de San María, Arequipa, 2005. Publicado QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Derecho Procesal Constitucional y Código Procesal Constitucional*. ARA, Lima, 2005.

INDICE

lo que en no pocas oportunidades se ha reflejado en el contenido de las resoluciones en los distintos procesos de inconstitucionalidad sometidos a su escrutinio y decisión, en los cuales el interés político claramente se ha impuesto ante la jerarquía constitucional que irradia la Constitución de nuestro país, en desmedro del desarrollo de una verdadera jurisdicción constitucional en los parámetros que la doctrina señala para el supremo órgano de control de la constitucionalidad. A ello se le podría sumar –en algún caso la notoria deficiencia en la formación constitucional de alguno de sus integrantes, los menos a decir verdad, lo que contribuye a la determinación del panorama actual.

II. LAS ACCIONES DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y LAS ACCIONES DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Habría que mencionar, en primer término, que la Constitución peruana de 1993 agrupa a estas acciones en conjunto, sin una clasificación ordenada, adecuada o sistemática. Habiéndose incurrido en el error de no sistematizarlas debidamente. Lo mismo que generó confusiones y no pocos errores conceptuales de interpretación jurídica. Ese mismo derrotero ha sido seguido por el Código Procesal Constitucional peruano, quien no realiza un deslinde entre estos dos tipos de acciones. Ello, a decir de Gónzales Pérez[4] responde a un denominador común en los ordenamientos legales de orden procesal constitucional, debido a que los mismos, así como el desarrollo doctrinario de esta rama del derecho ha sido abordada en su mayor parte por estudiosos del Derecho Constitucional, y no del Derecho Procesal.

En adición a lo antes expuesto, habría que señalar que, no obstante haberse dispuesto constitucionalmente que se deberá dictar una ley orgánica que regule todas las acciones de garantía constitucional[5]. Hasta años pasados no se había dado pasos en serio que conduzcan a tal finalidad, para lograr la promulgación de un Código Procesal Constitucional como

4 GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *Derecho Procesal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1980, p. 49.

5 Entiéndase por ello como el que todos los procesos constitucionales de control y garantía previstos en el Art. 200 de la Constitución de 1993, más la contienda de competencia (Art. 203) y el control difuso o revisión judicial de las leyes (Art. 138, 2.ª parte) debían ser sistematizadas en una ley orgánica como lo ordena desarrollar la Constitución en el art. 200° *in fine* de su propio texto.

ya hemos apuntado con anterioridad, y como se ha logrado al fin ahora, no sin algunos problemas en su concepción.

Una de estas peculiaridades radica ahora en el afán, narcisista por cierto, de "rebautizar todos", absolutamente todos los instrumentos de Derecho Procesal Constitucional en el Perú, sobre la presunta base de un "purismo procesal", que tampoco se llega a entender ni –mucho menos– a compartir. Con ello, se abandona, sin mayor explicación sólida, una incipiente tradición y uso de casi veinticinco años que, sin duda, facilitaba su uso. Es que ha sido tradicional en el Perú ese afán de recrear y recrear un "derecho originario" muchas veces extravagante, que nadie conoce y que nos hace creer fundadores de doctrinas tan especializadas como ocultas, que nos hace –en apariencia– tan imprescindibles como infalibles.

En otros aspectos, en todas las acciones de garantíay en las de control constitucional se ha cambiado, sin necesidad, ni sentido, ni modernidad alguna (aquí si hubo olvido de la modernidad que se invoca en otras partes) para optarse por el concepto de la prescripción, conforme se denota en el Art. 44° del Código Procesal Constitucional, abandonándose a su moderno y seguro sucedáneo de la caducidad, tal como la ley expresa lo regula a la fecha. Se trata, entonces, de una institución de orden público y fatal, que hace desaparecer la pretensión material válidamente invocable y, sobre todo, que debe ser apreciada de oficio para retrocederse a la de prescripción, siendo que en estos procesos no caben las excepciones, y que los jueces por imperio de la ley – con excepción de alguna inadmisibilidad –no pueden apoyar ni invocar una prescripción extintiva que no ha sido invocada por las partes. De tal manera, el Código Procesal Constitucional peruano olvida el carácter de orden público constitucional que tienen las acciones de control y las de garantía constitucional.

Asimismo, para el adecuado ejercicio de la jurisdicción de la libertad o de garantía constitucional se han puesto tantos requisitos para su admisibilidad (más que en el Código Procesal Civil) sobre todo en el caso de amparo constitucional (a tal efecto basta una lectura del Art. 42° del Código) que se facilitará su rechazo liminar no solo cuando carezca de sentido, sino cuando teniéndolo y mucho, al implicar una lucha contra el poder político de turno, el juez provisional, timorato o taimado, decida deshacerse de un proceso incómodo o políticamente caliente. Esta previsión parece colisionar con lo previsto en el Art. 25° del Pacto de San José, del cual Perú es signatario, y que señala lo siguiente: "Art. 25.- Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o

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 originales".

Esto permitirá un escaso desarrollo jurisprudencial en esta materia, al generar incentivos a los juzgados en la expedición de las resoluciones inhibitorias por falta de simples requisitos formales. Ello, aunando a los problemas políticos, que necesariamente se dan en todo juzgamiento constitucional por la inevitable y hasta necesaria y saludable confrontación que esto siempre supone, habida cuenta de que la naturaleza política del texto constitucional trae siempre problemas de interpretación, actualización, "concretización"[6].

III. EL ACCESO DEL PODER JUDICIAL AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La forma como se llega al Tribunal Constitucional cuando se trata de los derechos que protege la denominada "Jurisdicción de la Libertad", es decir, cuando se trate del proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento, es a través del "Recurso de Agravio Constitucional", antes denominado "Recurso Extraordinario", conforme lo disponía el Art. 41º de la Ley N° 26435(D), anterior Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Contra la Resolución de segundo grado emitida por la Sala Superior o Suprema del Poder Judicial, según sea el caso, que declara infundada o improcedente la demanda, procede el Recurso de Agravio Constitucional ante el Tribunal Constitucional, teniendo para ello 10 días, que se cuentan desde el día siguiente de notificada la resolución.

La demanda correspondiente al proceso constitucional de amparo, hábeas corpus, hábeas data y cumplimiento se interpone en primera instancia ante el Juzgado o Sala Superior que corresponda. Estos resuelven la causa en primera instancia, a través de una resolución que es apelable siempre ante la Sala Superior o Sala Suprema con cada proceso constitucional. Si

6 HESSE, Konrad. La Interpretación Constitucional, citado por Anibal Quiroga León, "La Interpretación Constitucional". *Derecho PUC,* N° 39, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Pontifica Universidad Católica del Perú, 1985, p. 322.

esta resolución de segunda instancia declara infundada o improcedente la demanda constitucional, se abre el camino para interponer el recurso de agravio constitucional.

El Art. 18º del Código Procesal Constitucional, señala lo siguiente:

"Art. 18º.- Recurso de agravio constitucional

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

El recurso debe interponerse ante la sala que ha emitido la resolución de segunda instancia, y el agraviado tendrá diez días para hacerlo, contados a partir del día útil siguiente de que le fue notificada esta resolución. La norma no dispone el plazo con el que cuenta la Sala Superior para resolver la concesión del recurso, sin embargo, debe entenderse que debe resolverse inmediatamente, de conformidad con el Art. 13º del Código Procesal Constitucional, que señala la tramitación preferente.

No obstante, el Presidente de la Sala Superior tiene un plazo de tres días más el término de la distancia para remitir al Tribunal Constitucional el expediente del proceso constitucional. El cumplimiento de esta obligación debe realizarse bajo responsabilidad del Presidente de la sala respectiva.

La sala que expidió la sentencia recibe el Recurso de Agravio Constitucional cual puede:

1. Conceder el Recurso y elevar el expediente al Tribunal Constitucional para que este se pronuncie acerca del asunto en forma y fondo.
2. No la conceda por considerarla improcedente.
3. Ante un auto denegatorio del Juzgado o Sala, el demandante puede interponer un Recurso de Queja ante la instancia que le denegó el Recurso de Agravio Constitucional dentro del plazo de 05 días desde el día en que se le denegó el recurso.

Debe recordarse que el plazo solo empieza a contarse desde el momento en que se notifica la resolución denegatoria. Esto es natural

desde que el propio Código Procesal Civil señala que los actos solo surten efectos desde que son notificados a las partes.

El Recurso de Agravio Constitucional se interpone ante la Sala que denegó la acción de garantía. Esto resulta correcto desde que estas salas están esparcidas por todo el país y si se obligara interponer el recurso ante el Tribunal Constitucional se estaría obligando al actor a un largo desplazamiento, que podría no estar en condición de realizar.

El Tribunal Constitucional ha estimado y desarrollado las reglas vinculantes del Recurso de Agravio Constitucional a favor del precedente[7]:

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

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

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido dentro de su jurisprudencia al Recurso de Agravio Constitucional como un medio impugnatorio[8], de la siguiente manera: "Solo entendiendo el verdadero

7 STC Exp. Nº 4853-2004-PA/TC (Fj. 40).

8 STC Exp. Nº 2877-2005-PHC/TC (Fj. 6).

carácter de los procesos constitucionales es posible determinar que en él se presentan diversos tipos de medios impugnatorios, aunque básicamente habremos de centrarnos en lo que se conocen como recursos, descartando para el caso concreto los remedios". El más clásico de los recursos es aquel por el cual, tras la sentencia de primera instancia, las partes tienen la posibilidad de apelar la resolución emitida. Pero, más aún, el constituyente consideró otro adicional para el caso de los procesos constitucionales de libertad, el cual merece ser entendido como parte de la teoría de los medios impugnatorios: este es el RAC. Este tipo de recurso tiene su fundamento en lo señalado por la Norma Fundamental, en el inciso 2) del artículo 202º, 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. Antes conocido como recurso extraordinario (artículo 41º de la derogada Ley Orgánica del TC, Ley Nº 26435), el RAC, según lo previsto por el artículo 18º del Código Procesal Constitucional, es presentado de la siguiente manera:

"Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad. Una presentación de este tipo se ve complementada por el artículo 20º del mismo Código, cuando expresa con claridad los plazos para su actuación (veinte días para los procesos de hábeas corpus, y treinta para el resto). Entonces, es pertinente que este Colegiado revise algunas de las características que adquiere el RAC, en tanto se presenta como un recurso de los procesos constitucionales. El fundamento de la existencia de los recursos parte de la premisa de que, en la delicada misión de administrar justicia, no debe descartarse a priori la existencia del error judicial. La base constitucional de esta aseveración se halla en el artículo 139º, inciso 6) de la Constitución, que garantiza el acceso de los justiciables a la pluralidad de grados como garantía de justicia. Asimismo, la Convención Americana sobre derechos Humanos enumera, en su artículo 8º, las garantías judiciales a las que tiene derecho toda persona, estableciendo, en el inciso h), el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior."

IV. CARACTERÍSTICAS DE LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el "órgano de control de la Constitución"[9]. Esto significa que la Constitución de 1993, al consagrar su existencia dentro del Título V "De las garantías constitucionales", ha optado de manera clara y meridiana por el denominado control ad hoc de la constitucionalidad, también conocido como el modelo europeoo de justicia constitucional concentrada[10], con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Siendo el Tribunal Constitucional el órgano de control de la Constitución, le corresponden, de acuerdo al esquema que esta desarrolla, dos facultades esenciales que son implícitas al poder del control:

i) La interpretación de los postulados constitucionales bajo cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligatorio a sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos; y,

ii) Dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de la misma, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás órganos del Estado, sean constitucionales, sean de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la Nación, teniendo en cuenta que, como ya lo ha sostenido la antigua doctrina del derecho constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la *"fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional"*; esto es, la vinculación o sujeción a la Constitución de todas las autoridades (absolutamente todas)

9 Cabe señalar que en el proyecto de modificaciones a la Constitución de 1993 que se preparó durante el Gobierno Transitorio que tuvimos desde diciembre de 2000 hasta julio de 2001, se ha sugerido que la definición del Tribunal Constitucional sea modificada por la de intérprete supremo de la Constitución. Sin embargo, ello ha sido "subsanado" legislativamente por la actual Ley Orgánica del Tribunal Constitucional - Ley Nº 28301, que señala en su artículo 1º que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad.

10 FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1968).* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1968, p. 88.

y al mismo tiempo de todos los ciudadanos, en contraposición al Estado de viejo cuño premoderno, donde en el Estado moderno de Derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, puesto que el gran lema de lucha del Estado constitucional —que hoy está más vigente que nunca— ha sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario *government by men* por el actual, democrático y jurídico *government by laws* (KAEGI y VON IHERING)[11]. Entonces, la Constitución no será solo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que precisamente es y será la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *lex* superior o la *higherlaw*.

Corresponde al Tribunal Constitucional, dentro de esta misma premisa no cuestionada, ser el supremo intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional *erga omnes* con efecto vinculante, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones, a fin de que pueda determinar el alcance de las trascendentes facultades que la Constitución Política del Perú le ha conferido.

En la Constitución peruana, el Tribunal Constitucional se encuentra definido específicamente en el artículo 201º, señalando como características del mismo, las siguientes:

a) Ser el órgano del control constitucional;

b) Ser autónomo e independiente; y,

c) Estar compuesto por siete miembros, denominados Magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años reelegibles por un periodo adicional.

Si bien el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución del Estado, ello no ha sido señalado expresamente en nuestra carta magna, en función a lo expuesto con anterioridad. Esta deficiencia lamentablemente no ha sido superada ni mejorada por el Código Procesal Constitucional peruano[12], cuyo texto no enfrenta de modo decidido el tema del verdadero rol interpretativo del Tribunal Constitucional, el cual se infiere –en lectura indirecta y en expresión ciertamente tímida– del tercer párrafo del artículo VI del título preliminar de dicho cuerpo normativo:

11 Citados por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1985, p. 49.

12 Salvo lo establecido en el artículo 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

"Artículo VI.- Control difuso e interpretación constitucional

(...)

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional."

La facultad del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, bajo el modelo europeo o kelseniano, nacido bajo la inspiración de Hans Kelsen a partir de 1920 con la Constitución de Austria y perfeccionado con la Constitución de 1929[13], implica que el control se habrá de dirigir básicamente hacia el Parlamento. En efecto, si la tarea primera del Tribunal Constitucional es la de ser el intérprete de la constitución, intérprete vinculante u obligatorio, esta tarea debe estar dirigida a interpretar, en primer lugar, los alcances, la recreación y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades, para luego poder determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del parlamento en particular cuando del control de la constitucionalidad de las leyes se trate.

La interpretación constitucional, de suyo fascinante[14], será entonces la tarea esencial del Tribunal Constitucional, su ratio se fundamenta en la existencia constitucional, la que también debe hacerse conforme a los postulados de la propia Constitución de la que emerge y que le da su razón de ser. En efecto, es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual bastante diferente de la interpretación jurídica ordinaria (hermenéutica), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales de las normas jurídicas ordinarias. Como ya se ha visto, mientras que las primeras son esencialmente políticas (sean autoaplicables, programáticas o estructurales), las segundas son de básico contenido subjetivo o material, de modo tal que siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación pues el resultado resultaría erróneo.

13 QUIROGA LEÓN, Anibal. *Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano*. cit., pp. 153 y ss.

14 QUIROGA LEÓN, Aníbal. "La interpretación constitucional", ponencia presentada en el I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Monterrey, Nueva León, México, septiembre de 2005.

Como quiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir los alcances y límites del mismo. Este control aparece evidente en el denominado control concentrado o "control ad hoc", esto es, de índole abstracto –y, por tanto, incompatible en ese y en otros puntos con el control difuso o *judicial review*– en donde corresponderá al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a un caso concreto alguno en donde esté en disputa derecho subjetivo ninguno) de la ley dubitada y donde el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, va a ser el imperativo categórico que determinará, en análisis de subsunción, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución. Si la primera premisa es la cierta, la demanda debe ser rechazada y la norma dubitada regresa al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia y constitucionalizada. En cambio, si la segunda premisa es la cierta, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como —al decir de Kelsen[15] legislador negativo, esto es, con poder derogatorio directo (artículo 204º *ab initio* de la Constitución) creándose en cada caso de inconstitucionalidad así determinada una "norma subconstitucional"[16], de la que es titular el Tribunal Constitucional como constituyente delegado. Por ello, y por expreso principio consagrado en la Constitución, el principio jurídico que toda ley se deroga solo por otra ley y que expresa, por ejemplo, el artículo I del título preliminar

15 "El calificativo de 'legislador negativo' que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional no pretende 'desjurisdiccionalizar' ni el órgano ni la función. No debe olvidarse que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía, que arrancando de Montesquieu, distingue entre la función ejecutiva, función legislativa y función judicial. Kelsen reduce (...) las funciones a dos: legislación y creación (por un lado), y creación y aplicación del Derecho. Desde ese punto de vista, la justicia constitucional no hace sino ejecutar, aplicar el Derecho contenido en la norma fundamental. (...) Kelsen crea un tribunal precisamente por las garantías que un órgano de tal naturaleza supone, y, especialmente, por su independencia (...); cuando habla de 'legislador en sentido negativo' lo hace, además, tanto para el caso americano como para el supuesto austriaco. Escribió Kelsen: 'un tribunal facultado para anular leyes –en forma individual o de manera general– funciona como un legislador en sentido negativo'." (cit. por PÉREZ TREMPS, Pablo. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. CEC, Madrid, 1981, pp. 6 y ss. (resaltado agregado). La cita de Kelsen está en: KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. Trad. de García Máynez, UNAM, México, 1979, pp. 303 a 334.

16 ALONSO GARCÍA, Alonso. *La interpretación constitucional*. CEC, Madrid, 1984, p. 13.

INDICE

del Código Civil peruano[17], se halla ahora necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: toda ley se deroga solo por otra ley o por una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional. No obstante eso, debe anotarse que el concepto originario de legislador negativo se halla, a la fecha, ampliamente superado por la doctrina italiana y la que proviene de su Corte Constitucional, y la actual española y la que proviene de su Tribunal Constitucional, así como la alemana, y la que proviene de su Tribunal Constitucional[18].

Desde ese punto de vista, la demanda de inconstitucionalidad de una norma legal dubitada no es propiamente una demanda en los términos que formula la teoría general del proceso como pretensión de un derecho público-subjetivo, sino propiamente una "iniciativa legislativa negativa" que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el artículo 203º de su texto normativo.

La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía quirúrgica del sistema jurídico (a decir de Fix-Zamudio) la ley dubitada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben intimidar, pero sí hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento, una tarea quirúrgica que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el vacío que deja la norma derogada y que puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, constituye en puridad una "situación de mayor inconstitucionalidad"en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba.

17 Civil, título preliminar: "Artículo I. La ley se deroga solo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado."

18 AJA, Eliseo (editor). *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Europa actual.* Ariel, Barcelona, 1998, p. 271.

La facultad exclusiva y excluyente del Tribunal Constitucional, en los parámetros de la Constitución, es de la misma dimensión y cualidad constitucional que la facultad de control constitucional que la misma carta política reconoce al Poder Judicial en orden a la aplicación de la facultad del control difuso previsto en la segunda parte del artículo 138º de la Constitución, y ello también debe reputarse como una facultad exclusiva y excluyente del Poder Judicial que nadie debe soslayar y que el propio Tribunal Constitucional debe ser el primero en hacer respetar para guardar un mínimo de coherencia constitucional[19].

V. LA ACTIVIDAD DE "CONTROL CONSTITUCIONAL" DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

La actividad de interpretación constitucional autorizada o auténtica (en tanto vinculante y obligatoria *erga omnes*) realizada por el Tribunal Constitucional, hace al mismo tiempo, sin duda alguna, un control político de los actos normativos con rango de ley del Congreso[20]. Si lo anterior es así, cabe entonces que el Tribunal Constitucional ingrese al análisis de razonabilidad del legislador –cuyos actos está llamado a controlar– cuando se somete bajo su escrutinio las disímiles materias que han sido reguladas por el Poder Legislativo.

Lo antes expuesto debería determinar la praxis del supremo intérprete de la Constitución, es decir, el control y la interpretación de la Constitución, ya que[21]: "El ámbito político de la Constitución, relacionada con el alto grado de consenso requerido entre las distintas fuerzas políticas y sociales de un país para aprobarla, intenta asimismo limitar el poder público

19 Ver, al efecto, la sentencia de 3 de junio de 2005, Exp. Nº 050-2004-AI/TC y otros –acumulado– del Tribunal Constitucional.

20 El laboralista Manuel Alonso Olea ha señalado que: "Entonces el Tribunal Constitucional es un tribunal político, como la indica la fuente de sus poderes, aunque se dice que eligen a juristas de prestigio, los méritos de quienes van a formar y forman parte del Tribunal, pues es una elección política [sic]. Por consiguiente, es un órgano de control político en la vida del país en cuanto a sus libertades fundamentales de derechos básicos que no forman parte de la estructura judicial ordinaria" (ALONSO OLEA, Manuel, El recurso de amparo en materia social, exposición en el Fórum Internacional "El proceso laboral", en http://www.congreso.gob.pe/comisiones/1995/trabajo/347.htm [visto el 2 de febrero de 2009]).

21 Fundamento jurídico 7 de la sentencia del 18 de febrero de 2005 referida al Exp. Nº 002-2005-PI/TC (Casi Cinco Mil Ciudadanos contra el artículo 2º de la Ley Nº 28374).

para comprometerse con la vigencia de los derechos fundamentales. El intérprete no debe olvidarse de que toda Constitución refleja un acuerdo político determinado y duradero, es decir, una fórmula de expresión ideológica que organiza la convivencia política en una estructura social y en un particular momento histórico rodeado de singulares características que, debido a la dinámica comunitaria, pueden variar, aunque la idea es que el acuerdo sea duradero. Por tal razón, cuando este Colegiado resuelva las causas, no puede hacerlo tomando en consideración la Constitución simplemente como una norma jurídica, sino además entendiéndola como una con un carácter político".

Sin embargo, dicho parámetro de actuación ha sido excedido –y en muchas oportunidades infringido– por el Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos, que sin tomar en consideración las discrepancias jurídicas sobre el particular, desnaturalizan la esencia misma del sistema de control concentrado regulado en nuestra Constitución. Esto se deriva de la raigambre política de sus miembros, en función al sistema de elección de los mismos por parte del Poder Legislativo.

En este orden de ideas, el Profesor español Fernández Segado[22] ha señalado lo siguiente: "Se tergiversa así la labor del Tribunal, que de ser un órgano de control de la Constitución pasa a ser, o corre el serio peligro de pasar a serlo, un órgano llamado a impedir tal control. Piénsese en que solo dos jueces constitucionales complacientes con el Poder Ejecutivo pueden impedir, no solo el control del Tribunal, (...). Y como ha significado STEIN, un Tribunal Constitucional que solo es la prolongación y un instrumento complaciente del Poder Ejecutivo no solo desacredita su propia imagen, sino también a la Constitución".

VI. LOS SISTEMAS DE CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES

En nuestro ordenamiento jurídico es de resaltar la peculiaridad de que coexistan al interior del texto constitucional los dos sistemas de control

22 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El control normativo de la constitucionalidad en el Perú: crónica de un fracaso anunciado". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 1999,* Konrad Adenauer Stiftung - Ciedla, Buenos Aires, 1999, p. 373.

de la constitucionalidad de las leyes, esto es: (i) el difuso *(judicial review)* o americano; y (ii) el concentrado o europeo[23].

Lo antes expuesto describe lo que hemos venido a denominar sistema mixto de control de la constitucionalidad[24], y que el profesor García Belaúnde denomina sistema dual de control constitucional[25] y determinará, a diferencia de otros ordenamientos jurídico-constitucionales donde solo encontramos la presencia del sistema de control concentrado, que la jurisdicción constitucional pueda ser válidamente ejercida no solamente por los magistrados del Tribunal Constitucional, sino también por los magistrados ordinarios del Poder Judicial, quienes de este modo reúnen sobre sí, de manera permanente, una doble cualidad inmanente en el hecho de ser jueces ordinarios de la causa que corresponda y jueces constitucionales en el control difuso de la constitucionalidad en cuando tienen conocimiento de procesos constitucionales sometidos a la competencia de la justicia ordinaria o de procesos ordinarios en los que encuentren confrontación entre la ley y la Constitución. En consecuencia, en nuestro medio se puede afirmar sin temor al error que la "jurisdicción o justicia constitucional" es de orden mixto y se entiende extendida a todo el ámbito competencial del Poder Judicial, tanto cuando sus magistrados hacen uso de la facultad de inaplicación de una norma legal para un caso concreto (control difuso) contemplado ahora en el artículo 138º, segunda parte, de la Constitución y reglamentado en el Art. 14º de el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como cuando conocen y resuelven las acciones de garantía constitucional o de defensa de las libertades fundamentales o jurisdicción de la libertad.

Hemos señalado en el párrafo precedente que no todos los procesos constitucionales son iguales y que su diferencia radica fundamentalmente en su naturaleza jurídico-constitucional y en las características de la pretensión constitucional que se formule al juzgador constitucional.

Así tenemos que son dos los tipos de procesos constitucionales, los de garantías constitucionales o de defensa de las libertades fundamentales o de jurisdicción de la libertad, cuya pretensión está destinada a la

23 QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Control difuso y control concentrado en el derecho procesal constitucional peruano,* cit.

24 QUIROGA LEÓN, Aníbal. Op. Cit. p. 177.

25 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional.* 2.ª ed., Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Sección Peruana, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, UNMSM, Lima, 2000.

defensa y protección de los derechos fundamentales de orden material de las personas, conforme le está reconocido por la Constitución; y las acciones de control constitucional o de control orgánico, cuya pretensión, en todas sus variantes, será de orden abstracto, objetivo y estará dirigida a preservar y defender en abstracto la constitucionalidad y legalidad de las manifestaciones del Estado a través de sus órganos y organismos y derivadas del uso de las facultades o poderes que la Constitución y las leyes les ha atribuido a los mismos.

VII. EL OVERRULING EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Un precedente vinculante constituye una regla de derecho generada por una Corte de Justicia y que va a tener alcance general, tanto a nivel público, cuanto a nivel privado. Es una derivación del ejercicio jurisdiccional del derecho anglosajón, como consecuencia del *common law*. Es una figura relativamente reciente en el derecho del *civil law*, sin embargo, se le ha venido adoptando como parte de la necesaria utilización que históricamente se va dando entre las diferentes familias jurídicas en el derecho occidental. Así como el Tribunal de los Precedentes puede establecer un precedente vinculante como parte de su labor interpretativa, asimismo lo puede dejar sin efecto, o lo puede reemplazar por otro. A eso se le conoce, en la doctrina de la predictibilidad de los tribunales, como el Overruling.

En efecto, si bien los Magistrados del Tribunal Constitucional se encuentran vinculados a sus propios precedentes, ello no significa que no puedan ser modificados con posterioridad. En este sentido, el precedente vinculante en algunos casos es dúctil, no obstante, para ello resulta necesario los elementos que justifiquen el cambio del precedente, que deben motivarse razonablemente.

En la segunda parte del Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se señala expresamente la posibilidad de que el Tribunal Constitucional modifique su propio precedente vinculante, prescribiendo que: "(…) cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente". En efecto, creado el precedente, este no tiene por qué durar para siempre. El Tribunal Constitucional puede apartarse de su precedente, pero la ley exige que se razone el cambio, expresando los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones que justifican el cambio. Obviamente, el precedente que esté vigente en la

jurisprudencia del Tribunal Constitucional vincula a las correspondientes instancias inferiores judiciales de modo que éstas no podrán apartarse de él. El cambio de criterio jurisprudencial como precedente solo puede efectuarlo el Tribunal Constitucional y a partir de aquí –y en plena aplicación del precedente vigente– los Magistrados del Poder Judicial deberán cambiar el criterio jurisprudencial que venían aplicando[26].

VIII. CASO CONSORCIO REQUENA: DEJAN SIN EFECTO CONTROL DIFUSO ADMINISTRATIVO

El Control Difuso, o también denominado Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las Leyes o *Judicial Review,* es considerado en la doctrina del Derecho Procesal Constitucional como uno de los sistemas de control constitucional vigentes en el derecho occidental. Por ello, también recibe la denominación de Sistema Americano de Control Constitucional[27].

Antecedentes

En el curso del siglo XX, el Art. XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936(D) fue la primera norma positiva en el Perú que estableció: "Art. XXII.- Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera".

Esta disposición fue poco entendida y mal estudiada, tuvo como antecedente el Art. 148° del Proyecto de Constitución de 1925, de la llamada Comisión Villarán, casi no tuvo aplicación judicial, ni generó una jurisprudencia o ejecutoria sostenible ni destacable. No fue entendida por los civilistas y ni estudiada por los constitucionalistas de entonces.

Con posterioridad a ello, el Art. 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963(D) reiteró este mismo principio, estableciéndose para ello un trámite procesal vigente para todo tipo de procesos y ante toda instancia judicial sin distinción, señalando a la letra: "Art. 8°.- Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera. Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia

26 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 92.

27 QUIROGA LEÓN, Aníbal. *El Derecho Procesal Constitucional en el Perú y el Código Procesal Constitucional –Ensayos*. Ed. ARA, Lima, 2005.

INDICE

en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema. Las sentencias de Segunda Instancia se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiere recurso de nulidad. (…)". Debe anotarse que tampoco esta previsión tuvo gran auge y práctica usual en sede judicial. Sin embargo, nadie señaló o discutió la posibilidad de que tal principio y tal potestad estuviera fuera del sistema judicial o del Poder Judicial.

Es recién con la Carta Constitucional de 1979 (D), en su Art. 236°, en que este reiterado principio constitucional se eleva a rango constitucional, al tiempo que ya no aparece considerado en el vigente Código Civil de 1984. Cabe señalar que dicha norma en la Constitución de 1979 (D) está sistemáticamente ubicada en el Capítulo IX del Título IV, denominado Del Poder Judicial, y que a la letra señalaba: "Art. 236.- En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna".

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1992, hoy vigente en Texto Único Ordenado, reiteró el trámite procesal de su antecedente en su numeral 14°, reglamentando de este modo lo previsto en el Art. 236° de la Carta Constitucional de 1979 (D), y que a la fecha se encuentra vigente, señalando a la letra: "Art. 14.- De conformidad con el Art. 236°[28] 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 fuera impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas 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, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece. (…)".

Actualmente, la Constitución de 1993, en vigencia, mantiene la previsión constitucional del control difuso de la constitucionalidad de las leyes en sede judicial, en la segunda parte del Art. 138°, el primero del Capítulo

28 Léase el Art. 138, 2.ª parte de la Constitución Política de 1993.

VIII, Poder Judicial, y que a la letra dice: "Art. 138°.- (…) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. (…)".

Finalmente, y del mismo modo, ya en el siglo XXI, el Código Procesal Constitucional, que dejó vigente el Art. 14° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, regula la institución en dos de sus numerales, el Art. VI de su Título preliminar y el Art. 3° de su texto[29], los cuales señalan a la letra: "Art. VI.- Control difuso e Interpretación Constitucional.- Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez [30] debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución (…) Art. 3°.- 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 ha entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada. Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueren impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno. En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece (…)".

Así las cosas, el 14 de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional expidió Sentencia de fondo en la causa N° 3741-2004-AA/TC en una causa de Amparo Constitucional interpuesta por Don Ramón Hernando Salazar Yarlenque, y en la que fijó como Precedente Vinculante la interpretación extensiva del Art. 138° de la Constitución en vigencia, señalando que también correspondería esta facultad-potestad a los Órganos Colegiados

29 En su versión modificada por la Ley N° 28946, de 24 de diciembre de 2006.

30 Entendido por el Juez constitucional, por el Juez de los procesos constitucionales a cuyo ámbito se refiere en aplicación el Código Procesal Constitucional, como indica la interpretación sistemática de los Arts. I, II, III y IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

y Tribunales Administrativos, señalando que en su concepto e interpretación, tal facultad-potestad también se extendería a dichos órganos de la administración pública dado que si bien el Art. 138° de la Constitución reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial (Sic)[31]. Esta sentencia mereció una Sentencia Aclaratoria que la complemente, dictada en Resolución de 13 de octubre de 2006, recaída en el mismo proceso antes citado, siendo que en la misma se precisa que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública a los que ha hecho referencia solo son aquellos que imparten "justicia administrativa" con carácter nacional[32] (Sic), adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados[33].

Para ello, señaló entonces el Tribunal Constitucional, se deben observar los siguientes presupuestos: (i) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; y, (ii) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

Cabe añadir que este Precedente Vinculante fue "complementado" mediante una Resolución Aclaratoria de 13 de octubre de 2006[34], en que el Tribunal Constitucional acotó: "RESOLUCIÓN DE ACLARACIÓN.- (…) 4. Que, si bien los funcionarios de la administración pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la Sentencia Nº 3741-2004-AA/TC, esto es, que «(...) todo Tribunal u órgano Colegiado de la Administración Pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar

31 Ver Fundamento 7, Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de noviembre de 2005, Exp. 3741-2004-AA/TC.

32 Creemos que el Tribunal Constitucional se quiso referir a que tengan o ejerzan "competencia nacional", ya que la expresión "carácter nacional" no parece la más acertada ni la más técnica para la materia a la que se refiere.

33 Fundamento 4 de la Sentencia Aclaratoria de 13 de octubre de 2006, Exp. 3741-2004-AA/TC.

34 Conforme a la doctrina procesal, el recurso de aclaración de un fallo pertenece a la categoría de los medios ordinarios de impugnación, y su resultado –la resolución aclaratoria- forma parte jurídica de la sentencia original, formando un solo cuerpo o texto jurídico, y de ese modo debe ser interpretada, unitariamente.

una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente (...)". Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los Tribunales Administrativos u órganos Colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos Tribunales u órganos Colegiados Administrativos que imparten "justicia administrativa" con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados. (…) 7. Que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los Tribunales Administrativos u órganos Colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. 8. Que los Tribunales Administrativos y los órganos Colegiados de la administración pública que imparten "justicia administrativa" con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. (…) Determinar cuándo una ley es inconstitucional y llegar a establecer jurídicamente ya sea su inaplicación o su derogación, no le corresponde ni a la Administración Pública ni a los particulares. Existen otros órganos a los que se le ha atribuido esa potestad: el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Nuevamente aparece el principio de la separación de poderes para reafirmar la exigencia constitucional que cada órgano del poder ejerza solo aquellas potestades (facultades y consecuentes deberes) que el constituyente haya decidido atribuirles".

Posteriormente, mediante la STC N° 04293-2012-PA/TC, el Tribunal Constitucional dispuso dejar sin efecto el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente por la forma o por el fondo.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional llegó a la conclusión de que tal precedente (STC 03741-2004-PA/TC) desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incursos en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad. En consecuencia, en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución, por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado.

Refiere la STC 04293-2012-PA/TC en su fundamento 33 lo siguiente: "33. (…) c. (…) permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución y reservado para el Poder Judicial y/o el Tribunal Constitucional, según corresponda, conforme a los Arts. 138° y 201° de la Constitución, respectivamente.

En ese sentido, incluso afecta al principio de división de poderes, dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa."

En consecuencia, el Tribunal Constitucional consideró que conceder facultades a los tribunales administrativos para ejercer el control difuso llevaba a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes, a lo que se añade que puede ocurrir que muchas de tales actuaciones no sean objeto de revisión por órgano jurisdiccional alguno, en caso no se cuestione el resultado de un procedimiento administrativo.

Por tal, estamos de acuerdo con el cambio del precedente vinculante, ya que en la primera sentencia adoleció de una serie de deficiencias y puntos débiles que son precisamente el inicio de su crítica y su necesaria reformulación. La cuestión que resuelve el Tribunal Constitucional consiste,

en determinar si el control difuso que la historia constitucional, la doctrina procesal constitucional y la Constitución reconoce de modo exclusivo y excluyente solo al Poder Judicial, puede ser extendida o analogizada hacia los órganos Colegiados y Tribunales de la Administración Pública del Poder Ejecutivo. Esto es, si el Tribunal Constitucional puede, por vía de la interpretación de la Constitución, alterar el texto expreso de la Constitución, darle un sentido verdaderamente opuesto a su literalidad, si le asiste una función de "poder constituyente" además de ser "poder constituido", y si una facultad constitucional, que es de orden público-constitucional, puede ser interpretada extensivamente hacia otro orden constitucional no expresamente previsto.

Como ya se ha visto, el control difuso en el derecho comparado, nació en 1803 en la Suprema Corte Federal de los EE.UU. (vértice superior de todo el Poder Judicial en los EE.UU.), pertenece al Poder Judicial en el derecho comparado, y en el derecho comparado solo ha tenido auge y difusión dentro del Poder Judicial. No hay precedente comparado en que se haya extendido el control difuso a la justicia administrativa o a la administración pública.

En el Perú, desde su nacimiento formal (1963) su ámbito de aplicación ha sido solo el Poder Judicial (de hecho, fue concebido por primera vez en el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial(D) de 1963, fue reiterado en el actual TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial en vigencia, fue reiterado en el Art. 236° de la Constitución de 1979(D), y lo mismo ha pasado en el texto expreso de la actual Carta Constitucional en vigencia (Art. 138°, 2.ª parte). De hecho, la norma jurídica más reciente que la contiene expresamente, que es el Código Procesal Constitucional, y que se refiere a esta facultad (Arts. VI del Título Preliminar y 3°) solo tienen como destinatario al Juez del Poder Judicial y al Tribunal Constitucional –excluyendo a la Administración Pública– como se puede ver en sus Arts. I, III y IV de su Título Preliminar[35]. ¿Cómo entonces se puede fundamentar que ello

35 "Art. I.- Alcances.- El presente Código regula los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento, inconstitucionalidad, acción popular y los conflictos de competencia (…); Art. III.- Principios Procesales.- (…) El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, (…). Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades (…). 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. (…) Art. IV.- Órganos Competentes.- Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal

puede ser transvasado conceptualmente a la Administración Pública en sus Tribunales Administrativos o en sus órganos Colegiados?

Uno de los argumentos más débiles del Tribunal Constitucional, y que revela poca consistencia jurídica, radica en la alegación de que en la Constitución peruana no existe norma que prohíba que el control difuso pueda ser aplicado por orden distinto al Poder Judicial, para concluir, entonces, que válidamente puede ser ejercitado por un orden diferente al del Poder Judicial. La endeblez teórica de esta consideración se patentiza al determinarse, *prima facie,* que la Constitución no contiene un orden prohibitivo, sino atributivo. No es un código político de prohibición. Es decir, por tratarse de facultades constitucionales que son de orden público y de capital importancia para la estructuración de nuestro Estado de Derecho, la Constitución no contiene prohibiciones sino atribuciones (en ello, el argumento del Tribunal Constitucional constituiría un claro sofisma); atribuciones que son de orden público y que, por ende, no pueden ser materia de analogía ni de extensión en la interpretación. Lo que señala claramente la doctrina de la interpretación constitucional[36] es que las facultades constitucionales, al ser de orden público, se dan sobre vasos comunicantes, de manera que, lo que se le atribuye a un órgano, no puede ser ejercitado por el otro, siendo de aplicación el principio de interpretación previsto en el Art. IV del Título Preliminar del Código Civil[37].

Así, del mismo modo que la Constitución no prohíbe el control difuso para otros órdenes (no tendría que prohibirlo, ni viene al caso ello), tampoco prohíbe que el Ejecutivo dé las leyes (basta para ello que la facultad de dar leyes esté dada al Congreso de la República), o que el Poder Judicial conozca de la Acción de Inconstitucionalidad de las Leyes (lo que está dado al Tribunal Constitucional); etc.

En consecuencia, a la luz de la doctrina citada y del Precedente Vinculante bajo comento, lo que hay que determinar es si tal precedente se sostiene y en verdad aplicable y vigente; de manera que, de ser la respuesta positiva, hay que determinar cómo es que rige en la vida de la Administración Pública, en sus Tribunales Administrativos u Órganos Colegiados,

Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código".

36 QUIROGA LEÓN, Aníbal. *La Interpretación Constitucional*. Op. cit.

37 "Art. IV.- Aplicación analógica de la ley.- La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía".

dentro de lo que tanto la sentencia original, como la sentencia aclaratoria ha denominado la "Justicia Administrativa" en sede del Poder Judicial.

Nuestra posición es que claramente constituye una contravención directa y flagrante al texto expreso de la Constitución el atribuir a la Administración Pública del Poder Ejecutivo el ejercicio de una facultad expresamente diseñada y señalada para el Poder Judicial. No basta, en nuestro concepto, para zanjar ello, el que tal interpretación conste en un Precedente Vinculante, ya que como lo ha dicho el propio Tribunal Constitucional, y lo tiene determinado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ninguna orden superior será válida ni debe ser cumplida si atenta contra el orden público, los derechos fundamentales de las personas y el propio respeto de los límites constitucionales. De hecho, tal principio está recogido en el Art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José[38], y que en su parte pertinente señala: "Art. 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. (…)".

El Tribunal Constitucional es un órgano constituido –y no un poder constituyente– y es a todas luces evidente que carece de facultades constituyentes o para hacer la modificación de la Constitución por la vía de la interpretación constitucional. En consecuencia, también el Tribunal Constitucional tiene por límite objetivo el texto expreso y literal de la Constitución. La fidelidad a la Constitución así lo exige. De este modo, la conclusión evidente es que este Precedente Vinculante es inaplicable o de ejecución imposible, so riesgo de alterar el texto expreso de la Constitución.

En consecuencia, saludamos positivamente este cambio jurisprudencial del mal llamado control difuso en sede administrativa, por las razones ya expuestas y porque su aplicación, reiteramos, constituye en nuestro criterio una evidente y flagrante vulneración constitucional. Téngase en cuenta, además, que la normatividad vigente que desarrolla este postulado constitucional (el del control difuso), contenida tanto en el TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando en el Código Procesal Constitucional, remiten la definitoriedad del control difuso a la Corte Suprema de Justicia de

38 Ratificada y vigente en el ordenamiento jurídico peruano desde julio de 1978.

la República, por la vía de la consulta obligatoria en caso de que no existan o no se interpongan los recursos de impugnación[39]. Esta definitoriedad de la Corte Suprema no se cumpliría, y sería de imposible cumplimiento, en el caso de este mal llamado control difuso en sede administrativa.

Sin embargo, cabe reconocer qué otra posición podría establecer, de manera vertical y jerarquizada, que si al Tribunal Constitucional compete la interpretación auténtica de la Constitución, y el supremo control de la Constitución, su jurisprudencia vinculante debe ser aplicada e interpretada tal como se expresa, sin ningún análisis de razonabilidad o de constitucionalidad –a contrapelo de lo que el propio Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades–, de manera que a partir de dicho Precedente Vinculante se debe considerar que la Administración Pública, por medio de los Tribunales u órganos Colegiados administrativos, siempre que impartan la "justicia administrativa" con carácter nacional (sic), y siempre que sean dependientes o adscritos Poder Ejecutivo (solo a ella se refiere la Sentencia Aclaratoria bajo comento, Fundamento 4.° *in fine*) podrán hacer difuso al resolver los casos que le correspondan.

Es evidente que esta formulación aclaratoria fue impropia, carente de sustento jurídico, desde que por "carácter nacional" referida así, de modo resaltado, no se refiere a que sean órganos o tribunales nacionales, sino de competencia nacional, en todo el territorio nacional, y no de competencia local, regional, departamental o sectorial. En segundo lugar, se excluye a la justicia administrativa de competencia nacional, ejercitada por órganos o tribunales no dependientes del Poder Ejecutivo. Y, finalmente, se excluye a la autoridad administrativa unipersonal de competencia nacional, y a la autoridad administrativa colegiada o conformada en Tribunales Administrativos de orden local, regional o sectorial. El Tribunal Constitucional no ha explicado el porqué de esta diferenciación, que más luce como arbitraria e incompleta[40].

39 Tal como, hasta la fecha, ocurre en su cuna, en derecho constitucional de los EE.UU., donde todo control difuso judicial es siempre controlado por la Suprema Corte Federal de los EE.UU., y su palabra final. Allí no existe, ni se ha postulado jamás, que ello pueda ser ejercitado por su administración pública.

40 Se tiene claro en la doctrina nacional, que así como el Tribunal Constitucional ha efectuado ya un Overruling respecto de un anterior Precedente Vinculante (el caso del RAC constitucional frente a fallos estimatorios) (Ver Nota 13 supra); asimismo lo hará en breve respecto del Precedente Vinculante subanálisis.

De hecho, no se trata de que la Administración Pública pueda actuar sin ningún límite o únicamente teniendo como tal a la ley, como tradicionalmente ha ocurrido, sino que su actuación debe enmarcarse en el contexto de un Estado de derecho (artículo 3º, Constitución), y está condicionada en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales. Aún a riesgo de ser redundantes, debe resaltarse el sometimiento de la Administración Pública a la Constitución; esto es, la obligatoriedad de respetar durante la tramitación de los procedimientos administrativos tanto los derechos fundamentales como las garantías procesales correspondientes (derecho al debido proceso, derecho de defensa, etc.) así como de los principios constitucionales que lo conforman (legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etc.).

IX. PRINCIPIOS PROCESALES CONSTITUCIONALES

El Código Procesal Constitucional ha previsto dentro de su Título Preliminar un conjunto de principios que tienen como función principal la de dirigir u orientar la actividad en los procesos constitucionales. La gran mayoría se encuentran descritos en el Art. III del Título Preliminar.

Los principios procesales son todas aquellas directrices que deberán animar el desarrollo de todos los procesos constitucionales y que el juzgador deberá tomar en consideración en la actuación procesal. Según Castillo Córdova[41]:"sirven para describir y sustentar la esencia del proceso, y además poner de manifiesto el sistema procesal por el que el legislador ha optado". Y qué duda cabe, que la esencia de todo proceso –como el proceso constitucional– es intentar llegar a la solución justa de las controversias".

(i) El principio de dirección judicial del proceso.- Este principio supone que el Juez Constitucional no puede tener una actitud "pasiva" respecto del desarrollo y dirección del proceso, sino que actúe como un juez-director más que un juez-espectador impulsando el proceso por sí mismo, siendo responsable de cualquier demora ocasionada por su negligencia.

Por su parte, el Tribunal Constitucional estableció que: "sitúa en la figura del juez constitucional el poder-deber de controlar razonablemente la actividad de las partes, evitando una conducta

41 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Op. cit., p. 41.

procesal obstruccionista y promoviendo la consecución de los fines del proceso de manera eficaz y pronta. En tal sentido, corresponde al juez constitucional detectar y desvirtuar aquella conducta procesal que, intencionalmente o no, pretenda convertir al proceso en un ritualismo de formas, antes que en un eficiente cauce para la protección de los derechos fundamentales y el respeto por la supremacía normativa de la Constitución"[42].

(i) El Principio de gratuidad.- Este principio se encuentra referido al no pago de las tasas por los justiciables para poder acceder al aparato judicial estatal, es decir, las costas que pueden establecerse durante el devenir del proceso. Justamente, el principal fundamento de este principio radica en que no puede ni debe haber ningún medio que obstruya o dificulte el acceso célere y eficaz para la protección de derechos constitucionales. En ese sentido, no habrá ninguna onerosidad en la actuación procesal. Cabe mencionar que, este principio se recoge igualmente en la normatividad procesal civil, específicamente en el Art. VIII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

(ii) El Principio de Economía procesal.- referido al ahorro y la eficiencia durante el proceso constitucional, donde se apunta a economizar todos los costos en que se pueda incurrir en el proceso, así como la celeridad en el trámite. Este principio se encuentra dirigido a tres áreas principales: tiempo, gasto y esfuerzo. Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que: "debe de tratarse de obtener el mayor resultado posible con el mínimo de empleo de actividad procesal y que en el caso de los procesos constitucionales cobra mayor preponderancia por ser procesos de tutela urgente de derechos fundamentales. En efecto, si se parte de la premisa, sobre la cual se sustenta la presente resolución, es decir, los fines que informan a los procesos constitucionales, los mismos no deben estar supeditados por una serie de ritualismos procesales que, a la postre, los afecten con dilaciones innecesarias" (STC Nº 05761-2009-PHC/TC F. j. 25).

Así, muy vinculado al principio de economía procesal se encuentra el principio de celeridad, el cual no se encuentra expresamente reconocido en ningún artículo del Código Procesal Constitucional, pero que igualmente, inculca el desarrollo de los procesos constitucionales.

42 STC Exp. N° 0007-2006-PI/TC (F. j. 4).

(iii) El Principio de Inmediación.- Este principio tiene por finalidad que el Juez Constitucional trate de tener el mayor contacto posible con todos los elementos intervinientes durante el proceso, ya sean subjetivos (las personas) u objetivos (documentación, lugares, etc.) con la finalidad de arribar a una mejor decisión fundada en derecho. Asimismo, este principio se encuentra recogido en el Art. V del Título Preliminar del Código Procesal Civil. Este principio se encuentra relacionado con el derecho de prueba, así: "De acuerdo con el principio de inmediación, la actividad probatoria debe transcurrir en presencia del juez encargado de pronunciar sentencia, puesto que solo de esta manera se garantiza que exista un contacto directo entre el juzgador y los medios de prueba aportados al proceso, que permitirá a este ponderarlos en forma debida y plasmar sus conclusiones en forma suficiente y razonada" (STC N° 00849-2011-PHC/TC F. j. 6).

(iv) El Principio de socialización.- se encuentra realizado con la igualdad que debe existir en todo proceso. Así, se exige al Juez constitucional que propicie un clima de paridad a fin de que impedir que la desigualdad con la cual las partes concurren al proceso pueda ser determinante en la decisión final. Tal como señala Castillo Córdova[43]: "se trata de un criterio de interpretación que permite y obliga al juez a pasar de una igualdad formal a hacer efectiva una igualdad material".

Este principio también se encuentra recogido en el Art. VI del Código Procesal Civil, donde se estableció que el Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica, afecte el desarrollo o resultado del proceso.

(v) El Principio de Suplencia de queja Deficiente.- se encuentra referida al deber que tiene el juez que conoce sobre una causa constitucional a suplir las deficiencias u errores procesales en las cuales hayan incurrido las partes durante la tramitación del proceso. De esta manera, se garantiza una adecuada y eficaz protección de derechos fundamentales. En ese sentido, la finalidad de este principio es facilitar el acceso a la justicia que implica un actuar por parte del juez tuitivo en aras de una protección adecuada de derechos vulnerados.

43 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Op. cit., p. 52.

La doctrina mexicana[44] considera que se trata de una: "institución procesal constitucional de carácter proteccionista y antiformalista (…), que integra las omisiones parciales o totales de la demanda de amparo presentada por el quejoso, siempre a favor y nunca en perjuicio de éste (…)". Así, Fix Zamudio[45] expresa, sobre la suplencia de queja: "(…) que consiste en la corrección por el juez del amparo, de las omisiones, errores o deficiencias en que hubiese incurrido el promovente al formular su demanda, protegiendo a la parte débil en el proceso y evitando la aplicación de leyes inconstitucionales".

Cabe resaltar que, si bien es cierto la suplencia de queja deficiente no se encuentra establecido taxativamente en el Código Procesal Constitucional, no es menos cierto afirmar que tiene una vigencia efectiva en tanto resulta importante para la vigencia de otros principios expresamente reconocidos (dirección judicial del proceso, economía procesal, etc.)

X. PRINCIPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La labor del Tribunal Constitucional se ha definido dentro de los siguientes principios esenciales:

a. Principio Pro-Hómine o Pro Libertatis.- La facultad que tiene el juez de decidir a favor de la admisión de la demanda o de la continuación del proceso, en aquellos casos en los que tenga una duda razonable respecto de si se está ante un caso de improcedencia de la demanda o de conclusión del proceso. Es necesario que exista la certeza de que el proceso constitucional no va más para recién poder declarar su conclusión. La menor sospecha de que debe continuar, obliga al juzgador a proseguir el proceso. Según Pérez Luño[46] esta opción a favor de la libertad ha tenido en la doctrina y la jurisprudencia una proyección ambulante, al traducirse en posiciones hermenéuticas de orientación conservadora o progresista de la normativa constitucional. En efecto, el principio in dubio pro libertate puede considerarse

44 CASTRO Y CASTRO, Juventino. *La suplencia de la queja deficiente en el Juicio de Amparo*. Editorial Jus, México 1953, p. 41

45 FIX ZAMUDIO, Héctor. *El Juicio de Amparo,* Editorial Porrúa, México, 1963, p. 403.

46 PÉREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 1995, Quinta Edición, pp. 315-316.

como la versión europea, especialmente germana, de la denominada "doctrina del primado de la libertad" *(preferred freedom doctrine)* elaborada por la Corte Suprema fundamentalmente para frenar iniciativas públicas de interés social o colectivo en base a la intangibilidad o a la valoración preferente de los derechos de autonomía individual y de su proyección económica. También respecto al alcance hermenéutico de este principio resulta decisiva la perspectiva teórica de los derechos fundamentales desde que se le enfoca. La teoría positivista, estrechamente vinculada a los presupuestos ideológicos del Estado liberal de Derecho, ha propiciado una interpretación del principio in dubio pro libertate de marcado signo individualista y dirigida a la defensa del statu quo económico. Por el contrario, las teorías de los valores, institucional, así como la iusnaturalista crítica, acogen o reformulan este principio desde premisas contrapuestas, al contemplarlo como una consecuencia de la fuerza expansiva del sistema de los derechos fundamentales, integrado por normas finalistas con vocación de irradiar todo el ordenamiento jurídico; a la vez que establecen una continuidad entre este principio y el de efectividad de los derechos fundamentales *(Grundrechts effektivität),* es decir, de la tendencia incita en el sistema de los derechos fundamentales de potenciar su eficacia en todos los ámbitos de la experiencia social y política. A partir de estas interpretaciones el principio in dubio pro libertate tiende a ampliarse en el postulado favor libertatis, o sea, no significa solo que en supuestos dudosos habrá que optar por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que implica concebir el proceso hermenéutico constitucionales como una labor tendente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos fundamentales en su conjunto. Ello implica reemplazar la interpretación estática y defensiva de dicho principio, por su caracterización positiva y dinámica. Supone, al propio tiempo, contemplar el sistema de los derechos y libertades fundamentales como un todo unitario. Lo que obliga al intérprete a no considerar cada uno de los derechos fundamentales como un compartimento estanco dotado de una lógica propia y un sentido autosuficiente, sino como un elemento de un sistema unitario que expresa una estructura coherente y jerarquizada en función de los valores que lo informan.

b. Principio de Progresividad.- En la medida que la existencia de los derechos humanos, no dependa de su reconocimiento por parte del Estado, hay siempre la posibilidad de ampliar el catálogo hacia

situaciones aún no protegidas por la Constitución o los tratados. Así se aplica la aparición de las sucesivas generaciones de derechos humanos. La manifestación del carácter progresivo de los derechos se encuentra reconocida en el Art. 3° de la Constitución, a veces denominada en la doctrina como cláusula reconocedora de derechos implícitos. Conforme Bustamante[47], la progresividad de los derechos fundamentales consiste en el perfeccionamiento o evolución que gradualmente experimentan –y que deben seguir experimentando– los derechos fundamentales, tanto en su número como en su contenido, con la finalidad de garantizar mejor el status jurídico de sus titulares y contribuir de una manera más eficaz al logro de una sociedad libre, reconciliada y justa. Su justificación no solo se encuentra en el anhelo de lograr esa finalidad, sino en el propio sustento de los derechos fundamentales: la dignidad del ser humano. En efecto, si esta es el fundamento y valor supremo de todo ordenamiento jurídico político, y si la persona humana es el principio y fin de la sociedad y del Estado, no es extraño que la doctrina, los instrumentos internacionales, la jurisprudencia, las cartas fundamentales y la demás legislación interna, busquen perfeccionar y extender, a medida que van sucediendo, el contenido y número de los derechos fundamentales en tanto son expresión directa de esa dignidad.

c. Principio del Stare Decisis.- La obligatoriedad del precedente, del que deriva la tesis del precedente vinculante, de raíz anglosajona. Conforme señala Iturralde Sesma[48], la doctrina de stare decisis et non quieta movere ha sido definida como una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión; pero el grado de autoridad de dichos precedentes depende necesariamente de su acuerdo con el espíritu de los tiempos o el juicio de subsiguientes tribunales sobre su corrección como una proposición acerca del derecho existente o real. En un sistema basado en el *case*

47 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. ARA Editores, 2001, pp. 111-113.

48 ITURRALDE SESMA, Victoria. *El Precedente en el CommonLaw*. Editorial Civitas, 1995, pp. 31-32.

law, el juez debe tener en cuenta las reglas y principios aplicados por los jueces; estos no son (como en otros sistemas jurídicos) simplemente materiales que "pueden" tener en consideración a la hora de tomar decisión. El hecho de que el sistema inglés sea ampliamente un sistema de *case-law* significa que la decisión del juez en un caso particular constituye un precedente.

d. El Leading Case.- El caso primero, es decir, el caso a partir del cual se fija el precedente vinculante; el caso que constituirá el primer precedente en una materia y que jalonará a los demás;

e. El Overruling.- El caso en el cual de modo expreso se deja sin efecto un precedente vinculante, y se le sustituye por uno nuevo. En ese sentido, se quiebra un precedente vinculante y se le reemplaza por uno nuevo, en virtud de la misma facultad de establecimiento de los precedentes vinculantes.

f. El SelfRetraint.- La labor de autocontrol que sobre sí ejerce un Tribunal de los Precedentes, que al no tener superior sobre sí que revise sus fallos por ser última o única instancia, debe de autocontrolarse a sí mismo a fin de ser coherente en la defensa de los Derechos Fundamentales y en el respeto a los principios esenciales de la Constitución.

g. La complejidad de la interpretación constitucional.- Justamente, debido a que la Constitución tiene carácter jurídico normativo vinculante para todos, los criterios de interpretación de la Constitución nos sirven como herramienta para tener aproximaciones generales al manejo de las disposiciones constitucionales. Así, esta complejidad se encuentra referida a modo en el cual se puede entender la Constitución en tanto sistema normativo, ya que esta actividad es la realización de una conceptualización abstracta con consecuencias prácticas pero importantes a la hora de aplicar las normas constitucionales.

h. La interpretación sistemática.- la interpretación de las disposiciones constitucionales nunca se puede realizar de manera aislada o separada en tanto que la Constitución en su conjunto es un sistema normativo. En tal sentido, Rubio Correa[49] afirma que la interpretación sistemática: "(…) trata de mirar íntegramente la Constitución y de dar respuestas normativas constitucionales, no desde un texto

49 RUBIO CORREA, Marcial. *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima, Fondo Editorial PUCP, enero 2005, Lima. p. 70.

normativo específico sino desde el conjunto de reglas y principios constitucionales. Ello quiere decir que, metodológicamente, para analizar cada problema constitucional debemos revisar no solamente la regla aplicable sino todo el texto constitucional y los principios de la disciplina, para armonizar una respuesta a partir de todos los elementos normativos que encontremos". De esta manera, en materia de derechos fundamentales, el juez constitucional no podría fundar sus decisiones en una interpretación literal de las disposiciones constitucionales. En ese sentido, se requiere de un esfuerzo de integración del contenido constitucionalmente protegido de cada uno de los derechos y principios constitucionales aplicables para evaluar el análisis en conjunto.

i. La interpretación teleológica.- Consiste en averiguar el fin práctico de los preceptos constitucionales en un caso en concreto. Se encuentra relacionada con los fines últimos de las instituciones y principios constitucionales, es la búsqueda de la finalidad inmediata perseguida por la ley. En ese sentido, hay que entender que el Derecho no es un simple conglomerado de dispositivos jurídicos. Los preceptos constitucionales son creados y aplicados no de forma atomizada, sino vinculados formando conjuntos estructurados con coherencia sistémica. Un caso en el cual el Tribunal Constitucional ha aplicado una interpretación teleológica se dio cuando reconoció la validez de los decretos leyes fundado en uno de los fines del Derecho Constitucional, el cual es la seguridad jurídica a la que considera un principio jurídico implícito: "Según la teoría de la continuidad, los Decretos Leyes perviven o mantienen su vigencia –surtiendo todos los efectos legales– no obstante producirse la restauración del Estado de Derecho. Estos solo perderán vigencia en caso de que el Congreso posterior a un gobierno de facto dicte leyes que los abroguen, modifiquen o sustituyan, según el caso. Esta teoría se sustenta en la necesidad de preservar uno de los fines básicos del derecho: la seguridad jurídica. En el caso de los Decretos Leyes, dicho fin implica resguardar el desenvolvimiento de la vida cotidiana y la de los bienes jurídicos (vida, propiedad, honor, etc.) que se encuentran amparados por ellos, sin mengua de reconocer que este amparo haya sido establecido de manera no formal".

j. La teoría de los derechos implícitos o innominados.- El Tribunal Constitucional ha establecido en reiterada jurisprudencia que existen

determinados derechos que aunque no se establezcan taxativamente en la Carta Magna, también gozan de protección constitucional.Así, la enumeración de los derechos establecidos en el plexo constitucional no excluye la invocación de otros que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del estado democrático de derecho y de la forma republicana.

Los derechos innominados también enriquecen el contenido constitucional de los derechos expresamente establecidos y ayudan a obtener una fuente adicional de significados para una debida interpretación constitucional, ya que el ordenamiento jurídico constitucional no "crea" derechos sino que solamente los reconoce. Un ejemplo de un derecho innominado o implícito que no se encuentra literalmente reconocido en la Carta Magna es el derecho al agua potable, así: "su individualización pueden operar no solo a partir de una opción valorativa o principialista como la reconocida en el artículo 3° de la Constitución Política del Perú sino también apelando a un ejercicio hermenéutico al amparo de una fórmula sistemática o variante de contexto, deducible de las cláusulas contenidas en los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, muchas de las cuales no solo contienen derechos adicionales a los expresamente reconocidos en la Constitución, sino que incluso ofrecen contenidos mucho mas amplios para aquellos que ya cuentan con cobertura constitucional" (STC N° 6546-2006-PA/TC F. j. 4). En consecuencia, el derecho al agua potable es una exigencia que corresponde al Estado en tanto es un recurso natural esencial básico para el mantenimiento y desarrollo de la existencia y la calidad de vida del ser humano, así como otros derechos primordiales tales como la salud, el trabajo, el medio ambiente, etc. Por tal, el agua no solo es considerado como un recurso fundamental importante para el ser humano, sino que, a su vez, contribuye con la agricultura, la minería, el transporte, etc. Actividades importantes para el desarrollo económico y estructural de una sociedad.

k. Interpretación conforme a la Constitución.- Este principio es también consecuencia de que la Constitución sea norma jurídica primaria y fundamental. Así, el Tribunal Constitucional cuando enjuicie la legitimidad de una ley, antes de declararla inconstitucional o no, tiene que tratar de llevar a cabo una interpretación de la ley de conformidad con la Constitución. Estas son las llamadas sentencias

interpretativas. Esto es consecuencia tanto del principio democrático, que obliga a defender las normas que son producto del congreso, como del principio de conservación de las normas jurídicas y del principio de seguridad jurídica, en virtud de los cuales las leyes aprobadas tienen una presunción de legitimidad. Igualmente, los tribunales ordinarios, a la hora de interpretar el ordenamiento jurídico, tienen que hacerlo buscando aquella interpretación que más se ajuste a los principios constitucionales y que mejor permita alcanzar los objetivos que están en la Constitución. Esto tiene como consecuencia un efecto multiplicador de la eficacia normativa de la Constitución.

La interpretación de la ley conforme con la Constitución no es un criterio de interpretación de la Constitución, como lo puede ser el de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, etc. La operación presupone hallar un sentido de la disposición legislativa conforme con la norma suprema. En realidad, la necesidad de interpretar la ley conforme con la Constitución, es una técnica inmanente o consustancial a la justicia constitucional, más que un criterio de interpretación de normas, puesto que impone la regla a todo juez constitucional de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si es que pueda ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo al menos uno de ellos conforme con la constitución.

Es decir, constituye un canon de actuación del juez de la ley que exige de él no privilegiar la interpretación de una disposición en el sentido que riña con la Constitución, sino de comprenderla en el sentido interpretativo que se encuentre conforme a ella.

En conclusión, la Constitución es el parámetro para la interpretación de la ley, por tal, cuando hay más de una interpretación posible para un dispositivo legal, se debe dar preferencia a aquella que sea conforme a la Constitución.

l. Bloque de Constitucionalidad.- El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

En ese mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que: "Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos (...)"; en consecuencia, y desde una perspectiva orgánica, "(...) dicho concepto alude a la aptitud de obrar político-jurídica o al área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función de que el titular responsable de aquél hubiese obrado dentro de dicho marco o fuera de él" (Exp. N.º 0689-2000-AA Fund. 10.5).

Esta capacidad que tienen las fuentes, que formalmente no son constitucionales, es lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad, y, por ello, "La interpretación que efectúa el Tribunal Constitucional no solo abarca las normas constitucionales propiamente dichas, sino que se extiende a todas las demás comprendidas en el denominado bloque de constitucionalidad".

Por ello, debe precisarse que la Constitución y las normas que conforman el bloque de constitucionalidad establecen tanto la competencia material así como la competencia territorial, entre otros aspectos vinculados al tema, siendo la nota condicionante de la competencia estatal, la de ser indelegable, taxativa, razonable y proporcional.

Según la Corte colombiana[50]: "la noción de 'bloque de constitucionalidad' proviene del derecho francés; y en la historia del derecho constitucional resulta de una data relativamente reciente pues se afirma que esta noción ha surgido a partir de la segunda mitad del siglo XX, específicamente a partir de 1971". No obstante, cabe precisar que la noción de bloque de constitucionalidad tiene su origen en la jurisprudencia constitucional francesa.

Efectivamente, el concepto de bloque de constitucionalidad tiene su origen en la jurisprudencia del Consejo Constitucional francés en

50 PRADO HERRERA, Juan Carlos. *El contenido y desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano sobre el bloque de constitucionalidad.* RAE Jurisprudencia, Lima, setiembre 2008, p. 175.

cuanto le dio valor normativo al preámbulo de la Constitución de 1958. Favoreau sostiene que fue en el seno del Consejo Constitucional de la Quinta República en donde por vez primera se hizo uso del concepto de normas de constitucionalidad bajo la égida de principios y reglas de valor constitucional, refiriéndose al conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley. Igualmente, en el derecho administrativo francés se utilizó la expresión bloque de legalidad, importada de Hauriou, para referirse al conjunto de leyes, principios y reglas al que estaba sometida la administración, que no tenían jerarquía legal. Dice Favoreau que fue en las decisiones D-39 del 19 de junio de 1970 y D-44 del 16 de julio de 1971 en las que el Consejo Constitucional reconoció el valor constitucional del preámbulo de la Constitución de 1958 y, por remisión hecha por el mismo texto, adoptó como normas de rango constitucional la Declaración de los Derechos Humanos de 1789, confirmándose ello en el preámbulo de la Constitución de 1946.

Después de arraigarse en Francia, el concepto pasó a otros países europeos, como España, en donde el Tribunal Constitucional español hizo uso, por primera vez, de la expresión en el fallo STC 10/82 refiriéndose al bloque como: "(...) un conjunto de normas que ni están incluidas en la constitución ni delimitan competencia, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen.

El bloque de constitucionalidad se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en el Código Procesal Constitucional, el mismo que ha establecido en su Art. 79° referido a las Disposiciones Generales de los procesos de Acción Popular e Inconstitucionalidad lo siguiente: "Para apreciar la validez constitucional de las normas el Tribunal Constitucional considerará, además de las normas constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona".

Tal como se puede apreciar, el bloque de constitucionalidad resulta determinante para efectuar la valoración de una ley o norma con rango de ley de conformidad con la Constitución, caso en el cual se debe atender no solo a lo establecido por el Código Procesal Constitucional, sino también al desarrollo jurisprudencial del Tribunal

Constitucional peruano que explica sus condiciones, alcances y contenido.

ll. El Principio o Test de Proporcionalidad.- El auge del principio test de proporcionalidad surge dentro de un Estado Democrático de Derecho, a fin de armonizar los derechos fundamentales cuando estos entran en conflicto limitando la interferencia irracional en los mismos por parte de los poderes públicos. El marco jurídico de dicho principio se encuentra en el artículo 200 de la Constitución, así: "(…) Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al Juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio".

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha expresado que: "El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe solo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no. Y las penas, desde luego, constituyen actos que limitan y restringen esos derechos de la persona." (STC N° 0010-2002-AI).

El Juicio de proporcionalidad está orientado a resolver conflictos entre derechos, intereses o valores en concurrencia según las circunstancias del caso y en un determinado contexto a través de la argumentación y racionalidad sin generar jerarquías en abstracto de los derechos, intereses o valores involucrados ni de prejuzgar su mayor o menor legitimidad ni producir prohibiciones absolutas.

En ese sentido, partiendo de la legitimidad de los fines atendidos por la norma, medida o actuación denunciada, lo que se va a analizar es su utilidad (su idoneidad para alcanzar el fin pretendido), su necesidad (en ausencia de otra alternativa igualmente eficaz y menos problemática) y, por fin, su "proporcionalidad", atendido su grado

de injerencia en un ámbito protegido así como el carácter y alcance del sacrificio que impone sobre los derechos o intereses afectados. De este examen se juzgarán inaceptables normas, medidas o actuaciones en la medida en que impongan un sacrificio inútil, innecesario, o desequilibrado por excesivo, de un derecho o interés protegido.

m) La Ponderación de Valores.- Como se señaló anteriormente, en un Estado Social y Democrático de Derecho existen principios, derechos y valores constitucionales que deben de ser cumplidos en la mayor medida posible, pero qué sucede cuando entran en conflicto, en ellas no cabe, para su solución, como en el caso de las reglas, los métodos tradicionales de validez como la especialidad (ley especial deroga general), jerarquía (ley superior deroga ley inferior) y temporalidad (ley posterior deroga ley anterior), sino la ponderación.

Los principios se conocen por el enunciado, ordenan que algo sea cumplido en gran medida sin enunciar un supuesto de hecho claro, es decir, admiten varias interpretaciones, un ejemplo claro de ello que tenemos en el ordenamiento jurídico son los derechos fundamentales. Cuando usamos la ponderación enfrentamos dos normas tipo principio, pero no para derrotar a una sobre la otra como ocurriría con las reglas sino para restringir una en favor de otra, otorgándole más poder o más validez en un caso concreto.

Dworkin, citado por Bernal Pulido[51], señala que los principios están dotados de una propiedad que las reglas no conocen: el peso. Al ponderarse, se establece cuál principio pesa más en el caso concreto. El principio que tenga un mayor peso será el que triunfe en la ponderación y aquel que determine la solución para el caso concreto: "(…) La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas. La estructura de la ponderación queda así integrada por la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación". En ese sentido, la técnica normalmente usada por los jueces constitucionales para resolver un conflicto entre principios constitucionales es aquella que se suele llamar "ponderación" o "balance".

51 BERNAL PULIDO, Carlos. "La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales", Materiales de enseñanza de Derecho Constitucional de la Academia de la Magistratura. X Curso de Capacitación para el Ascenso 2.° nivel. 2005, pág. 87.

La ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica entre dos principios en conflicto.

Una jerarquía axiológica es una relación de valores creada (ya no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez constitucional, mediante un juicio comparativo de valores, esto es, un enunciado dotado de la forma lógica: "el principio P1 tiene mayor valor que el principio P2". Instituir una jerarquía axiológica supone por tanto, atribuir a uno de los dos principios en conflicto un "peso", una "importancia" ético-política mayor respecto al otro.

Por consiguiente, el principio que tiene "mayor valor" prevalece sobre el otro: este es aplicado, mientras el otro es acantonado. Si observamos: los criterios de solución de los conflictos "lex posterior" y "lex superior" no tienen ningún rol en esta representación. El principio que sucumbe, si bien acantonado, no aplicado, no es declarado nulo, abrogado o inválido. En otras palabras, este queda "en vida", en vigor, en el sistema jurídico para ser aplicado a las demás controversias.

Por la ponderación asumimos que: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro"[52]. A su vez, con la fórmula del peso, Robert Alexy refiere que a los principios se les puede atribuir un valor en la escala triádica: leve, medio, intenso. Ejemplo: en un caso de transfusión urgente de sangre, el peso del derecho a la vida es mayor que la convicción religiosa de no recibir una transfusión.

La ponderación, por tanto, no es una "conciliación". No consiste en "poner de acuerdo" los dos principios en conflicto, o en encontrar un punto de "equilibrio" entre ellos. No consiste en la aplicación o en el sacrificio parcial de dos principios. Uno de los dos principios es aplicado, el otro es ciertamente acantonado.

Los conflictos entre principios constitucionales –también a causa de la pluralidad de valores incorporados en todas las constituciones contemporáneas– son muy frecuentes. Un ejemplo clásico, común a muchas constituciones: el conflicto entre la libertad de expresión y

52 BERNAL PULIDO, Carlos. *Estructura y Límites de la Ponderación*. Edición Grafica Espagriafic, Alicante, 2003, p. 8.

algunos derechos de la personalidad (el derecho al honor, el derecho a la intimidad, etc.). Otro buen ejemplo es el conflicto entre el derecho de huelga en los servicios públicos y los derechos fundamentales de los usuarios de dichos servicios. En verdad, cualquier ley que imponga una obligación a los ciudadanos, con la finalidad de concretizar un u otro principio constitucional, se convierte en una limitación de algún derecho constitucional de los ciudadanos mismos, y, por tanto, entra en conflicto con algún otro principio constitucional.

Es por tanto evidente que la ponderación implica el ejercicio de un poder discrecional de parte del juez constitucional. Es una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión.

XI. ¿LA DENOMINADA AUTONOMÍA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL?

Aún se continúa sosteniendo la falta de autonomía del Derecho Procesal Constitucional. Algunos lo derivan del Derecho Procesal y otros del Derecho Constitucional, es decir, los enunciados de Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional Procesal.

El Derecho Procesal Constitucional, al decir de Fix-Zamudio, tiene por objeto el estudio del esquema de la defensa y control de la Constitución a partir de los sistemas que la doctrina del Derecho Comparado contiene, que fueran diseñados en la Constitución de 1979(D) y que permanecen notoriamente reformulados en la Constitución de 1993 de actual vigencia. Al desarrollarlos, efectuamos una somera revisión de cada uno de los instrumentos jurídico-procesales concebidos y destinados a la consecución de esta defensa y el control de la constitucionalidad.

Ahora bien, a partir de esto podemos referirnos a la definición que la doctrina le da al denominado Derecho Procesal Constitucional, al decir de González Peréz[53], quien señala lo siguiente:

> *"Si el derecho procesal se define, sintéticamente, como el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso; luego el Derecho Procesal Constitucional será el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional.*

53 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Derecho Procesal Constitucional*. Civitas, Madrid, 1980, p. 49.

> *(…)*
>
> *El Derecho procesal podrá ser definido como el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso; luego el Derecho Procesal Constitucional será el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional".*

Por su parte, García Belaúnde[54] postula que la disciplina es una rama del Derecho Procesal, que participa de su carácter como Derecho Público donde el proceso, como garantía, es uno solo y, por lo tanto, es como el tronco de un árbol del que salen varias ramas con singularidades propias.

Así también Almagro Nosete[55] señala:

> *"Por eso, el Derecho Procesal, recibe del Derecho Constitucional la positivización de los principios y reglas que inspiran o limitan el desarrollo legislativo en materia procesal. Pero, a su vez, el Derecho Constitucional, en cuanto a objeto de tutela jurisdiccional, recoge del Derecho Procesal las técnicas que permiten la primacía efectiva de la Constitución en supuestos de controversia. Al primer conjunto de normas le he denominado Derecho Constitucional Procesal. Al segundo, Derecho Procesal Constitucional. El "bloque" normativo integrante del Derecho Constitucional Procesal está formado, exclusivamente, por preceptos constitucionales y su fin es la fijación, con rango constitucional, de determinados principios y reglas reguladoras del Poder Judicial y de las garantías procesales básicas. En cambio, no todos, ni la mayoría de los preceptos que forman el Derecho Procesal Constitucional tienen rango constitucional, porque este conjunto normativo no es el rango de las normas sino la peculiaridad del objeto sobre el que versa el proceso".*

Una posición intermedia postula el maestro Fix-Zamudio[56] que señala que:

54 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "El Derecho Procesal Constitucional y su configuración jurídica". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional –Proceso y Constitución*, Nº 2, julio/diciembre 2004, Editorial Porrúa, México, p. 48.

55 ALMAGRO NOSETE, José. Breves notas sobre el Derecho Procesal Constitucional", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana,* Edersa, Madrid, 1979, p. 648.

56 FIX-ZAMUDIO, Héctor. "Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del Derecho Procesal Constitucional". *Derecho Procesal Constitucional*, Coordinador: Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 2.ª Edición, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1993, pp. 269 y ss.

"(…) imprecisión que se advierte en esta materia se debe a la estrecha vinculación entre el Derecho Constitucional por una parte, y el Procesal por la otra, y aun cuando los autores antes señalados niegan expresa e implícitamente que existan dos disciplinas, una del campo procesal y otra del constitucional, aun cuando se encuentren en una situación de confluencia, lo cierto es que la única forma de delimitar ambas materias, es la consideración de que puedan configurarse dos materias en estudio, una que podemos calificar como Derecho Procesal Constitucional en sentido estricto, y la otra Derecho Constitucional Procesal (…). El primero tiene como objeto esencial el análisis de las garantías constitucionales en sentido actual, es decir, los instrumentos predominantemente procesales que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder. De distinta manera el que se puede calificar como Derecho Constitucional Procesal, examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del Derecho Constitucional, debido a que las constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda posguerra, han elevado a la jerarquía de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, y si bien es verdad que con anterioridad, algunas de ellas ya figuraban en las cartas constitucionales clásicas, lo eran en forma aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia".

Concluyendo, nosotros sostenemos la autonomía del Derecho Procesal Constitucional. La mirada desde el Derecho Constitucional pone el acento en la organización judicial y en el derecho a la jurisdicción. Se ocupa, asimismo, de los poderes del Juez constitucional y de las garantías, lo que significa un retorno a la dimensión del proceso como garantía.

Desde el Derecho Constitucional pone el acento en la organización judicial y en el derecho a la jurisdicción. Se ocupa, asimismo, de los poderes del Juez constitucional y de las garantías, lo que nos vuelve a la dimensión del proceso como única garantía.

Si se dirige hacia el Derecho Procesal, y se ilumina la base teórica general (jurisdicción, acción y proceso), observamos distancias significativas que no permiten asumir al proceso constitucional como un tipo especial de proceso. Asimismo, si tenemos en cuenta el Debido Proceso Legal, esta institución cuadra en el contenido del Derecho Procesal Constitucional y así, podemos ratificar la autonomía que se preconiza.

La teoría general del proceso acepta contener tres preocupaciones esenciales: la jurisdicción, que significa atender el rol del Juez en el proceso, las garantías procesales de la Administración de Justicia, la organización jurídica de un Estado, y los deberes que supone el ejercicio de la función jurisdiccional. La acción es el derecho de acceso a la Justicia, los presupuestos procesales. Finalmente el proceso, o el conjunto de reglas para recorrer el laberinto de las formas procesales, principios, etc.

Así es de destacar lo que señala Ferrer[57]:

> "En nuestros días se cuestiona por importantes juristas, como Gustavo Zagrebelsky o Peter Häberle, la aceptación del Derecho Procesal Constitucional como disciplina jurídica autónoma al estimar que en realidad representa un sector del Derecho Constitucional. Sin embargo, aunque comparte de los principios y estructuras de dos ramas tradicionales y ampliamente consolidadas, como son el Derecho Procesal y el Derecho Constitucional, existen en la actualidad parámetros para pensar en la autonomía científica del Derecho Procesal Constitucional (tan bajo cuatro ópticas distintas, a saber: la legislación, la magistratura especializada, la doctrina y el sentido común)"

XII. FINALIDAD DE LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

El Art. I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala: "Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.(…)". Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. (Art. II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

La finalidad esencial de los procesos constitucionales es una misma: favorecer la efectiva vigencia de la constitución, la cual se manifiesta asegurando la plena vigencia de las normas fundamentales.

57 FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. "El derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma". *El Derecho Procesal Constitucional Peruano: Estudios en Homenaje a Domingo García Belaúnde*, Coordinador: José Palomino Manchego, Editora Jurídica Grijley, Tomo I, 2005, p. 66.

Ahora bien, cabe mencionar que se han recogido mecanismos que permitan asegurar lo más posible la vigencia de la Constitución, como norma jurídica fundamental. Bien dice el Tribunal Constitucional, cuando afirma que "es a través de los procesos constitucionales que se garantiza jurisdiccionalmente la fuerza normativa de la Constitución". Por tal, es a través del correspondiente proceso constitucional de la libertad (amparo, hábeas corpus y hábeas data) que se determinará la ineficacia jurídica del acto por contravenir una norma iusfundamental.

Asimismo, en un Estado Social y Democrático de Derecho, estos procesos constitucionales buscan tutelar no solamente un ámbito subjetivo o individual de los ciudadanos, sino también la tutela objetiva de la Constitución. En efecto, la protección de los derechos fundamentales no solamente compete al titular del derecho conculcado, sino también importa para la institucionalidad del Estado y toda la sociedad, pues su vulneración supone una transgresión al ordenamiento jurídico constitucional en conjunto.

El Tribunal Constitucional ha establecido una doble naturaleza de los derechos fundamentales, por tal: "bien puede decirse que, detrás de la constitucionalización de procesos como el de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento, nuestra Constitución ha reconocido la íntima correspondencia entre la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los derechos fundamentales y la doble naturaleza (subjetiva-objetiva) de los procesos constitucionales, siendo que las dos vocaciones del proceso constitucional son interdependientes y se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte la violación del otro".

De este modo, los procesos constitucionales no solo tienen como finalidad la resolución a concreta de petitorios constitucionales de las partes, sino también la tutela del orden jurídico constitucional cuya interpretación definitiva corresponde al Tribunal Constitucional.

XIII. LOS PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Constitución, en un modelo postconstitucionalista, ha dejado de concebirse tan solo como un marco retórico, como una mera declaración de principios y postulados, y ha pasado a formularse como una realidad

normativa y efectivamente vinculante para sus destinatarios: el poder político y los particulares[58].

Así, la norma constitucional se posiciona en la cúspide del ordenamiento jurídico del Estado y pasa así a ser norma suprema, conforme a la teoría kelseniana, de la cual se deriva también la formulación e implementación del Tribunal Constitucional como máximo órgano del control constitucional concentrado.

Los contenidos de la Constitución, sobre todo los referidos a los derechos fundamentales, se expanden a todo el Ordenamiento Jurídico conforme a la aplicación de los principios pro-hómine, pro-libertatis, in favor processum y de progresividad. Por ello, la Constitución debe ser concretada y determinada en sus mandatos abiertos y generales a fin de permitir su eficacia en casos concretos.

Las determinaciones o concretizaciones de las normas constitucionales deben ser el resultado de un previo proceso argumentativo, de una adecuada fundamentación interpretativa que debe exhibir el Tribunal Constitucional como su principal actividad. Al ser la Constitución un orden abierto a los valores, es necesario definir y ordenar la interpretación constitucional que debe prevalecer.

La defensa de los derechos fundamentales, así como del orden jurídico constitucional corresponde en última instancia al Tribunal Constitucional, requiere de mecanismos procesales efectivos para que este actúe oportunamente en los procesos constitucionales. Así la autonomía procesal de la que se ha venido dotando a este Colegiado Constitucional a través de su propia jurisprudencia, refleja la necesidad de consolidar una serie de instrumentos y mecanismos procesales que permitan una mayor protección de los derechos a través de los procesos constitucionales, los cuales guardan relación, facultad y sustento constitucional directo, a lo dispuesto en el Art. VII del Código Procesal Constitucional, a efectos de dar paso al nacimiento del precedente vinculante.

Dicha facultad y eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional no se encuentra prevista en la Carta Política, lo cierto es que la misma sí

58 CASTILLO CORDOVA, Luis. *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*. Palestra Eds., Lima, 2008. Ver también; CASTILLOS CORDOVA, Luis y CASTILLO ALVA, José Luis. *El precedente judicial y el precedente Constitucional*. ARA EDS., Lima, 2008.

se encuentra enmarcada o facultada como tal para su uso, en una norma en una Ley de Orgánica como es el Código Procesal Constitucional.

El Tribunal Constitucional cuenta, sin duda alguna, con una posición preferente respecto de la interpretación constitucional. Esto genera la necesaria vinculación de todos los poderes públicos y de los particulares en el sistema jurídico general a la jurisprudencia preferente del Tribunal Constitucional que deviene así en precedente vinculante.

Castillo Córdova[59], conforme el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señala que el precedente en los procesos constitucionales significa que ante una sentencia con fundamentos o argumentos jurídicos y con un fallo en un sentido determinado, obliga a resolver los futuros casos semejantes según los términos de esa primera sentencia. El precedente que pueda configurar las sentencias del Tribunal Constitucional vincula tanto a los jueces y magistrados del Poder Judicial, como así mismo en los casos semejantes que en el futuro tengan que resolver, salvo se trate de un apartamiento de su línea jurisprudencial.

El Tribunal Constitucional resuelve conflictos constitucionales orgánicos y de la libertad. Por otro lado, es un Tribunal de los Precedentes, que establece a través de su jurisprudencia la política jurisdiccional para la aplicación del derecho por parte de la Justicia Ordinaria y para sí mismo en casos futuros; de modo que se convierte en un Tribunal de la Predictibilidad, al tiempo de imponer una determinada interpretación constitucional.

Sin embargo, no cualquier resolución del Tribunal Constitucional adquiere la calidad de precedente vinculante, ya que para que una sentencia del Tribunal Constitucional pueda ser considerada como tal, cuando menos debe de cumplirse los siguientes dos requisitos:

- En primer lugar, debe tratarse de una decisión del Tribunal Constitucional que tenga pronunciamiento sobre el fondo, es decir, que la demanda constitucional no haya sido declarada improcedente por una simple cuestión formal o de admisibilidad; y,
- En segundo lugar, así deberá expresarlo la sentencia misma; ella deberá expresar que se está creando un precedente de obligatorio cumplimiento.

59 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Op. cit., p. 92.

Creado el precedente, este no tiene por qué durar para siempre. De hecho, el Tribunal Constitucional podrá desvincularse de él, pero para que ello ocurra la ley exige que se razone el cambio, expresando los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones que justifican el cambio. Obviamente, el precedente que esté vigente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vincula a las correspondientes instancias inferiores judiciales de modo que estas no podrán apartarse de él. El cambio de criterio jurisprudencial como precedente solo puede efectuarlo el Tribunal Constitucional y a partir de aquí –y en plena aplicación del precedente vigente– los magistrados del Poder Judicial deberán cambiar el criterio jurisprudencial que venían aplicando.

En efecto, el Art. VII del Código Procesal Constitucional regula la figura del precedente vinculante. En él, básicamente, se hacen dos previsiones: por un lado, se establece que el Tribunal Constitucional puede fijar en sus sentencias precedentes vinculantes; por otro, se prevé que para apartarse de uno de estos precedentes dicho Tribunal debe expresar las razones que le lleven a ello. Se entiende que los efectos del precedente vinculante son similares a una ley, lo que resulta una afirmación imprecisa que confunde la vinculación general con efectos *erga omnes.* La doctrina ha vinculado esta figura con la tradición inglesa de *stare decisis*, que da vocación normativa a las decisiones judiciales, y con la problemática de la *ratio decidendi,* o sea, de la parte de las sentencias que presenta carácter vinculante por ser los elementos de razonamiento que sustentan el fallo. La previsión del Código se valora positivamente al entender que se evita la inseguridad a la hora de identificar la *ratio decidendi.* Así, el Tribunal Constitucional determina qué es lo que vincula a los órganos inferiores.

Sin embargo, resulta poco claro. En primer lugar, el principio del *stare decisis se* aplica en un contexto jurídico muy diferente, por lo que buscar un sucedáneo en el precedente vinculante –ratio decidendi. Se ha dicho que gracias a aquel el Tribunal Constitucional es el que fija "qué fundamento, principio, aforismo o tan solo criterio contenido o emanado de la sentencia, tiene la calidad de *ratio decidendi*". Ello, no debe interpretarse como una identificación entre lo que es *ratio decidendi* y precedente vinculante porque puede haber elementos del razonamiento que sean ratio decidendi y que no sean declarados por el Tribunal Constitucional precedentes vinculantes. El concepto de uno y otro es distinto aunque sus consecuencias se aproximen: un argumento con la calidad de *ratio decidendi* es aquel que sustenta la argumentación que lleva a determinada

decisión final en la sentencia; en cambio, el precedente es una parte de la sentencia que el citado Tribunal declara como tal. En este sentido, la *ratio decidendi* es una cuestión de fondo y el precedente vinculante de forma. La aproximación viene por las consecuencias: el precedente vinculante se impone por la exigencia del Art. VII del Código Procesal Constitucional, mientras que el argumento que es *ratio decidendi* se impone por convención doctrinal y jurisprudencial.

Lo que no presenta tantos problemas interpretativos es la parte final del Art. VII del Código, que obliga al Tribunal Constitucional a dar las razones que le lleven a apartarse de un precedente. La seguridad jurídica y el principio de igualdad exigen semejante solución.

También se ha dicho que esta figura está pensada especialmente para "los procesos que defienden derechos fundamentales o están vinculados a ellos (hábeas corpus, amparo, hábeas data, cumplimiento) y no en los destinados al control de la constitucional abstracto (como es la inconstitucionalidad o la acción popular)". Se entiende que la inconstitucionalidad de la ley o reglamento en estos últimos, de ser estimatorios, la elimina del mundo jurídico, y en consecuencia, no puede ser utilizado como un precedente. En realidad, la previsión legal no permite interpretar tal extremo. En el fondo, también se reconoce lo mismo: Pero en estos casos (de inconstitucionalidad de una ley), se pueden extraer principios de la *ratio decidendi* aplicables a casos futuros. Sin duda, las argumentaciones realizadas en un proceso abstracto de inconstitucionalidad perfectamente pueden servir para dar contendido a un precedente vinculante.

Ahora bien, el precedente vinculante en el Perú "vincula" en virtud de la previsión legal del mismo. No obstante, no se precisa ante qué tipo de vinculación nos hallamos. Parece que en alguna ocasión se conecta con la idea propia de la vinculación de las sentencias constitucionales y, en otras, incluso con el efecto *erga omnes,* que es una cuestión diferente[60].

XIV. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La estructura de una sentencia del Tribunal Constitucional se encuentra constituida por los siguientes elementos: a) razón declarativa-teológica,

60 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. "El precedente vinculante en la justicia constitucional peruana. A propósito de la Sentencia del Exp. N° 3362-2004-AA/TC". *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. Ed. Grijley, 2010, p. 172-174.

b) la razón suficiente *(ratio decidendi),* c) la razón subsidiaria o accidental *(obiter dicta),* d) la invocación preceptiva y e) la decisión o fallo constitucional *(decissum).*

La razón declarativa-axiológica es aquella parte de la sentencia constitucional que ofrece reflexiones de los valores y principios políticos contenidos en las normas declarativas y teleológicas de la Constitución. Es el conjunto de juicios de valor relacionados a la comprensión, interpretación y aplicación de las normas técnicas y prescriptivas de la Constitución, que permiten justificar una determinada opción escogida por el Tribunal Constitucional. Ello a efectos de consolidar la ideología, la doctrina y hasta el programa político establecido en la Constitución.

La razón suficiente expone una formulación general del principio o regla jurídica que se constituye en la base de la decisión final que adopta el Tribunal Constitucional. Así, esta se constituye en aquella consideración determinante que el Tribunal Constitucional ofrece para decidir estimar o no una causa de naturaleza constitucional; por tal, es la regla o principio que el Colegiado establece y precisa como indispensable y, por ende, como justificante para resolver la *litis.* En consecuencia, es aquella consideración determinante e indispensable, justificante de la decisión. Puede encontrarse explícitamente establecida en la sentencia o no, en este segundo caso puede ser inferida analizando la decisión final, las situaciones fácticas y el contenido de las consideraciones argumentativas.

La razón subsidiaria o accidental *(obiter dicta)* se encuentra referida a todas aquellas reflexiones, acotaciones o apostillas jurídicas que, no siendo indispensables, justifican pedagógicamente u orientan el fallo. En ese sentido, pueden o no estar establecidas en la estructura interna de una sentencia, sin que su ausencia pueda afectar el contenida del fallo final.

La invocación preceptiva es aquella parte de la sentencia en donde se estipulan todas las normas del bloque de constitucionalidad utilizadas e interpretadas, para la estimación o desestimación de la controversia.

Finalmente, la decisión o fallo constitucional *(decissum)* contiene el acto de decidir y el contenido de la decisión, es decir, el pronunciamiento expreso y concreto de lo que se manda decidir, la misma que cuenta con la característica de ser vinculatoria. Asimismo, puede contener una exhortación vinculante o persuasiva, ya que en esta parte se precisa las consecuencias jurídicas establecidas para el caso objeto de examen constitucional.

XV. PLENOS CASATORIOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

La jurisprudencia vinculante que se establece por la Corte Suprema de Justicia de la República tiene fuerza vinculante para los jueces de todas las instancias de la República, siendo su obligatoria observancia para los casos similares, esto es, en los procesos de naturaleza homóloga, hasta que no sea modificada por otro pleno casatorio.

El Art. 41º de la Constitución dispone, entre otras competencias, que corresponde a la Corte Suprema fallar en casación, así pues, los órganos jurisdiccionales son: la Corte Suprema de Justicia y las demás cortes y juzgados que determine su ley orgánica (Art. 143, segundo párrafo de la Constitución).

A su vez, la Ley Orgánica del Poder Judicial previene en su Art. 80 inc. 8º que son atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República las señaladas por la Constitución, la ley y el reglamento. Precisamente la ley ordinaria, como es el caso del Código Procesal Civil, reconoce y regula en el Art. 400° la doctrina jurisprudencial, la misma que tiene la calidad de jurisprudencia vinculante y que se genera en el Pleno Casatorio. El mismo Código establece en su Décima Disposición Complementaria y Final que sus normas procesales se aplican preferentemente respecto de las reguladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La competencia del Pleno Casatorio para expedir sentencia casatoria, con carácter vinculante, está predeterminada por la ley. Además, persigue varias finalidades de relevancia constitucional como la aplicación e interpretación correcta del derecho objetivo, la uniformidad de la jurisprudencia, hacer efectivo el derecho de igualdad en los justiciables, optimizar el principio de seguridad y certeza, así como hacer predecible la impartición de justicia en nuestro país.

PRIMER PLENO CASATORIO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Casación N° 1465-2007-Cajamarca - Indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad extracontractual

El objetivo de este primer Pleno Casatorio fue establecer jurisprudencia obligatoria sobre una materia de carácter procesal, esto es generar jurisprudencia sobre los efectos que un contrato de transacción extrajudicial tiene dentro de un proceso donde se discuten los mismos hechos

que fueron materia de la transacción. Esta materia procesal llegó al pleno precedida de una evidente controversia: para la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema la transacción extrajudicial tiene plenos efectos, de manera que el proceso instaurado por los mismos hechos debe perecer. En cambio, el criterio de la Sala Civil Transitoria es exactamente el inverso. Así, se estableció como decissum de la Sala Suprema lo siguiente

> *"1. Como se previene en el Art. 443, resulta procedente la excepción de conclusión del proceso por transacción si concurren los dos siguientes requisitos: a) cuando se inicia un proceso idéntico a otro anterior; y b) que el primer proceso idéntico haya concluido por transacción judicial homologada por el juez que conoce del proceso. En consecuencia, la procedencia de la excepción indicada importa necesariamente la existencia de dos procesos idénticos, de tal modo que la transacción extrajudicial alegada por la parte emplazada, al no haber sido celebrada dentro de un proceso, no puede configurar un supuesto de proceso idéntico y, en tal virtud, no puede sustentar válidamente la excepción de conclusión del proceso.*
>
> *2. Si el demandado opone la transacción extrajudicial, debe hacerlo en el escrito de contestación de la demanda y en calidad de defensa de fondo, alegando la extinción de la obligación demandada por efecto de aquélla, para que el juez se pronuncie sobre esta defensa material en la sentencia.*
>
> *3. Desde que en las defensas de fondo se discute el derecho sustancial, es en la sentencia donde podrá definirse si la transacción extrajudicial extinguió, total o parcialmente, la obligación que se reclama en la demanda.*
>
> *4. Para el patrocinio de intereses difusos, en un proceso civil, únicamente tienen legitimidad para obrar, activa y extraordinaria, las instituciones y comunidades a que se refiere el Art. 82, por cuanto es una colectividad la titular de los intereses o derechos transpersonales y no una persona individualmente considerada.*
>
> *5. Si bien, cuando se declara fundado el recurso de casación por una causal procesal (error in procedendo) se debe reenviar la causa a la instancia pertinente para que el Juzgador subsane el vicio procesal encontrado y emita nueva decisión, a tenor de lo dispuesto en el Art. 396; sin embargo, se advierte un vacío normativo para el supuesto de que en sede casatoria se ampare o desampare una de las excepciones previstas en el Art. 446 del mismo cuerpo legal o una defensa previa; ante tal vacío, debe integrarse la norma procesal aplicando los principios de dirección, economía y celeridad*

procesal y procederse a emitir pronunciamiento en sede de instancia sobre la procedibilidad y fundabilidad de las excepciones y defensas previas".

SEGUNDO PLENO CASATORIO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Casación N° 2229-2008-LAMBAYEQUE - Prescripción adquisitiva de dominio

El 22 de agosto de 2009, fue publicada, en el boletín respectivo del diario oficial El Peruano, la sentencia de casación correspondiente al 2.° Pleno Casatorio —al parecer el último en esta modalidad—, expedida por unanimidad por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República. Se trata de la Sentencia de Casación N° 2229-2008-Lambayeque; en ella se fija como doctrina jurisprudencial vinculante, dictada conforme lo prevé el Art. 400 del Código Procesal Civil —vigente en ese momento—, una correcta interpretación del Art. 950 del Código Civil.

La Corte Suprema de la República, en aquel entonces, solo emitió durante los 15 años de vigencia del Código Procesal Civil dos plenos casatorios, resultando así evidente la escasa presencia de doctrina jurisprudencial vinculante, unificadora de la jurisprudencia civil en nuestro medio en aquella época.

En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia de la República, declara, por unanimidad, infundado el recurso de casación y establece como doctrina jurisprudencial vinculante lo siguiente:

"La correcta interpretación del Art. 950 del Código Civil debe hacerse en el sentido de que nada obsta para que dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir, puesto que de ser amparada su pretensión devendrían en copropietarios, figura jurídica que está prevista en nuestra legislación".

TERCER PLENO CASATORIO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Casación N° 46642010 PUNO - Divorcio por la causal de separación de hecho - indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado

El Tercer Pleno Casatorio Civil, llevado a cabo el 15 de diciembre de 2010, abordó diversos aspectos en materia familiar, esencialmente aquellos relacionados con la procedencia y determinación de las indemnizaciones en los procesos de separaciones de hecho, específicamente en lo relacionado a la reparación por daño moral.

El Tercer Pleno Casatorio de las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia, se da con motivo de la sentencia dictada en la Casación N° 46642010 Puno, en los seguidos por René Huaquipaco Hanco contra Catalina Ortiz Velasco sobre divorcio por la causal de separación de hecho. Al respecto, cabe referir que hasta antes de dictarse el citado precedente, el Supremo Tribunal recibía, en forma continua y reiterada, expedientes de los órganos jurisdiccionales inferiores en los que se venía resolviendo el tema indemnizatorio previsto en el segundo párrafo del Art. 345-A del Código Civil, con criterios disímiles y hasta contradictorios, evidenciándose que no existía criterio uniforme respecto de la naturaleza de la indemnización, las pautas para su probanza, la necesidad o no de que esta sea solicitada expresamente por la parte afectada o determinada de oficio por el juzgador, entre otros aspectos relacionados con el tema de divorcio en general.

En el caso concreto, el tema materia de casación trataba esencialmente sobre la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado, por lo que resultaba necesario establecer pautas para una interpretación vinculante, además de un criterio uniformizador para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales de la República sobre el mismo tema.

Asimismo, declara que constituye precedente judicial vinculante las siguientes reglas:

"En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y, en consecuencia, se debe flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de

los conflictos que debe solucionar, derivados de las relaciones familiares y personales, ofreciendo protección a la parte perjudicada, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 43 de la Constitución Política del Estado que reconoce, respectivamente, la protección especial a: el niño, la madre, el anciano, la familia y el matrimonio, así como la fórmula política del Estado democrático y social de Derecho.

En los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

Respecto a la indemnización por daños o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal:

A pedido de parte, podrá formularse tal pretensión en los actos postulatorios, ya sea en la demanda como pretensión accesoria o en la reconvención, según sea el caso, salvo renuncia expresa del interesado. El pedido también es procedente después de los actos postulatorios.

De oficio, el Juez de primera instancia se pronunciará sobre estos puntos, siempre que la parte interesada haya alegado o expresado de alguna forma hechos concretos referidos a los perjuicios resultantes de la separación de hecho o del divorcio en sí. Aquellos hechos pueden ser alegados o expresados incluso después de los actos postulatorios. En estas hipótesis, el Juez concederá a la otra parte la oportunidad razonable de pronunciarse sobre aquellos hechos y de ofrecer la prueba pertinente. Si ya se llevó a cabo la audiencia de pruebas, los medios probatorios que se ofrezcan serán de actuación inmediata.

En el estado correspondiente del proceso, y de ser el caso, el Juez debe fijar como parte de los puntos controvertidos los extremos ya mencionados.

En todo caso el Juez se pronunciará sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes según se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva, o sobre la

inexistencia de aquella condición, si no existiera elementos de convicción necesarios para ello.

En el trámite señalado, se garantizará el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso, particularmente el derecho de defensa de las partes, el principio de contradicción y el derecho a la instancia plural.

Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) el grado de afectación emocional o psicológica; b) la tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancia relevantes.

El Juez Superior integrará la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 370 del Código Procesal Civil.

La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar."

CUARTO PLENO CASATORIO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Casación N° 2195-2011 UCAYALI - Desalojo por Ocupante Precario

En un proceso de desalojo por ocupación precaria, pese a que el demandado alegue que ha adquirido el bien por prescripción, el juez deberá resolver el fondo del asunto y declarar el mejor derecho a poseer, tomando en cuenta los medios probatorios aportados; sin perjuicio que el demandado vencido pueda posteriormente en un proceso sobre prescripción adquisitiva solicitar la inejecución de la sentencia de desalojo o la restitución del bien.

Este criterio elimina la posibilidad de que los jueces declaren improcedente el desalojo cuando el demando alegaba haber adquirido por prescripción adquisitiva de dominio el bien al haberlo poseído por más de diez años; de tal manera se habilita al juez para que a través de las pruebas aportadas pueda determinar a quién le corresponde el mejor derecho a poseer.

Así lo dispuso el Cuarto Pleno Casatorio Civil publicado por la Corte Suprema de Justicia el 14 de agosto de 2013, en separata especial de El Diario Oficial El Peruano. Constituyéndose así como precedente judicial vinculante las siguientes reglas:

"1. Una persona tendrá la condición de precaria cuando ocupe un inmueble ajeno, sin pago de renta y sin título para ello, o cuando dicho título no genere ningún efecto de protección para quien lo ostente, frente al reclamante, por haberse extinguido el mismo.

2. Cuando se hace alusión a la carencia de título o al fenecimiento del mismo, no se está refiriendo al documento que haga alusión exclusiva al título de propiedad, sino a cualquier acto jurídico que le autorice a la parte demandada a ejercer la posesión del bien, puesto que el derecho en disputa no será la propiedad sino el derecho a poseer.

3. Interpretar el artículo 585º del Código Procesal Civil, en el sentido que por "restitución" del bien se debe entender como entrega de la posesión que protege el artículo 911º del Código Civil, para garantizar al sujeto a quien corresponde dicho derecho a ejercer el pleno disfrute del mismo, independientemente si es que es propietario o no.

4. Establecer, conforme al artículo 586º del Código Procesal Civil, que el sujeto que goza de legitimación para obrar activa no solo puede ser el propietario, sino también, el administrador y todo aquel que se considere tener derecho a la restitución de un predio. Por otra parte, en lo que atañe a la legitimación para obrar pasiva se debe comprender dentro de esa situación a todo aquel que ocupa el bien sin acreditar su derecho a permanecer en el disfrute de la posesión, porque nunca lo tuvo o el que tenia feneció.

5. Se consideran como supuestos de posesión precaria a los siguientes:

5.1. Los casos de resolución extrajudicial de un contrato, conforme a lo dispuesto por los artículos 1429º y 1430º del Código Civil. En estos casos se da el supuesto de posesión precaria por haber fenecido el título que habilitaba al demandado para seguir poseyendo el inmueble. Para ello, bastará que el Juez, que conoce el proceso de desalojo, verifique el cumplimiento de la formalidad de resolución prevista por la ley o el contrato, sin decidir la validez de las condiciones por las que se dio esa resolución. Excepcionalmente, si el Juez advierte que los hechos revisten mayor complejidad, podrá resolver declarando la infundabilidad de la demanda, mas no así la improcedencia.

5.2. Será caso de título de posesión fenecido, cuando se presente el supuesto previsto por el artículo 1704º del Código Civil, puesto que con el requerimiento de la devolución del inmueble se pone de manifiesto la voluntad del arrendador de poner fin al contrato. No constituirá un caso de título fenecido el supuesto contemplado por el artículo 1700º del Código Civil, dado que el solo vencimiento del contrato de arrendamiento no resuelve el contrato sino que, por imperio de la ley, se asume la continuación del mismo hasta que el arrendador le requiera la devolución del bien. Dada esta condición, recién se puede asumir que le poseedor ha pasado a constituirse en poseedor precario por fenecimiento de su título.

5.3. Si el trámite de un proceso de desalojo, el Juez advierte la invalidez absoluta y evidente del título posesorio, conforme lo prevé el artículo 220º del Código Civil, solo analizará dicha situación en la parte considerativa de la sentencia –sobre la nulidad manifiesta del negocio jurídico-, y declarará fundada o infundada la demanda únicamente sobre el desalojo, dependiendo de cuál de los títulos presentados por las partes es el que adolece de nulidad manifiesta.

INDICE

5.4. La enajenación de un bien arrendado, cuyo contrato no estuviera inscrito en los registros públicos, convierte en precario al arrendatario, respecto del nuevo dueño, salvo que el adquiriente se hubiere comprometido a respetarlo, conforme a lo dispuesto por el artículo 1708º del Código Civil.

5.5. Cuando el demandado afirme haber realizado edificaciones o modificaciones sobre el predio materia de desalojo –sea de buena o mal fe-, no justifica que se declare la improcedencia de la demanda, bajo el sustento de que previamente deben ser discutidos dichos derechos en otro proceso. Por el contrario, lo único que debe verificarse es si el demandante tiene derecho o no a discutir de la posesión que invoca, dejándose a salvo el derecho del demandado a reclamar en otro proceso lo que considere pertinente.

5.6. La mera alegación del demandado, en el sentido de haber adquirido el bien por usurpación, no basta para desestimar la pretensión de desalojo ni declarar la improcedencia de la demanda, correspondiendo al Juez del desalojo valorar las pruebas en las cuales sustenta el demandado su derecho invocado, sin que ello implique que está facultado para decidir sobre la usurpación. Siendo así, se limitará a establecer si ha surgido en él la convicción de declarar el derecho de poseer a favor del demandante. De declararse fundada la demanda de desalojo por precario, en nada afecta lo que se vaya a decidir en otro proceso donde se tramite la pretensión de usucapión, puesto que el usucapiente tendrá expedito su derecho para solicitar la inejecución del mandato de desalojo o en todo caso para solicitar la devolución del inmueble.

6. En todos los casos descritos, el Juez del proceso no podrá expedir una sentencia inhibitoria, sino que deberá de pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida, en el que corresponda, conforme a los hechos y la valoración de las pruebas aportadas.

7. En lo que concierne a lo dispuesto por el artículo 601º del Código Procesal Civil, cuando ya ha prescrito el plazo para interponer la pretensión interdictal, el accionante no podrá optar por recurrir al desalojo para lograr la recuperación de su bien".

QUINTO PLENO CASATORIO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Casación Nº. 3189-2012 – Lima Norte – NULIDAD DE ACTO JURIDICO – 8 de agosto 2014

Las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, presididas por el Dr. Francisco Artemio Távara Córdova y el Dr. Víctor Ticona Postigo, respectivamente, han convocado al V Pleno Casatorio Civil, con el objeto de uniformizar criterios jurisprudenciales vinculantes, de conformidad con el Art. 400° del Código Procesal Civil (CPC).

Este Pleno Casatorio Civil correspondiente a la Casación Nº. 3189-2012 – Lima Norte, de la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, versa sobre una Nulidad de Acto Jurídico, siendo el señor Rodrigo Sánchez De la Cruz, el demandante, y los demandados la Asociación de Vivienda Chillón y Homero Castillo Alva, asimismo participaron en calidad de Amicus Curiae destacados profesores universitarios especialistas, como el doctor Juan Morales Godo, Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, doctor Juan Espinoza Espinoza, doctor Eric Palacios Martínez y el doctor Jairo Cieza Mora, profesores de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima, respectivamente.

Esta importante actividad se realizó en el marco de la política institucional del Poder Judicial de promover la función integradora y predecible de la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de los Plenos Jurisdiccionales y lograr la predictibilidad de las resoluciones judiciales y mejorar la calidad del servicio de impartición de justicia, mediante la unificación de criterios jurisprudenciales; se establece así como como doctrina jurisprudencial vinculante, en relación a la institución civil de la impugnación de acuerdos y la interpretación del Art. 92º del Código Civil lo siguiente:

"La impugnación de todo acuerdo emitido por una Asociación Civil, persona jurídica no lucrativa, se fundamenta de manera obligatoria e insoslayable en base a lo dispuesto por el Art. 92 del Código Civil, conforme a los métodos sistemáticos y teleológicos que permiten observar adecuadamente el principio de especialidad de la norma.

El procedimiento predeterminado por ley para la tramitación de la pretensión de impugnación de acuerdos de Asociación Civil, regulado por

INDICE

el Art. 92 del Código Civil de 1984 es en la vía abreviada y de competencia de un Juez Civil.

Se encuentran legitimados para impugnar el acuerdo asociativo, tal como señala el Art. 92 del Código Civil, el Asociado que asistió a la toma de acuerdo si dejó constancia de su oposición en el acta respectiva, los Asociados no concurrentes, los Asociados que fueron privados ilegítimamente de emitir su voto, así como el Asociado expulsado por el acuerdo impugnado.

Los legitimados antes precisados no pueden interponer indistintamente pretensiones que cuestionen los acuerdos asociativos, sustentados en el Libro II del Código Civil y otras normas, fuera del plazo previsto en el Art. 92 del citado cuerpo normativo; solo y únicamente pueden impugnar los acuerdos de la Asociación Civil en base al citado Art. 92 que regula la pretensión de impugnación de acuerdos de asociación.

Toda pretensión impugnatoria de acuerdos de Asociación Civil deben realizarse dentro de los plazos de caducidad regulados en el Art. 92 del Código Civil, esto es:

Hasta 60 días a partir de la fecha de acuerdo.

Hasta 30 días a partir de la fecha de inscripción del acuerdo.

El juez que califica una demanda de impugnación de acuerdos asociativos, fundamentados en el Libro II del Código Civil u otro norma que pretenda cuestionar la validez del acuerdo, puede adecuar ésta, de conformidad con el Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil , siempre u cuando, conforme al petitorio y fundamentos de hecho, se cumplan los requisitos previstos en el Art. 92 del Código Civil; sin embargo si los plazos previstos en la norma acotada se encuentran vencidos ello no podrá realizarse de ninguna manera, dado que se ha incurrido en manifiesta falta de interés para obrar de la parte demandante, conforme a lo previsto en el numeral 02 del Art. 427 del Código Procesal Civil, al interponerse la demanda fuera del plazo establecido en la normativa vigente, lo cual es insubsanable, correspondiendo la declaración de improcedencia de la demanda incoada".

EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO

*Jorge Luis Cáceres Arce**

El Control de Constitucionalidad es una herramienta que garantiza que las distintas clases de leyes, que se emiten no trasgredan al texto, a sus principios y valores en que se sustenta toda Carta Suprema.

En nuestro país, contamos con un órgano de control, que en los últimos trece años (noviembre de 2000 a la fecha – 2014, gobiernos democráticos de: Valentín Paniagua, Alejandro Toledo, Alan García y del actual mandatario Ollanta Humana) han marcado sustancialmente diferencias de orden institucional con las diferentes etapas vinculadas a la evolución y posicionamiento del Tribunal Peruano.

No podemos dejar de reconocer que el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales, contó con la participación de calificados juristas y académicos que abrieron el sendero de la justicia constitucional formal como fueron, su primer presidente, el Dr. Alberto Eguren Bresani, los académicos Alfredo Corzo Masías, Manuel Aguirre Roca, Héctor Centurion Vallejo,

* Abogado, Magister y Doctor en Derecho. Profesor principal UCSM. Profesor de postgrado de la UNSA. Exdecano del Colegio de Abogados de Arequipa. Presidente de la Comisión Organizadora del V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCSM. Consejero de la Academia de la Magistratura y Vicepresidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

INDICE

Marío Pelaéz Bazán, Nicanor Silva Salgado, el excanciller Jorge Vásquez Salas, los Exdecanos del Colegio de Abogados de Arequipa Héctor Díaz Valdivia y René Núñez del Prado, los letrados trujillanos Florencio Mixan Mass y Jorge León Seminario, entre otros.

Debemos de reconocer que la etapa de improductividad doctrinaria y jurídica y de un alto nivel de control gubernamental al Tribunal, ocurrió entre el mes de mayo de 1997 y noviembre de 2000, en que este órgano supuestamente autónomo y distante al Poder Político de Turno, estuvo controlado desde el Sistema de Inteligencia Nacional (SIN) por el asesor presidencial, el habitante Vladimiro Montesinos Torres, hoy encarcelado por ser autor y coautor de delitos contra el Estado.

El Congreso de la República, destituyó a tres de sus magistrados, los juristas, y luego Presidentes del Tribunal, Manuel Aguirre Roca y Guillermo Rey Terry, y a la doctora Delia Revoredo, luego Decana del Colegio de Abogados de Lima.

La representación nacional los apartó del cargo, por no compartir los argumentos nada constitucionales, vinculados a la Ley 26657, norma interpretativa del artículo 112 de la carta, referida a la segunda reelección presidencial del Ingeniero Alberto Fujimori (abril de 2000).

La acusación en contra de los anotados magistrados, fue formulada por el entonces congresista arequipeño Enrique Chirinos Soto y el 28 de mayo de 1997, el Parlamento los destituyó, frente al célebre recurso de aclaración que interpuso el Colegio de Abogados de Lima, mediante su Decano el Dr. Vladimir Paz de la Barra, fundamentando que los magistrados destituidos se pronunciaron en vía de aclaración, sin contar con la autorización del pleno. Este falaz sustento, fue desvirtuado por la defensa de los juristas, a cargo del reconocido constitucionalista Javier Valle-Riestra Gonzáles Olaechea.

El Tribunal, funcionó desde junio de 1997 a noviembre de 2000, con cuatro magistrados, los abogados Francisco Acosta Sánchez (luego Presidente); Ricargo Nugent López (Expresidente de la Corte Suprema y del Jurado Nacional de Elecciones y luego del Tribunal Constitucional); el arequipeño Luis Guillermo Díaz Valverde (Exdecano del Colegio de Abogados de Arequipa y de la Facultad de Derecho de la UNSA y luego Vicepresidente del Tribunal); y el abogado José García Marcelo, sin pasado trascendente y amigo cercano del asesor Montesinos Torres (luego Vicepresidente).

El pleno, estuvo mutilado y desnaturalizado en el ejercicio de sus funciones rectoras, como es el control de la Constitucionalidad de las Leyes. Producto de la arbitraria, ilegal e irrazonable decisión de acusar por infracción constitucional a los tres centinelas de la no reelección presidencial, quienes votaron por inaplicar la ley reeleccionista e interpretativa del numeral 112 de la Ley Suprema.

Les aplicaron una desmedida destitución, pretendieron los acusadores parlamentarios, hacer valer el derecho como principio jurídico, la causal de acusación no fue demostrada jurídicamente.

Durante los 40 meses, que funcionó el Tribunal, sin quórum para resolver los procesos de inconstitucionalidad, este órgano solo conoció la resolución del llamado recurso extraordinario (en procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data y a cumplimiento) con la dación del Código Procesal Constitucional, el recurso extraordinario, hoy se denomina de agravio constitucional (R.A.C.). La norma procesal entró en vigencia en diciembre de 2004, cuya comisión de redacción la presidió el jurista Domingo García Belaúnde y lo acompañaron los talentosos letrados Alberto Borea Odría, Francisco Eguiruren Praeli, Juan Monrroy Gálvez y Arsenio Oré Guardia.

Retomando las tareas de la labor que ha venido cumpliendo nuestra corte constitucional en los últimos nueve años (2005 a la fecha 2014) podemos resaltar que hemos contado con un órgano intérprete proactivo, creativo, innovador, que ha venido generando precedentes vinculantes. Motivados en la doctrina constitucional, y que se les denomina los precedentes ilustrados, basados en preceptos y principios constitucionales y los ordinarios que se sustentan en norma constitucional y jurídica, precisando que los mismos se complementan entre sí y que están relacionados a la autonomía procesal de las cortes intérpretes, cuya fuente la encontramos en la doctrina alemana.

No podemos dejar de anotar que el desarrollo constitucional que ha materializado el Tribunal Peruano, en los últimos 9 años, ha expresado y reflejado decisiones y resoluciones sensatas, razonables e innovadoras; empero también han dictado resoluciones que se han excedido de los límites que la Constitución le reserva al Tribunal. Como arquetipo podemos resaltar cuando el Tribunal pretendió vía un proceso de amparo, convertirse en regulador de las Tarifas Arancelarias del cemento, atribución constitucional del Presidente de la República (Artículo 118° de la Constitución

Política del Estado), estando al expediente N° 3116-2009-PA/TC; y a su vez ha generado excesos, con las denominadas sentencias exhortativas, que dicta el pleno del Tribunal, este actúa como legislador positivo, con la dación de esta clase de sentencias.

Los Tribunales Constitucionales están facultados, para ejercer el control de la constitucionalidad de leyes legales o puras, entre las cuales tenemos: a las leyes ordinarias, orgánicas, de desarrollo constitucional, resoluciones legislativas, tratados, las ordenanzas municipales y regionales; y las leyes denominadas impuras que son legales, pero su fuente de dación no es un órgano legislativo (Parlamento: Nacional, Regional o Local) provienen del Ejecutivo como son los Decretos Legislativos y los Decretos de Urgencia. A esta figura Enrique Chirinos, la denominó como la dictadura legal.

Estas normas puras o imputas son las que se encuentran sujetas al control concentrado a cargo del pleno del Tribunal.

Una vez que esta corte evalúa el contenido de legalidad, de legitimidad y de razonabilidad de la norma jurídica, y de declararse fundada la demanda de inconstitucionalidad, la norma sometida a control, es declarada inconstitucional por el fondo, de forma, en todo, en parte o en materia orgánica, la ley es expulsada del ordenamiento jurídico y pierde vigencia, carece de validez, es decir, ya no cuenta con fuerza normativa, en este escenario los Tribunales actúan como legisladores negativos. Es necesario resaltar que la constitucionalidad de una ley se presume, empero la inconstitucional se tiene que declarar, por el órgano controlador (T.C).

El genio jurídico Hans Kelsen, mentor del Control Europeo, consideró que los Tribunales Constitucionales para ejercer sus tareas de Centinelas de la ley suprema, requieren estar dotados de autonomía frente al Poder Judicial, distantes del Poder Político gubernamental de turno y cercanos al Poder constituyente, las decisiones que dictan son trascendentes y deben estar dotadas de motivación y argumentación, de razonabilidad, ajustadas a la Constitución Política y, por ende, al ordenamiento jurídico, y deben ser producto de un análisis objetivo y ponderado que encuentran soporte en la doctrina, en los principios y preceptos constitucionales, en los valores democráticos y en la interpretación, que nos conlleve a buscar el sentido del espíritu de la ley humana, natural y positiva.

El maestro mexicano Héctor Fix Zamudio, nos indicó que "Podemos mencionar a la Corte Suprema federal de Estados Unidos, que en apariencia

es el Tribunal 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 que conoce, tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos[1]".

El laureado y desaparecido catedrático español Eduardo García de Enterría, consideró sobre los órganos de control lo siguiente: "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, es aquella que sienta valores supremos de un ordenamiento y que desde esa supremacía es capaz de exigir cuentas, de eregirse en el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema[2]".

Encontramos distintas clases de interpretación, desde la gramatical, la teleológica, la sistemática, la histórica, la actuante (contexto social – político) la interpretación según la Constitución y la interpretación por extensión. La interpretación es una herramienta para la adecuada materialización de la justicia constitucional.

Es innegable que las resoluciones que dictan estos Tribunales peritos en justicia Constitucional o en Jurisdicción constitucional (desde el primer Tribunal Instalado en la desaparecida República de Checoslovaquia – febrero de 1920 y el Tribunal Austriaco de mayo 1920, en pleno funcionamiento) deben estar motivadas, fundamentadas y sólidamente desarrolladas en contenidos no solo de orden jurídico, sino en algunos casos, cuando las circunstancias lo exigen, en razones de índole social y de carácter político, estas últimas relacionadas a los intereses difusos, públicos, es decir, a los del Estado como organización política, y de la Nación, como elemento fundante en la identidad de un pueblo, como expresión del alma humana.

El Tribunal peruano ha resuelto, dentro de este contexto y uno de los procesos en que se ha aplicado las razones comentadas, donde ha primado en la resolución de la *litis* constitucional, la aplicación de principios y doctrina sesuda, nos referimos al conocido proceso de amparo

1 FIX ZAMUDIO, Héctor. *En Manual Constitucional*. En Quiroga León, Aníbal. Ed. Caballero Bustamante, Lima. 2012, pág. 7.

2 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *En Manual Constitucional*. Ob. cit. pág. 7.

INDICE

"Majes Siguas II" entre los gobiernos regionales de Cusco y Arequipa – Presidencia del Consejo de Ministros (Proinversión).

El Pleno del Tribunal el 8 de noviembre del año 2011, emitió sentencia en el expediente N° 01939-2011-PA/TC, donde los magistrados por unanimidad hicieron prevalecer el respeto a los sagrados principios constitucionales del debido proceso, de la separación de poderes, de estabilidad estadual y concordancia práctica.

Aquí prevaleció la llamada doctrina constitucional vinculante, ejercida desde la interpretación actuante (de Contexto) donde la solución a este conflicto regional de desarrollo técnico y de inversión mixta (Pública y Privada) predominó la ponderación, la equidad y la razonabilidad, el Tribunal reconoció a cada espacio regional lo que le corresponde constitucionalmente. A Cusco el derecho al agua de los vecinos de la Provincia de Espinar, a contar y asegurar el recurso hídrico con calidad, y frente a ello dispúso "la realización de un nuevo y definitivo estudio técnico de balance hídrico integral…"[3].

La Presidencia del Consejo de Ministros cumplió con este mandato del pleno del Tribunal, y procedió a convocar a los expertos en coordinación con la autoridad nacional del agua, para que alcancen los estudios técnicos de carácter hídrico y que han sido aprobados (acta de reunión entre PCM, Gobiernos Regionales de Arequipa y Cusco, ANA, UNOPS, PNUMA de fecha 27-11-2012).

A la región de Arequipa, le reconoció el Tribunal, que los estudios de impacto ambiental de la represa de Angostura y los de gestión ambiental a nivel definitivo, son los adecuados técnicamente y con la ejecución de la obra no se evidencia amenaza de vulneración de los derechos fundamentales de orden medioambiental.

El pleno del órgano de control, en estricto cumplimiento del principio del debido proceso declaró "nula la resolución N° 197, de fecha 25 de febrero de 2011 (a Fojas 3,059) emitida en etapa de ejecución de sentencia por la Sala Única de Vacaciones de la Corte Superior del Cusco"[4].

Empero en aplicación del principio de separación de poderes, el Tribunal declaró fundado el recurso de agravio constitucional, estando a

3 Tribunal Constitucional. Sentencia Expediente N° 01939-2011-PA/TC del 08-11-2011, pág. 81.

4 Tribunal Constitucional. Ob. cit. pág. 82.

la vulneración de las competencias que la Constitución Política le reserva al Poder Ejecutivo (Ministerio de Economía) de encargarse vía el sistema nacional de inversión pública (SNIP) de aprobar los proyectos de inversión, y el Poder Judicial no es competente para declarar la factibilidad o no de un proyecto. En este extremo a su vez se declaró nula la sentencia evacuada por la Sala Única de Vacaciones del Distrito Judicial del Cusco, por pronunciarse sobre la factibilidad técnica. Frente a esta desatinada decisión judicial de los jueces superiores cusqueños, el Tribunal dispuso remitir copia de la sentencia a la oficina de Control de la Magistratura y al Consejo Nacional de la Magistratura a efecto de que adopte las medidas de ley, por excederse en sus funciones jurisdiccionales, los magistrados cusqueños.

El Tribunal a su vez consideró el principio de estabilidad estadual, que refiere que los jueces de la República al resolver asuntos públicos, deben evaluar la preeminencia de los intereses difusos, sociales y públicos, frente a otra clase de injerencias. Recordemos el Proyecto Majes Siguas II, fue declarado de interés nacional, por el Parlamento, y por el Poder Ejecutivo por gestión del entonces Ministro de Agricultura, Adolfo de Córdova Vélez.

Este fundamento doctrinario aparece en el quinto argumento de la sentencia (8 de noviembre de 2011) que exhorta a la tranquilidad social y ello es expresión de ponderación social, que toda corte constitucional está delegada a fortalecer por la gobernabilidad de la Nación (principios de concordancia práctica y estabilidad estadual).

Hemos explicado que en este emblemático caso el pleno del Tribunal, resolvió con fundamentos doctrinarios, efectuando una adecuada interpretación desde el visor de la realidad, del contexto social y político (intereses difusos), se han respetado principios y preceptos constitucionales (debido proceso, estabilidad estadual, separación de poderes y concordancia práctica).

Es necesario comentar y precisar que, este proceso constitucional de amparo fue interpuesto por los procuradores del Gobierno Regional del Cusco en contra del Gobierno Regional de Arequipa y la agencia de Promoción de la Inversión privada (Proinversión) el 9 de junio de 2008, con la finalidad que se disponga el cese de la amenaza de violación de los derechos a la vida, a la salud, al desarrollo económico y al medioambiente de los habitantes de la Provincia de Espinar. Estos derechos

constitucionales se vulnerarían con la construcción de la represa de Angostura y la ejecución del Proyecto Majes Siguas II.

La demanda fue contestada por los procuradores del Gobierno Regional de Arequipa y de Proinversión y plantean una serie de excepciones de falta de legitimidad para obrar, de oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda.

Como es de público conocimiento, las instancias judiciales del Distrito Judicial del Cusco ampararon la demanda y hasta violentaron la garantía de la cosa juzgada en la etapa de ejecución de sentencia, aclarando que el Tribunal ha sostenido que el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada garantiza el derecho constitucional de todo justiciable. Aquellas resoluciones que hayan puesto fin al proceso no pueden ni deben ser recurridas a través de medios impugnatorios por razones de vencimientos de plazos para impugnar o por estar agotados y; en segundo lugar aquellas resoluciones que hayan adquirido la condición garantizadora, no pueden ser modificadas por las decisiones que adopten otros poderes estaduales, de terceros (Expediente N° 04587-2004-AA/TC, fundamento N° 38).

Las partes demandadas (Gobierno Regional de Arequipa y Proinversión) interpusieron el recurso de agravio constitucional y luego el de Queja (Legal y formalmente el R.A.C. procede a favor del demandante como dispone el artículo 18 del Código Procesal Constitucional y el de Queja, que se interpone ante el Tribunal, cuando se deniega el de agravio, estando al artículo 19 del C.P.C). Ambos recursos fueron planteados y el pleno del Tribunal los acogió, en aplicación de la doctrina constitucional, en respeto de los principios constitucionales y como expresión de la autonomía procesal de los órganos controladores, que les permite ir más allá de su norma procesal, para defender a la Constitución y a los fines de los Procesos Constitucionales (Artículo II del Título Preliminar del CPC) que reposa en sus preceptos y principios, empero sin incurrir en abusos institucionales y degeneradores de normas constitucionales. Esta autonomía procesal de los tribunales les ha permitido desplazar las formalidades del Código Procesal para cumplir con los fines de los procesos constitucionales que aparecen estipulados en el artículo II del Título Preliminar de la norma sustantiva. La autonomía procesal cuenta con límites formales y materiales y a su vez con límites institucionales que reposan en los distintos roles o status que cumple todo Tribunal, como órgano constitucional, como órgano jurisdiccional y como órgano político.

La Constitución y su defensa

Es indudable que es tarea corporativa la defensa del texto supremo, una de las herramientas inigualables es el derecho político a la insurgencia, que aparece en el numeral 46 de la carta fundamental, que reconoce la potestad a la población civil de defender el ordenamiento constitucional.

Los tribunales o cortes constitucionales tienen como deber primordial, encargarse de la defensa, mediante el ejercicio del control concentrado (Proceso de inconstitucionalidad). Empero, también se cautela su contenido a través del Control Difuso, tarea compartida con los jueces ordinarios, constitucionales, electorales y administrativos (a través de Tribunales u Órganos Colegiados de la Administración Pública) y como lo norma el Art. 138° de la Constitución Política y estando al Expediente N° 3741-2004-AA/TC, para el control difuso Administrativo, Caso Ramón Salazar Yarlenque[5].

La justicia constitucional se encarga de garantizar la regularidad de la legislación como acto de creación de derecho, esta como lo desarrolla el Jurista austriaco Hans Kelsen, impone una relación de correspondencia entre un grado inferior (ley) y un grado superior (Constitución) y aquí aplicamos el principios de jerarquía normativa, vía el control difuso, que inaplica las leyes inferiores, frente a la de superior jerarquía, no declaran los jueces la inconstitucionalidad.

La regularidad significa que los grados de los actos de creación normativa se encuentran subordinados a la estructura jerárquica que impone la carta política.

La ley magna se constituye en una regla de procedimiento, como de fondo, que no debe ser quebrantada por ningún acto de creación de grado inferior.

Nos encontramos en el escenario, que todo acto de creación de derecho, que no esté arreglado a la Constitución, puede ser declarado por el Tribunal en inconstitucional, por la forma, por el fondo, en todo, en parte o por la materia orgánica.

5 QUIROGA LEÓN, Aníbal y CHIABRA VALERA, Cristina. *Compendio Constitucional y Procesal Civil*. Ed. Caballero Bustamante, Lima. 2012, pág. 205.

INDICE

La principal garantía de la Constitución, es buscar la subordinación de correspondencia de las normas generales, de los actos individuales y de los tratados internacionales. Estas garantías son de dos clases como lo explica el profesor y exmagistrado del Tribunal peruano, Gerardo Eto, los preventivos o represivos y los personales u objetivos.

El jurista Kelsen diseñó que la nulidad de los actos irregulares es una garantía de la Constitución. La decisión de la autoridad opera con efecto constitutivo y retroactivo, hasta el momento, en que fue realizado el acto. Cuando hablamos de los procesos de constitucionalidad de las leyes, se puede disponer solo de su anulación.

La anulación, en cuanto a su alcance nos permite limitarnos al caso concreto y a una norma general. Ahora la anulación en cuanto a su efecto en el tiempo puede limitarse a futuro y extenderse al pasado.

Qué órgano debe declarar la anulación del acto inconstitucional, sin dudas el pleno del Tribunal Constitucional.

El Tribunal está facultado, para declarar la inconstitucionalidad de leyes derogadas, el órgano de control peruano, declaró inconstitucional la Ley 28568 que estaba derogada, considerando sus efectos en el tiempo, en relación a beneficios penitenciarios a favor de ciudadanos sentenciados por actos de corrupción (Expediente 0019-2005-PI/TC). En este proceso de inconstitucionalidad que fue interpuesto por 31 congresistas, el Tribunal actuó con certeza jurídica y ponderó el reclamo social, de no permitir beneficios penitenciarios a los condenados por actos de corrupción (hermanos Wofelson). El Pleno consideró como vulneración al principio de igualdad, en el sentido que la ley derogada haya dispensado un mismo tratamiento al arresto domiciliario y a la detención judicial preventiva, a pesar de ser dos medidas cautelares distintas, tanto en los presupuestos jurídicos que las justifican, como en los efectos personales que se generan en el proceso. Aquí el Tribunal recogió el sentir ciudadano de no tolerar excesos de la ley (Interpretación actuante y teleológica).

Los Modelos de Jurisdicción Constitucional

En términos generales, la doctrina constitucional nos alcanza: los Modelos políticos y los Judiciales.

El Control político, lo encontramos en Francia, en su constitución vigente, la de la quinta república de 1958, con el Consejo Constitucional

y se caracteriza por ser un control preventivo, se genera cuando se interviene antes de que la ley sea promulgada, a ello se denomina también control *a priori* o previo y el control consultivo, es un mero parecer sobre la constitucionalidad de la ley, que puede vincular o no.

El control político previo, es obligatorio, cuando se trata de proyectos de leyes orgánicas, y es facultativo, cuando se trata de leyes ordinarias y tratados en materia de derechos humanos.

El modelo judicial o jurisdiccional, se clasifica en triple orden. Por su estructura, es cuando contamos con un órgano habitado para llevar a cabo la tarea de controlar la ley (Tribunales o Cortes).

Luego tenemos el de procedimientos, que nos permite acceder al control que puede ser por la vía incidental o principal y, finalmente, cuando nos encontramos en la perspectiva relativa a los efectos de la sentencia.

Este modelo lo tenemos desde 1803, en los Estados Unidos de Norteamérica y está a cargo de la Corte Suprema integrada por nueve jueces (hoy cuenta con dos magistradas, la primera Jueza Suprema es la Dra. Sonia Sotomayor, de origen latino).

El control americano, se caracteriza por ser difuso, es cuando cualquier juez está facultado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes. El incidental, se aplica solo en casos concretos y este control expresa una eficacia declarativa.

El control austriaco, es un control concentrado, que está confiado a un órgano especializado llamado Tribunal Constitucional (Austria, Italia, España, Alemania, Perú, Chile, Bolivia, Colombia, Guatemala, entre otros). Aquí es directo, para su aplicación, no se requiere de un caso concreto de conflicto de intereses, sino que el conflicto es abstracto (Ley vs. Constitución). La eficacia en esta clase control es de carácter constitutivo.

Contamos con factores que nos permite una clasificación de los modelos de jurisdicción y se orientan por las fases en que opera el control y estas son: el previo, ya comentado (Chile, Bolivia, España), el sucesivo o represivo, que se genera después de que la ley es promulgada y publicada (caso peruano).

Para clasificar encontramos algunos criterios referidos a la difusión o concretación del control de la ley y estas son: el Concreto, todos los magistrados están facultados para ejercerlo; y el Abstracto, es de competencia exclusiva del Tribunal o Corte Constitucional (Perú – Colombia). Aquí

INDICE

no se busca resolver un conflicto de intereses particulares, sino públicos – difusos. (Principio de estabilidad estadual).

Quienes originan el control, este puede ser, el instado por un órgano jurisdiccional (Caso España), lo podemos relacionar al control de oficio y a la cuestión de inconstitucionalidad, conocido como doble juicio.

La República de Portugal (Constitución de 1976) desarrolla el llamado control por omisión, que se produce por la inactividad del Legislador, por no dictar el dispositivo legal dentro de los plazos de ley. La Carta Portuguesa, así lo prevee en su numeral 283 referido a la inconstitucionalidad por omisión, que procede cuando el legislador ordinario no dicta leyes dentro de los plazos que señala el texto supremo.

El numeral 283 precisa "al requerimiento del Presidente de la República, del Defensor del Pueblo o, por razón de violación de derechos de las regiones autónomas, de los Presidentes de las Asambleas Legislativas Regionales, el Tribunal Constitucional examina y comprueba el no cumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer efectivas las normas constitucionales"[6].

La otra clase, es el iniciado por la persona afectada, lesionada, agraviada (Es el caso peruano: Amparo contra normas autoaplicativas).

Los controles cuentan con un momento de verificación que es sucesivo o represivo.

Esta verificación encuentra límites en el tiempo, es decir, plazos para su interposición (caso peruano: 6 años en materia de inconstitucionalidad y 5 años en los procesos de Acción Popular, Artículos 87 y 100 del C.P.C.).

El otro momento de verificación, es sin límites temporales, es en el caso del control difuso (caso: Bolivia, Ecuador, España, Perú, Guatemala, entre otros).

Los efectos de las sentencias son de dos clases, cuando nos referimos a las estimatorias. Los efectos son "interpartes", efectos para las partes y "erga omnnes", efecto de carácter general.

Considerando lo desarrollado podremos establecer que el modelo peruano reúne las siguientes características. Es un control dual, es decir, difuso y concreto. Es difuso e interpartes y declarativo, desde la dación de la Constitución de 1979 y vigente con la carta del 93.

6 *Constitución Política de Portugal*. Edición Oficial Editorial Presto. Lisboa 2011. pág. 81.

El modelo peruano, es concentrado, a cargo del Tribunal Constitucional como órgano especializado; es a su vez concentrado y abstracto, es cuando el control de la legitimidad de la ley se propone como cuestión principal y única y; por último, es concentrado y general, la declaración de inconstitucionalidad conduce a la invalidación de la ley *erga omnes,* generando la ineficacia de la Ley general (La norma sometida a control pierde vigencia, fuerza normativa, no es válida). Por ende excluida del ordenamiento jurídico, una vez publicada la sentencia en el diario oficial *El Peruano.*

El Derecho Procesal Constitucional

Esta disciplina jurídica, surge históricamente, desde que se requiere otorgar de garantías y herramientas que permitan en primer lugar asegurar el respeto al texto supremo y no de admitir la vulneración de nuestros derechos y libertades constitucionales y fundamentales.

Formalmente podríamos señalar que nace desde que se dictó y se promulgó la primera Constitución, la Carta Magna en Inglaterra en 1215 (15-06-1215), suscrita por el Rey Juan Sin Tierra. Recordemos que este documento histórico reconoció en el numeral 39, que "ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, sin razón justificada".[7] (Antecedente del hábeas corpus).

Con la aparición de los Tribunales Constitucionales en Europa (Austria), se creó la jurisdicción especial conocida como jurisdicción constitucional, esta disciplina estructurada para la defensa de la ley magna, como elemento protector de las garantías personales y del orden constitucional.

Como señala el maestro Peter Häberle "el Derecho Procesal Constitucional, tiene un doble sentido relacionado a la concretización de la Constitución. Por un lado, es por sí mismo un Derecho Constitucional concretizado y a su vez le sirve a los Tribunales Constitucionales a concretizar la Constitución Política del Estado"[8].

7 DÍAZ REVORIO, F. Javier. *Textos Constitucionales Históricos*. Ed. Palestra, Lima 2004, pág. 62.

8 HÄBERLE, Peter. *En el Control del Poder*. Ed. Fondo Editorial Universidad Inca Garcilazo de la Vega, Tomo I, Lima, 2012, pág. 20.

El jurista mexicano Héctor Fix Zamudio (Expresidente de la Corte Interamericana, con sede en Costa Rica), señaló "que el Derecho Procesal Constitucional, es la rama más reciente de la Ciencia Procesal"[9].

El Tribunal Peruano, se ha pronunciado sobre la instrumentalidad del Derecho Procesal, en el Expediente N° 4119-2005-PA/TC. En este extremo el órgano de control ha señalado que las sentencias constitucionales requieren, no solo de una teoría nueva que las fundamente, sino es exigible nuevas herramientas de actuación que guarden distancia de la idea clásica de clasificación entre los actos de declaración del derecho y los actos de ejecución, es decir, desarrollar doctrina creativa que permita motivar sus sentencias no solo con el amparo legal, sino con la aplicación de principios, precedentes y razonamiento jurídico (interpretación constitucional) no apartándose de la carta magna, ni del espíritu del constituyente.

Es, sin lugar a dudas, una disciplina autónoma, es producto de la sumatoria del derecho adjetivo con el derecho sustantivo. Es autónomo, en tanto debe hablarse de una autonomía del proceso. Es una mixtura de normas, que cuentan con una gran finalidad, la defensa inquebrantable del Estado Constitucional. Lo sustantivo, expresado en la magistratura constitucional y lo adjetivo, en los procesos constitucionales, clasificados en los garantizadores de libertades y derechos, en los de control normativo, los procesos de conflicto constitucional de competencias (niveles de gobierno) y de atribuciones (entre poderes estaduales y órganos autónomos constitucionales) y la jurisdicción transnacional o internacional.

El Tribunal, al respecto se pronunció y plasmó su posición en la sentencia vinculada, el expediente N° 4903-2005-HC/TC, y desarrolló que el derecho Procesal Constitucional recurre a las instituciones y categorías de la Teoría General del Proceso, empero el derecho adjetivo en mención, se encarga de configurarlos y las llena de contenido constitucional.

El maestro argentino Néstor Pedro Sagüés, nos alcanza bajo su experiencia como juez, el contenido de la disciplina adjetiva, la mínima compuesta por la magistratura constitucional y sus procesos y la debatible, integrada por la Magistratura más procesos, todo lo indicado nos conlleva al Derecho Procesal Constitucional.

9 FIX ZAMUDIO, Héctor. *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional*. Ed. Idensa, Lima, 2009, pág. 90.

Es autónomo, porque cuenta con instituciones y finalidades propias, inherentes, y es mixta al nutrirse del derecho procesal y, por supuesto, del derecho constitucional (Derecho Adjetivo y Sustantivo).

Esta rama jurídica adjetiva, tiene etapas de evolución histórica, doctrinaria, jurídica e institucional, y que encontramos a su fuerte histórica como la comentamos en la Carta Inglesa de 1215 y posterior a ella, el hábeas corpus amendment de 1679; el caso histórico norteamericano de 1803 *(Marbury vs. Madison)* resuelto por el célebre juez John Marshall, y la Constitución austriaca de 1920; y con la creación del Tribunal Constitucional, Decano de los órganos de control constitucional, luego del Tribunal checoslovaco (febrero 1920) hoy inexistente. El Tribunal austriaco se instaló en mayo de 1920, lo presidió por más de una década el jurista Hans Kelsen.

Este Derecho adjetivo requiere de una serie de fuentes directas e indirectas como son los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Constitución y el bloque de constitucionalidad, la doctrina constitucional, los precedentes vinculantes del Tribunal y su Jurisprudencia ordinaria, el Código Adjetivo Constitucional (que data de diciembre de 2004) y los Códigos de Normatividad Ordinaria. En América Latina, dos países contamos con Código, Bolivia (2012) y el Perú (2004), y en noviembre cumple una década de su vigencia (2014).

La Interpretación Constitucional y sus principios

La interpretación como tal, surge producto de dos procesos sucesivos. El primer referido a la noción de Constitución y el desarrollo de los derechos fundamentales y constitucionales.

Su contextualización está reservada al proceso de evolución del Estado de Derecho, el Estado Constitucional y el de considerar, sin dudas, a la Constitución como norma jurídica suprema, vinculante e interpretable.

La noción básica la encontramos en que la interpretación nos permite buscar el espíritu de ley y el sentido de la misma, no apartándonos de la mentoría del legislador constituyente. No olvidemos que, la interpretación es en sí, la concretización de la norma constitucional (España, Bélgica e Inglaterra).

¿Por qué interpretamos a la Constitución?: para encontrar respuestas a las distintas cuestiones constitucionales que la propia ley política

suprema no permite resolver de forma concluyente. Para ello se interpreta, es, ir por el sendero del constituyente y del constitucionalismo que nos permite fortalecer el orden constitucional; que encuentra sustento en la historia, en la doctrina, en los principios y en las instituciones tutelares de la patria soberana.

Toda carta pactada y no otorgada es la expresión del acuerdo, del contrato social entre gobernantes y gobernados (Constituciones Peruanas de: 1828, 1856, 1860 y 1979).

La mejor expresión de una Constitución pactada, que es producto del contrato social, la tenemos en Cádiz, norma liberal y principista que gesta a la figura vigente de la Monarquía Constitucional Española, hoy en debate, producto de la propuesta separatista de Cataluña, donde los nacionalistas, liderados por su presidente Artur Mas, han convocado a un referéndum para el domingo 09 de noviembre; frente a lo comentado, el Presidente del gobierno español, Mariano Rajoy, acusó a los nacionalistas de Cataluña de pretender atentar contra la soberanía de la Monarquía Ibérica. El gobierno interpuso el recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. El órgano de control constitucional integrado por doce jueces, presidido por el jurista Francisco Pérez de los Cabos, resolvió por unanimidad admitir el recurso y suspendió la consulta sobre la independencia de Cataluña, aprobada por el Parlamento Catalán para el domingo 9 de noviembre.

El Jefe de gobierno español esbozó que la norma regional Catalana "va en contra de la Constitución, desborda la democracia, divide a los catalanes y los aleja de Europa"[10].

El Presidente Regional Artur Mas, viene reclamando al gobierno de Madrid que autorice la consulta, como Londres, hizo con Escocia, donde el pasado 18 de setiembre, se rechazó la independencia en un referéndum.

El ejecutivo español precisa que Cataluña no puede celebrar una consulta, basada en su independencia, porque carece de soberanía propia; y porque además, de efectuarlo, estaría negando los derechos de soberanía del resto de los españoles.

Es innegable que el decreto de convocatoria de la consulta es un acto de insumisión a la Constitución. La Ley de Consulta aprobada por el Parlamento Catalán el pasado 19 de setiembre y el decreto de convocatoria

10 Diario *El Comercio* – Edición del 30 de setiembre de 2014, pág. A-14.

del referéndum de soberanía para el próximo 9 de noviembre, ponen en riesgo de unidad del Estado Monárquico Constitucional.

El gobierno de Rajoy invocó la facultad de veto que le otorga la Constitución para frenar las normas autonómicas y, por ende, defender la soberanía española (Artículo 97, Constitución Española).

El jurista español Pablo Pérez Tremps desarrolla el concepto de autonomía y comenta: "La autonomía supone la existencia de unos poderes limitados, ya que la autonomía se incardina dentro de la Unidad"[11].

Sin dudas, la naturaleza de la autonomía de nacionalidades y regiones queda manifestada, por la definición de los límites de ella misma. Estos límites son de dos tipos. El propio texto desarrolla las competencias que le corresponden a los poderes centrales del Estado y, por tanto estas competencias exclusivas no pueden ser asumidas por las comunidades autónomas (numeral 149 C.E.).

La Constitución establece el marco y, por ende, los límites de las competencias que las comunidades autónomas pueden asumir, vía sus estatutos, estas competencias no pueden, ni deben invadir el fuero de las competencias reservadas al gobierno de Madrid (Artículo 148 C.E.).

El otro límite o barrera impuesta por la norma constitucional o fundamental, se deriva de la idea de unidad y está blindada por los principios generales que articulan la unidad del Estado y la autonomía de las nacionalidades y regiones. Estos principios, como lo señala el maestro Pablo Pérez, limitan la acción de las comunidades autónomas, sino también de los poderes centrales del Estado. Estos principios son: solidaridad, igualdad de las comunidades autónomas, igualdad de derechos y obligaciones de los ciudadanos y unidad económica. Lo antes precisado se encuentra preceptuado en los numerales 2, 138.1, 138.2, 139.1, 139.2 de la Constitución Española del 27 de diciembre de 1978 (36 años de vigencia).

Las consecuencias de las providencias apoyadas por los doce magistrados (resolución del 29 de setiembre – 2014) nos conlleva a que el pleno del Tribunal ha resuelto la suspensión de la ley y del decreto de la consulta y sus anexos; como todos los actos posteriores, para la convocatoria de la señalada consulta separatista.

11 PÉREZ TREMPS, Pablo. *Derecho Constitucional*. Ed. Tirant lo Blanch. Volumen II. Valencia, 2013.

El órgano de control cuenta con cinco meses para pronunciarse y en los próximos 20 días las partes deben alcanzar sus alegatos. En los cinco meses posteriores, el Tribunal decidirá si se mantiene la suspensión o se revoca.

La generalidad de cataluña, deberá acatar lo resuelto por el Tribunal, de lo contrario se producirá un hecho insólito, en la historia del Tribunal, que deberá buscar la fórmula para que se cumpla el mandato.

De producirse la consulta del 9 de noviembre, el referéndum tendrá efectos jurídicos nulos y el Presidente catalán, Don Artur Mas, podría incurrir en los delitos de prevaricato, sedición y desobediencia, todos actos contra el Estado unitario y representativo.

Conocemos que los partidos nacionalistas de Cataluña decidieron el viernes 3 de octubre mantener su postura, es decir, que el próximo 9 de noviembre se lleve a cabo la consulta sobre la soberanía del territorio y exigirle al Tribunal Constitucional levante con celeridad, la suspensión decretada.

Los líderes de los partidos nacionalistas y el Presidente de la Región, Artur Mas, han requerido al órgano de control español, su pronta decisión, en el sentido que admitan la cristalización de la consulta.

El ejecutivo español, a través del procurador general, recurrirá al Tribunal para que este no tolere que el gobierno de Barcelona desacate lo dispuesto por el ente de control constitucional, es decir, que el referéndum programado para el domingo 9 de noviembre no se materialice, porque irrumpe con la unidad territorial ibérica.

Retomando el análisis histórico constitucional señalaremos que las cartas otorgadas son producto de las decisiones de arriba/abajo, y no admiten mayor participación de la ciudadanía. Los ilustrados pensadores franceses de Bayona son el mejor arquetipo de una carta otorgada como fue la de 1808. Liderados por el genio militar de Napoleón Bonaparte con ella contribuyeron Manuel de Lardizabal y Uribe, Francisco Antonio Cea y Vicente Alcalá Galiano, con la única finalidad de proclamar monarca de España a José Bonaparte.

El Conde de Toreno, opositor a Napoleón y uno de los más reputados liberales, junto a Agustín Arguelles expresaron sobre el Estatuto de Bayona: "Los miembros de la asamblea habrían obrado sin libertad, deliberando

sobre puntos incidentales, y careciendo en todo caso sus observaciones de valor decisivo"[12].

Recuerden que la Junta de Bayona comenzó sus sesiones el 15 de junio de 1808 y las cerró el 7 de julio de ese año. El Estatuto aprobado, se publicó en la *Gaceta de Madrid,* medio de prensa controlada por los afrancesados, bajo la dirección de Juan de Marchera, cercano colaborador de Don José Bonaparte.

Los textos constitucionales se clasifican no solo por su origen, en pactados y otorgados, encontramos también las cartas por su contenido principista y las reglamentaristas.

El mejor arquetipo es la única Constitución que tienen los Estados Unidos de América, que data de 1787 (Principista) contiene siete numerales o preceptos, y fue aprobada en la Convención por el consentimiento unánime de los Estados que participaron un 17 de setiembre de 1787. Ha contado con unas diez primeras enmiendas aprobadas el 15 de diciembre de 1791, y luego las siguientes enmiendas que son un total de veintisiete (año de 1992) y que dispone que: "ninguna ley que vulnere la remuneración de los servicios de los senadores y representantes tendrá efecto hasta después de que se haya realizado una elección de representantes"[13].

Las Cartas de contenido reglamentarista son aquellas que se ocupan de exagerados datos y detalles relacionados como los requisitos para ser funcionarios públicos como Jueces Supremos, Alcaldes, Ministros o Defensor del Pueblo. Estas exigencias deberían quedar al desarrollo del contenido de las leyes orgánicas. Estos textos han sido el indicador común en el sistema constitucional latinoamericano (Perú, Bolivia, Colombia, Ecuador, Chile, Argentina, Guatemala) y en la misma España, en sus siete constituciones desde Cádiz (1812) hasta la vigente de 1978, proclamada por el exmonarca Juan Carlos.

Desde la concepción interpretativa encontramos dos perspectivas judiciales sobre la Constitución Política.

La primera, como lo comenta el profesor Carlos Hakansson Nieto, es conocida como la Constitución Testamento, este documento establece las ideas y las órdenes del constituyente histórico y debe ser tomado en

12 CÁCERES ARCE, Jorge Luis. *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano.* Ed. Adrus. Arequipa 2007, pág. 28.

13 DIAZ REVORIO. Ob. cit. pág. 122.

cuenta, de modo, que su ejecución cumplan exactamente con las intenciones del legislador. Era el escenario de aquellas constituciones escritas, inflexibles, no cambiables, es decir, no interpretables.

La otra concepción, son las constituciones vivientes, opuestas a las cartas testamento (incambiables). Las cartas son y deben ser lo que el gobierno y el pueblo reconocen y respetan. Estas admiten y toleran a la interpretación, y poseen un sentido de lealtad a la Constitución entendido desde una versión actualizada, que no puede dejar de reconocer el momento de interpretarla, es decir, el contexto.

Las posturas comentadas responden a escuelas distantes respectivamente (Europa Continental y la Anglosajona). Estas escuelas gracias a la existencia de los Tribunales, se aproximan entre sí.

Debemos reconocer que la escuela que propugna a la Constitución viviente (Anglosajona) le asigna al intérprete operador una labor más compleja de construcción jurídica, sin desconocer el espíritu del texto constitucional, recurriendo a otros elementos para alcanzar una respuesta interpretativa acertada. El intérprete no puede dejar de observar algunas condiciones básicas como son: La actualización constitucional, referida a los significados de las nociones establecidas por el Constituyente, luego contamos con la visión de conjunto, que no puede ignorar los requerimientos de orden social, cultural, político y económico existentes. La prudencia interpretativa, que va de la mano con la ponderación de los circunstancias y las consecuencias a que arriben y, finalmente, la tradición cultural que es el reflejo del producto interpretativo constitucional, aquí no podemos dejar de mencionar a una serie de principios como la dignidad humana, la separación de poderes y del Estado de Derecho que son producto del aporte de la cultura del hombre político del occidente.

El Tribunal peruano al interpretar, como ente facultado formalmente para aplicar esta tarea fundante, nos precisa que sus sentencias constituyen la interpretación de la Constitución del órgano investido constitucionalmente de esta atribución rectora, y que las mismas (sentencias) son vinculantes a todos los poderes y órganos estaduales.

La interpretación cuenta con los métodos tradicionales como el literal, el sistemático, el histórico, el teleológico, el social, el de contexto, el tópico, el según la Constitución, entre otros.

Estos no son suficientes para comprender con seguridad el significado y contenido del texto supremo. Se requiere de otros métodos vinculados

al Estado Constitucional de derecho como son la interpretación hermeneútica que considera a la Constitución como una norma jurídica más. Luego contamos con la interpretación tópica, que es útil para encontrar el significado al caso concreto, considerando el contenido normativo y el sistema dogmático constitucional.

Posterior a lo desarrollado tenemos la interpretación institucional, que descansa en una serie de principios indispensables para una adecuada interpretación como la Unidad de Constitución, el de concordancia práctica, el de corrección funcional, la función integradora y el de fuerza normativa de la Constitución.

Esta interpretación actúa con cuatro criterios orientadores, vinculantes a los principios anotados y que son la presunción de constitucionalidad, la concordancia de la Constitución consigo misma, la razonabilidad, la sensatez y la flexibilidad y, por supuesto, la preferencia por los derechos humanos, al momento de interpretar.

La interpretación alternativa, nos conlleva a no dejar de considerar la realidad social, es decir, el contexto, aquí debe primar la realidad constitucional antes que la normatividad constitucional.

Definitivamente, la tarea interpretativa requiere de dos elementos que se complementan, los métodos y los principios de orden constitucional, estando los desarrollados y los que aparecen en el Título preliminar del Código Procesal Constitucional, y que son como los comenta con acierto el Profesor Universitario Gerardo Eto Cruz. El principio de Dirección Judicial del proceso, el principio de Gratuidad en la actuación del demandante, el principio de Economía procesal, el de Inmediación, el principio de Socialización del proceso, el de Impulso procesal de oficio, el de Adecuación de las formalidades al logro de los fines y de Continuidad del proceso constitucional frente a la duda de su conclusión (principio de elasticidad).

Los Precedentes Constitucionales Vinculantes y los Controles Constitucionales

Los precedentes son la expresión corporativa asumida por el pleno del Tribunal que encuentra sustento en la Constitución Política, en la norma adjetiva, en la doctrina constitucional y en sus principios y, por ende, sin apartarse de la jurisprudencia, bajo la excepción que lo varían previa decisión fundamentada. Los precedentes que emite el Tribunal son vinculantes (a la fecha son 42 precedentes a marzo 2013) y son de estricto

cumplimiento de los Poderes del Estado, órganos constitucionales autónomos y de la ciudadanía.

El Tribunal Peruano empezó a desarrollar esta política jurisdiccional a partir del año 2002, a pesar de que la instancia autónoma funcionó desde mayo de 1996, esta no emitió fallos significativos que resaltar. No olvidemos que en la década de los noventa la mayoría de los poderes públicos se encontraban secuestrados por el régimen fuji-montesinista y las fuerzas armadas y policiales se convirtieron en los Comités Partidarios en cada región.

En la década del dos mil, con el Gobierno Transitorio liderado por el Dr. Valentín Paniagua (noviembre 2000), se recobró la plenitud de facultades constitucionales y se vivió un ambiente democrático.

El Tribunal cobró importancia, este órgano se nutrió de doctrina y jurisprudencia nacional y comparada, a efecto de contar con sentencias de mejor calidad, que fueron generando los precedentes, unos acertados y otros cuestionables.

Dentro de este contexto nos tenemos que referir a lo desarrollado por el Expresidente del Tribunal Constitucional César Landa. Contamos a la Constitución como fuente de creación del Derecho.

La Carta Suprema se constituye como norma líder del ordenamiento jurídico por diferentes razones de orden valorativo, histórico, principista, de concepción institucional y, por supuesto, como garantía del Irrestricto respecto a nuestros derechos fundamentales y constitucionales y a las libertades que aseguren el libre desenvolvimiento de la personalidad y la aplicación de la autonomía de la voluntad.

La Constitución, como tal, debe subordinar a las normas generales, a los actos individuales y a los tratados internacionales; esta garantía le permite generar espacios de protección de índole preventivo o represivo a los de orden personal u objetivos.

El jurista Hans Kelsen, asumió esta postura garantizadora, es decir, entendió que era necesario dotarla de herramientas, para protegerla, por las infracciones de forma y de fondo materializadas vía los controles concentrado y difuso, a través del control político entre los Poderes del Estado (Interpelación ministerial), el ejercicio de los derechos y deberes políticos como el derecho a la insurgencia, que se constituye en un deber cívico de la población civil de defender el orden constitucional; o vía los recursos

de amparo donde prima la cautela de los derechos e intereses colectivos o difusos (Protección del medioambiente o de la seguridad ciudadana).

No olvidemos que, el Control Político se originó en Francia (Constitución de 1958), vía el Consejo Constitucional y se caracteriza por un Control Preventivo que permite efectuar la tarea controladora antes que la ley sea promulgada, es decir, se controlan los proyectos de ley, empero en materia orgánica.

Luego, este órgano practica el control consultivo que permite efectuar un examen de constitucionalidad de la ley, que puede o no vincular.

Si el Consejo Constitucional se pronuncia en el extremo de considerar que el Proyecto de Ley cuenta con rasgos de violación a la Carta del 58 (De la Quinta República), la ley no será promulgada por el Presidente francés.

El Control previo o preventivo es obligatorio cuando el Proyecto de ley versa sobre asuntos vinculados a leyes orgánicas y de los reglamentos de las asambleas parlamentarias, y se convierte facultativo si el proyecto es de una ley ordinaria o un tratado no referido a materia de derechos humanos.

Por encima de su carácter centralizado, abstracto y, esencialmente, facultativo, el control *a priori* francés permite asegurar que las normas encargadas de estructurar, organizar e implementar el funcionamiento de los órganos constitucionales dotados de autonomía, no quiebren el ordenamiento constitucional.

Como bien lo desarrolla la profesora Véronique Champeill[14], esta clase de control lo encontramos en distintas legislaciones como en la Constitución Española (artículo 54) y en la carta Federal Alemana, que cuentan con un control preventivo y facultativo de tratados internacionales antes de su ratificación.

La Corte Italiana, aplica control *a priori* sobre la procedencia del referéndum abrogatorio, como para cuestionar vía el gobierno central, la penitencia constitucional de las votaciones llevadas a cabo en asambleas regionales.

La Constitución Alemana, permite la procedencia de control previo a solicitud del gobierno federal, a las normas que proceden de los Lander,

14 CHAMPEIL – DESPLATS, Véronique. *En Ideas e Instituciones Constitucionales en el Siglo XX*. Ed. Siglo XXI, México, 2011, pág. 352.

como también la delimitación de competencias entre el Gobierno Federal y los Lander (gobierno intermedio, con autonomía funcional).

En Portugal, su carta de 1976 señala que el Presidente de la República, el primer Ministro o una quinta parte de los Diputados, están facultados para cuestionar, de manera preventiva, las leyes orgánicas y ordinarias, como también funciona el Control por omisión, tarea que debe resolver el Tribunal Constitucional portugués.

Esta figura, en la década de los noventa ha adquirido importancia en los sistemas constitucionales de las repúblicas del exbloque soviético: Hungría, Polonia y Rumanía.

Sin lugar a dudas, el sistema francés se convierte en el único en que el control de constitucionalidad *a priori* abstracto es de formación del proceso contencioso constitucional.

Esta clase de control conlleva al Consejo Constitucional francés, a involucrarse en el escenario del apasionado debate político. Aquí nos encontramos, como lo desarrolla la académica Véronique Champeil, entre la falsa y la auténtica justicia constitucional. La primera se genera por el debate político del proyecto de ley y la auténtica, cuyo análisis se efectúa luego de que entre en vigor la ley (Posterior al debate parlamentario).

Luego contamos con las otras clases de controles clásicos como el americano que es difuso, incidental y de eficacia declarativa. Es difuso porque cualquier juez está facultado para pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley; es incidental, ya que se aplica solo en casos concretos y en cuanto es necesario para su resolución. Este control encuentra su fuente en los Estados Unidos de América.

El control austriaco o europeo es concentrado. Su impartición se la confía a un único órgano *ad-hoc,* especialmente creado, llamado Tribunal o corte Constitucional (Perú, Italia, España). A su vez es directo, para su aplicación no se requiere de un caso concreto de conflicto de intereses, sino que el conflicto es abstracto (Ley vs. Constitución).

El Modelo judicial o jurisdiccional de control nos conduce a que el órgano habilitado materializa el control de la ley (Poder Judicial), este control es por la llamada vía incidental o principal (Argentina, México, Brasil).

Los modelos de jurisdicción se orientan por fases en que opera el control y estas son: Previo o preventivo (Francia, Alemania, Portugal, Chile) y el sucesivo o represivo, este funciona una vez que la ley está

promulgada (Bolivia, Colombia, Perú, Ecuador, Bélgica, España, Italia). La ley inconstitucional entra en vigor, pero está plagada de contenidos contrarios a la Constitución y debe ser sometida a control por el órgano competente llamado Tribunal Constitucional a solicitud de parte.

Otro factor de clasificación de los controles constitucionales que aseguran que a la carta no se le vulnere, es el concreto, ya comentado, y referido a que cualquier juez, en cualquier clase de proceso, puede efectuarlo al momento de aplicar la ley (juicio de relevancia); y el abstracto, ya desarrollado y cuya competencia exclusiva descansa en el Tribunal Constitucional y no busca resolver conflictos de intereses de particulares sino estaduales.

La clasificación de estos controles están relacionados al momento de la verificación, que son el control sucesivo o represivo que se aplica a la ley vigente, empero, tiene límites en el tiempo (plazos para interponer la demanda de inconstitucionalidad o de acción popular y aquellos sin límite temporal, en el caso del control difuso).

Estos controles, también se clasifican por quien originó el control de constitucionalidad y estos son: El instado por un órgano jurisdiccional (España), cuestión de inconstitucionalidad y el iniciado por la persona lesionada en los derechos (Perú, Amparo contra normas autoaplicativas).

Finalmente, por la eficacia de las sentencias estimatorias, estas son: Inter partes, que tengan efectos en el caso concreto, solo para las partes y *erga omnes,* sus efectos son de carácter general. En el primer escenario tenemos a los procesos de amparo, hábeas corpus, hábeas data, y en el segundo escenario a los procesos de inconstitucionalidad, de acción popular y los de conflicto constitucional de competencias y de atribuciones.

El modelo peruano desde la carta de 1979, y ratificado en el vigente de 1993, es un modelo dual o paralelo, como bien lo desarrolló el maestro Domingo García Belaúnde, y no mixto.

Tenemos un control. Concentrado y abstracto y, por supuesto, difuso, desde la carta del 79 y presente en la del 93.

El modelo peruano es concentrado y abstracto, recordemos que el control de la legitimidad de la ley se propone como cuestión principal y única y es a su vez concentrado y general, ya que la declaración de inconstitucionalidad conduce a la invalidez de la ley *erga omnes,* haciendo perder para siempre su eficacia normativa.

INDICE

A su vez es difuso y concreto, se efectúa por todos los jueces, con ocasión de la aplicación de la ley en cualquier clase de proceso, es difuso e inter partes. La declaración de inconstitucionalidad conduce tan solo a negar la aplicación de la ley al caso concreto y, por último, es difuso y declarativo, recuerden que el pronunciamiento de inconstitucionalidad opera como declaración de certeza retroactiva de una nulidad preexistente.

Contamos con los llamados controles de constitucionalidad *a posteriori,* que viene funcionando en las legislaciones de Bélgica, Alemania Federal, España e Italia.

La Autonomía Procesal y sus límites

La Autonomía procesal de los Tribunales Constitucionales encuentra su fuente en el sistema constitucional federal alemán, cuyo exponente es el jurista Peter Häberle quien considera que el derecho procesal constitucional lo debemos entender y comprender como una disciplina constitucional concretizada, quiere decir que la razón de ser es estar al servicio de la Constitución Política.

Para el maestro de Derecho Constitucional peruano Domingo García Belaúnde, el término adecuado es la "flexibilidad Procesal", que es lo que debe contar el derecho procesal constitucional para que le permita cautelar los bienes constituciones en conflicto.

La norma adjetiva requiere de una serie de herramientas que le protejan, que le permita a través de ello cumplir con los fines de los procesos constitucionales que aparecen desarrollado en el título preliminar del Código Adjetivo.

El Tribunal Peruano ha venido incorporando a esta institución (autonomía procesal) como manifestación de esta tarea trascendental, una serie de instrumentos de garantía de la carta política y del proceso constitucional. Consideramos que esta autonomía cuenta con una serie de principios en que descansa, pero fundamentalmente en la supremacía de la Constitución y en la tutela de los derechos fundamentales y constitucionales.

Nuestro órgano de control ha incorporado, a través de su jurisprudencia y reglamento normativo, como principio o postulado a la "autonomía procesal", como lo señala el profesor César Landa, este postulado "ha

permitido, en no pocas ocasiones hacer dúctil el derecho y los procesos constitucionales[15].

En un Estado Constitucional, como lo precisa el profesor de Derecho Constitucional y actual magistrado del Tribunal Constitucional, Ernesto Blume Fortini: "no puede haber territorio liberado del control de la Constitución". Ello nos conduce a que los órganos de control con sus acertadas decisiones están obligados a colaborar con el fortalecimiento de la democracia y consideramos, que la "flexibilidad procesal" contribuye a esta labor constitucional y para cumplir con objetividad y cabalidad deben aplica los postulados ya comentados como son la supremacía de la Constitución (artículo 51 C.P.) y la tutela de los derechos fundamentales (artículos 1 y 3 C.P.)

Sin lugar a dudas, nuestro derecho procesal constitucional, como tal, es una concretización de la ley fundamentales, observado desde dos ópticas. Es un derecho constitucional concretizado sin discusión y que a su vez le es útil al Tribunal para concretizar la ley fundamental. En resumen, la concretización es entendida como la misión rectora que amerita ponerse bajo las órdenes de la ley suprema, para respetarla y defenderla.

Retomando el rol de los principios, contamos con postulados *ad-hoc,* aplicables a los procesos constitucionales, que cumplen una misión orientadora y canalizadora del proceso de interpretación constitucional, que permita dar soluciones a casos concretos. Estos principios *ad-hoc* los encontramos, unos en el número III del Título Preliminar del Código Adjetivo como el de la dirección judicial del proceso, economía, inmediación y socialización procesal, y otros principios específicos como concordancia práctica, corrección funcional, unidad de la Constitución, función integradora y los postulados de interpretación conforme a la Constitución y la fuerza normativa de la Constitución.

Debemos tener en claro que el Derecho Procesal Constitucional, cuenta como objeto propio a la Constitución, un método esencial como son los principios y técnicas de interpretación y con un sujeto especializado integrado por jueces *ad-hoc,* dotados de autonomía, que deben actuar con independencia y con decisiones motivadas que reposen en principios,

15 LANDA ARROYO, César. "En Aspectos del Derecho Procesal Constitucional – Autonomía Procesal del T.C". *Los Votos singulares en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Editorial ECB. Lima, 2012.

INDICE

valores y en la doctrina constitucional vinculante. El órgano se denomina Tribunal Constitucional.

El órgano autónomo, a su vez actúa de la mano con los clásicos criterios de interpretación normativa y encontramos al método literal, teleológico, sistemático, histórico, actuante (de la realidad, del contexto).

Los jueces constitucionales requieren para resolver de los criterios de interpretación, del test de ponderación, de los principios y valores constitucionales y de sus propios precedentes vinculantes y, por su puesto, sin apartarse sin motivación válida de su jurisprudencia.

Todo ente de control actúa en tres dimensiones, como órgano jurisdiccional, órgano constitucional y órgano político.

Como instancia última y única en el primer escenario, resolviendo en forma definitiva los recursos de agravio constitucional (RAC) en los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento; y como instancia única en los procesos de control normativo (de inconstitucionalidad y acción popular) y en los procesos de resolución de conflictos constitucionales de competencia y de atribuciones. Actúa como legislador negativo y como promotor de la férrea defensa de los derechos constitucionales.

Los tribunales constitucionales actúan como órgano constitucional. El constituyente le reserva un situal expectante, como ente de control de la constitucionalidad de las leyes, como intérprete auténtico de la carta, actuando como ya lo señalamos con autonomía e independencia.

Como órgano político, su actuar no puede estar ajeno, ni distante, ni a espaldas de los problemas de orden social, político y económico de la sociedad.

Los tribunales son voceros del Poder Constituyente, se convierten en los defensores del Estado Constitucional y, por ende, a través de sus resoluciones debe generarse espacios de tranquilidad, de orden social, y de armonía política, permitiendo con ello fortalecer la gobernabilidad y apostar por la estabilidad social, política y economía del país.

Las cortes constitucionales con sus fallos no deben practicar políticas vinculadas al gobierno de turno, sino el de hacer derecho, es decir, el de defender la democracia y la institucionalidad de la República.

Los fallos constitucionales, deben ser el reflejo del espíritu del constituyente, es decir, apostar por la descentralización, la transparencia, la democracia social, el pluralismo económico y político y el respeto a nuestros derechos y alentar la práctica de las libertades y garantías constitucionales.

Como bien lo explica el exmagistrado del Tribunal Constitucional César Landa, la autonomía procesal requiere de legitimidad, que son de carácter histórico, normativo y técnico jurídico.

Lo histórico nos refleja la dación de los tribunales, su surgimiento en Europa, las tensiones entre ellos y los poderes clásicos.

La evolución de los Tribunales lo recogemos desde la mentoría de Hans Kelsen, de concebir a este órgano como intérprete, controlador, centinela y garantía del respeto al sistema constitucional y, por tanto, a la supremacía de la Constitución.

La legitimidad normativa se constituye en la esencia en la fuente de la autonomía procesal. Recogemos lo preceptuado en el artículo 201 de la Carta, que establece que el Tribunal es el órgano de control, es autónomo e intérprete y asume la interpretación de la carta, tarea de la cual es titular y comparte estas responsabilidades estaduales con el Poder Judicial y el Jurado Nacional de Elecciones (control difuso).

El precepto III del titular preliminar del Código Adjetivo, precisa que es obligación del Juez constitucional y su órgano intérprete adecuar las exigencias de las formalidades previstas en el Código al logro de los fines de los procesos constitucionales. Estos fines son dos: garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales, como lo norma el artículo II del título preliminar de la norma procesal.

Lo señalado, nos conduce a establecer que por razones formales no podemos desplazar el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales. Lo indicado es expresión del ejercicio de la autonomía procesal, sometida a la Constitución. Los jueces constitucionales pueden desatender la norma adjetiva, para atender estrictamente los fines de los procesos constitucionales, empero respetando los principios constitucionales y sus valores en que reposa y se sustenta todo texto constitucional.

La legitimidad técnica – jurídica, nos conduce a la plena aplicación del denominado test de ponderación.

Estamos en la palestra, en que los jueces gozan en general de los márgenes de discrecionalidad significativas, que les permite la interpretación y la aplicación de las llamadas reglas procesales.

El Tribunal actúa como supremo intérprete de la Constitución, cuando resuelve declarando la inconstitucionalidad de una ley y conoce en última instancia las resoluciones denegatorias de los procesos garantizadores de libertades y derechos constitucionales (Artículo 202° de la Constitución Política).

Hemos comentado del llamado principio de autonomía procesal, que ha sido incorporado por el Tribunal Peruano, se ha desarrollado su fundamento, su contenido y está pendiente sus límites (formales y materiales). Respecto al contenido, este principio cuenta con componentes que son cuatro: la configuración, el desarrollo, la complementación y, finalmente, la adecuación de su proceso vía la jurisprudencia, empero en concordancia con los fines de los procesos constitucionales.

La autonomía procesal, que no es sinónimo de abuso del derecho, ni de autarquía, le permite a la Corte Constitucional un trascendental grado de libertad y de responsabilidad para resolver dentro del respeto a la norma suprema, todo ello motivado y concordado con su doctrina jurisprudencial, los principios y los precedentes vinculantes que genere.

Podremos precisar que, para una mejor explicación o de la autonomía o flexibilización procesal, comentaremos algunos casos relevantes donde el pleno del Tribunal Constitucional ejerció absolutamente su autonomía procesal.

CASOS RELEVANTES

a) Ramos Salazar Yarleque

Expediente 3741-2004-AA/TC

Caso Modificado: Consorcio Requena. Expediente 04293-2012-PA/TC (abril – 2014).

Comentario:

El Tribunal resolvió en el caso Salazar Yarleque que los Tribunales Administrativos ejercían control difuso.

Con el caso del *Consorcio Requena* esta atribución ya no puede ser ejercida por los tribunales administrativos.

Señalaremos que ambas decisiones generaron, vía desarrollo constitucional, normas constituidas en la Carta, como bien lo apunta el profesor Luis Castillo Córdova.

Las resoluciones que generaron precedente vinculante, nos condujeron a sentidos contrarios entre las normas adscritas. Recordemos que el caso relevante Salazar Yarlaque (Expediente 03741-2004-PA/TC) admitió el control difuso en sede administrativa, y la sentencia emitida en abril de 2014 (Expediente 04293-2012-PA/TC) prohíbe que esta clase de control sea ejercida en sede administrativa.

El Tribunal ha resuelto en el caso *Consorcio Requena* tres objeciones destacables relacionadas contra el precedente vinculante Salazar Yarleque.

Estas observaciones indica el Tribunal, que el control difuso solo puede ser ejercido por órganos con función jurisdiccional (TC, PJ, JNE).

La segunda está referida a que no existe mecanismos de control del ejercicio de los Tribunales Administrativos, en referencia a la aplicación del Control difuso. Tarea reservada al Poder Judicial.

La tercera objeción está vinculada a que el precedente revocado afectaba al principio de separación de poderes.

b) Alipio Landa Herrera:

Expediente N° 10087-2005-AA

Este proceso de amparo está referido a la solicitud de pensión vitalicia, de invalidez y de enfermedades profesionales. Es necesario aclarar que todos los contenidos fundamentales se encuentran desarrollados en el Decreto Ley 18846 y la Ley 26790.

El Tribunal con este fallo estableció, en aplicación a la autonomía procesal, que no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de pensión vitalicia y de invalidez. Con esta decisión el órgano de control desplazó las formalidades (plazos para interponer los recursos de amparo, artículo 44 del C.P.C.) para atender los

fines de los procesos. Los derechos que protege el recurso de amparo están desarrollados en el artículo 37 del código.

El no acatamiento de la prescripción de plazos para interponer la respectiva demanda, nos conlleva a lo que la doctrina constitucional denomina "Humanización de los derechos fundamentales", es decir que por exigencias formales, se pretenda desestimar el respeto a un derecho sensible y humanizado, como es acceder a la pensión de invalidez o vitalicia, de quien se encuentra en una situación de indefensión por parte del Estado.

c) Mateo Castañeda Segovia

Expediente 00791-2014-PA/TC-Expediente 01044-2013-PA/TC

El presente caso está conectado al origen del conflicto entre el Tribunal Constitucional (TC) y el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), sobre la designación de jueces y fiscales, a su vez aborda los alcances del control constitucional sobre las actuaciones del Consejo Nacional de la Magistratura y, por último, los excesos en que incurrió el Tribunal Constitucional, de pretender sustituir en sus funciones constitucionales de seleccionar y nombrar a magistrados al CNM (Artículos 150 y 154 de la Constitución Política).

La confrontación institucional, entre el TC y el CNM, estalló cuando se emite la sentencia del 30 de abril de 2014 (Expediente 00791-2014-PA/TC) en el proceso de ejecución de sentencia (Expediente 01044-2013-PA/TC), que fue interpuesta por el abogado Mateo Castañeda Segovia contra el Consejo Nacional de la Magistratura.

El fallo fue emitido y suscrito por los ex magistrados Gerardo Eto, Ernesto Álvarez y Carlos Mesía, y sus alcances controvertidos incluyeron cuatro aspectos:

Anuló el nombramiento de dos señoras fiscales supremas, las letradas Zoraida Ávalos y Nora Miraval.

El Tribunal designó directamente como fiscal supremo al demandante Mateo Castañeda, esta decisión fue abusiva e irracional.

Ordenó al Consejo Nacional de la Magistratura, que en un plazo de 10 días hábiles, le expida al Sr. Castañeda Segovia el título de Fiscal Supremo y le tome juramento y, por último, le ordenó además que

efectúe las gestiones ante el Ministerio de Economía, para que asigne la partida presupuestal para dos vacantes destinadas al Ministerio Público y que permitiera cubrir el presupuesto respectivo.

Con esta decisión el Tribunal se excedió, desnaturalizó la autonomía procesal, invadió el fuero del CNM, los magistrados con este fallo usurparon las competencias del CNM, bajo el pretexto de interpretaciones de carácter absoluto, es decir, violentaron al texto constitucional.

El órgano intérprete, por mandato constitucional, está facultado para ejercer el control sobre la constitucionalidad de los actos de otras entidades públicas, incluyendo a los poderes y a los órganos autónomos. Esta competencia no es sinónimo de intromisión, ni de abuso del derecho.

Con la decisión comentada, es evidente que los jueces del Tribunal, fueron más allá del espíritu que el constituyente le reservó al Tribunal, quebraron los parámetros de la constitucionalidad y la legalidad.

Ante esta resolución carente de motivación constitucional, el pleno del Consejo de la Magistratura, asumió la defensa de su fuero y por ende el respeto irrestricto a su autonomía institucional.

Producto de la postura institucional del CNM, el Tribunal retrocedió parcialmente y expidieron el 8 de mayo una resolución aclaratoria, en aplicación del artículo 59 del Código Procesal Constitucional.

El Tribunal está facultado para emitir resoluciones ampliatorias y aclaratorias, no olvidemos que los efectos jurídicos del recurso de amparo son restitutorios y no constitutorios.

El órgano intérprete puede emitir resoluciones ampliatorias que sustituyan la omisión del funcionario y que regule la situación injusta conforme al decisorio de la sentencia.

En la resolución del 8 de mayo, el Tribunal enmendó el tremendo error que pretendieron materializar, es decir, dejar sin efecto la designación de las Fiscales Supremas Ávalos y Miraval, efectuada conforme a la Constitución por el CNM.

A su vez, dejó sin efecto la decisión ilegal y abusiva de designar el Tribunal al abogado Mateo Castañeda, como Fiscal Supremo.

Insistieron en nombrar a Mateo Castañeda, respetando el orden de méritos del concurso.

Solicitaron al Fiscal de la Nación, brinde información actualizada, sobre la existencia de plazas vacantes y a su vez, de no haber vacante, se deje en reserva una plaza y, finalmente, le ordenó arbitrariamente el CNM, no realice ningún concurso público para cubrir plazas para Fiscales Supremos.

El pasado 15 de julio, el nuevo pleno del Tribunal emitió el denominado "Auto del órgano de control Constitucional". Resolvió por unanimidad el pleno declarar fundado el recurso de reposición (nulidad) interpuesta por el Procurador Público del CNM, cuyo argumento central, fue respetar la autoridad de cosa juzgada, establecida en la sentencia definitiva del 16 de enero de 2012 y de respetar las competencias exclusivas del CNM (art. 154, inciso 1, de la Constitución). A su vez declaró infundado el recurso de apelación por salto, interpuesto por el vecino Mateo Castañeda y, finalmente, declaró mediante acta que el CNM cumplió con motivar de modo suficiente la decisión sobre la postulación de Mateo Castañeda al cargo de Fiscal Supremo.

Es necesario aclarar que el Tribunal está facultado para controlar al CNM, en el cumplimiento de sus funciones, puede llegar a exigir a los consejeros del CNM a que motivan sus fallos y desterrar las arbitrariedades, empero no puede, ni debe invadir, ni usurpar, ni trasgredir las funciones y competencias de los órganos autónomos y poderes del Estado. El Tribunal está obligado a respetar los fueros constitucionales y resolver con ponderación y razonabilidad, sin extralimitarse.

Límites al Control Constitucional

Contamos con límites formales y materiales, los primeros los encontramos en la Constitución y las leyes, en los tratados internacionales en materia de los derechos fundamentales, la vigencia efectiva de los derechos constitucionales y, por ende, la primacía de la Carta política, el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales y el reconocimiento de las prácticas procesales vinculadas a los principios especializados y a los principios *ad-hoc*.

Los límites materiales descansan en tres preceptos, postulados y principios como son: subsidiariedad, razonabilidad y proporcionalidad y el de la interdicción de la arbitrariedad, que no se encuentra reconocido por la Constitución, empero en forma indirecta puede desprenderse de lo normado en el numeral 45 de la Constitución Peruana, que reza que "el Poder emane del pueblo y quienes lo ejercer lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que el sistema jurídico lo prevee".

Son límites del ejercicio del control de Constitucionalidad, las denominadas "Cláusulas Pétreas".

El desaparecido maestro mexicano Jorge Carpizo nos precisó que "Todo poder constituido tiene y debe tener límites. El único poder, en principio, jurídicamente ilimitado es el poder constituyente"[16].

Es indudable que el órgano controlador, revisor de la carta política está sometido al poder constituyente y a los principios en que descansa la norma constitucional.

Los límites al órgano de control, son de dos tipos, expresos e implícitos.

Los límites expresos, son los que la propia carta reconoce. A estos límites, como precisa el desaparecido jurista Jorge Carpizo, se les denomina "Cláusulas Pétreas", que son aquellos contenidos constitucionales irreformables como la forma de gobierno, la dignidad del hombre y los principios de soberanía del pueblo (artículo 3 de la Constitución Política del 93).

Estas cláusulas, las encontramos históricamente en la Constitución noruega vigente de 1814. El espíritu de esta norma precisa que jamás deberán contravenir los principios de la Constitución. Si continuamos con datos históricos, la Constitución francesa de 1884, estableció que estaba prohibida la modificación de la forma republicana de gobierno.

Encontramos estas cláusulas en la carta Italiana vigente (1947) que protegen la forma republicana de gobierno. La Constitución francesa vigente de la quinta república (1958) que también desarrolla lo comentado.

Los límites implícitos los relacionamos con los principios fundamentales materiales, supremos o esenciales.

16 CARPIZO MAC – GREGOR, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Ed. Grijley. Lima, 2009.

INDICE

Es necesario aclarar que las cláusulas pétreas pueden ser superadas, más allá de cualquier frontera, como lo mencionó el maestro Jorge Carpizo. El camino es el pacto social y político, y que el nuevo proyecto constitucional se someta a consulta ciudadana. Tenemos definido que el órgano revisor de la Carta, tiene como función reformar, adicionar y actualizar, y no tiene la tarea de sustituir el texto. Esta función está en manos del Poder Constituyente, como lo refiere el magnífico profesor español Pedro de Vega.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido que no podrá ser objeto de reforma o revisión constitucional, la forma republicana de gobierno, el Estado unitario y la dignidad del ser humano. (Expediente: 0047-2004-AI y 0050-2004-AI).

Podremos señalar que nuestro Tribunal Constitucional, en su historia institucional, ha registrado sendas páginas que reflejan fallos coherentes y ajustados a los principios constitucionales y sujetos al espíritu del constituyente peruano. Empero hemos contado con decisiones desatinadas e irracionales, que en aplicación de la autonomía procesal han desnaturalizado el rol del ente controlador de la Constitución. Frente a estos sucesos se debe aplicar los límites al control de la constitucionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

CÁCERES ARCE, Jorge Luis. *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano*. Ed. Adrus. Arequipa 2007.

CARPIZO MAC GREGOR, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites.* Ed. Grijley, Lima 2009.

CHAMPEIL – DESPLATS, Véronique. *En Ideas e Instituciones Constitucionales en el Siglo XX.* Ed. Siglo XXI, México 2011.

Constitución Política de Portugal. Edición Oficial Editorial Presto. Lisboa 2011.

Diario *El Comercio* – Edición del 30 de setiembre de 2014.

DÍAZ REVORIO, F. Javier. *Textos Constitucionales Históricos.* Ed. Palestra. Lima 2004.

FIX ZAMUDIO, Héctor. *Aspectos del Derecho Procesal Constitucional.* Ed. Idensa. Lima 2009.

FIX ZAMUDIO, Héctor. *En Manual Constitucional*. En Quiroga León Aníbal. Ed. Caballero Bustamante, Lima, 2012.

GARCÍA DE ESTERRIA, Eduardo. *Compendio Constitucional y Procesal Civil.* Ed. Caballero Bustamante. Lima, 2012.

HÄBERLE, Peter. *En el Control del Poder*. Ed. Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Tomo I. Lima 2012.

LANDA ARROYO, César. "Aspectos del Derecho Procesal Constitucional – Autonomía Procesal del T.C.", *Los votos singulares en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Editorial ECB. Lima, 2012.

PÉREZ TREMPS, Pablo. *Derecho Constitucional.* Ed. Tirand la Blanch. Valencia, 2013.

QUIROGA LEÓN, Aníbal y CHIABRA VALERA, Cristina. *Compendio Constitucional y Procesal Civil.* Ed. Caballero Bustamante. Lima, 2012.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Manual del Litigante Constitucional.* Ed. Caballero Bustamante, Lima 2012.

Tribunal Constitucional. Sentencia Expediente N° 01939-2011-PA/TC del 08-11-2011.

Arequipa, octubre de 2014

REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA DENOMINADA "AUTONOMÍA PROCESAL" DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Nelson Ramírez Jiménez**

I. LA EXPERIENCIA NACIONAL: Uno de los temas controvertidos del actuar jurisdiccional del Tribunal Constitucional (en adelante TC) es el ejercicio de esta autonomía. Si bien es cierto que los procesos constitucionales tienen más de "jus constitutionis" que de "jus litigatoris", en el sentido que la materia discutida está referida a la tutela de los derechos fundamentales, es más de interés publico que del mero interés particular, ello no debe autorizar al TC a actuar libremente en este sensible campo que toca a las garantías del debido proceso. Si esa autonomía le permite conseguir los fines de los procesos constitucionales, bienvenida sea; sin embargo, son varios los casos en que ha sido desnaturalizada.

Hay que admitir que la enorme tarea de dar contenido específico a los valores y principios que integran la carta constitucional, amerita actuar con flexibilidad en el campo procedimental, ya que la tutela urgente y

* Socio del Estudio Muñiz, Pérez, Taiman y Olaya. Profesor universitario.

eficaz, así como la adecuada ejecución de las sentencias constitucionales, tienen un especial interés en los procesos de la libertad. Ya la CIDH ha recurrido también a una especie de autonomía procesal para extender los alcances de la reparación integral a favor de la víctimas en el derecho internacional de los derechos humanos.

Este camino escogido por el TC peruano ha sido objeto de especial atención, especialmente cuando con ello pretende lograr superar el inmovilismo impuesto por un sistema procesal estructurado pensando en la tutela de derechos subjetivos, antes que en un proceso de interés de la sociedad. Bien dice Sandra Serrano[1] al respecto que "Los derechos humanos contemporáneos están lejos de poder ser comprendidos bajo la clásica categoría de derecho subjetivo. Si bien se exigen prestaciones del Estado, más bien se trata de la exigencia de conductas en distintos planos, en las que intervienen distintas autoridades e, incluso, los particulares. Las relaciones unidireccionales de los derechos los privan de su impacto en el actuar cotidiano de las autoridades en la medida que se les ven como ya realizados y estáticos. En cambio, las relaciones multidireccionales planteadas por las obligaciones y los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, nos hablan de derechos dinámicos, en constante cambios, que exigen conductas diversas de las autoridades y, por tanto, en acción". Esta diferencia justifica el ejercicio dinámico que la "autonomía procedimental" puede acompañar bien, y por tanto, amerita su reconocimiento.

II. ACIERTOS Y DESACIERTOS: Ciertamente, un ejercicio asumido con ligereza tanto conceptual como práctica, convierte a esta autonomía en un instrumento inconstitucional, razón por la que el TC ha recibido severas críticas. Sin perjuicio de los desaciertos conocidos, adelanto mi criterio en el sentido que el ejercicio de la autonomía debe ser alentado, especialmente en atención a la preservación y respeto de los valores que la Constitución estatuye como base de nuestra convivencia como sociedad. A tal efecto, algunas consideraciones debieran ser tenidas en cuenta:

(1) Bien sostiene Domingo García Belaúnde que esta autonomía, tomada de la experiencia alemana, nace con un error de traducción. Lo que

1 *Derechos Humanos en la Constitución. Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana*. Coordinadores Eduardo Ferrer, José Luis Caballero, Christian Steiner, Edit. Konrad Adenauer Stiftung; Suprema Corte de Justicia de México, 2013, pág. 131.

en realidad existe allá es "autonomía procedimental" y no procesal. Esta es una gran diferencia, pues hablar de libertad para regular el "proceso" puede afectar las garantías que integran valores constitucionales, mientras que hablar de flexibilidad del "procedimiento" hace referencia a factores de eficacia, celeridad, sin que se afecte el debido proceso. Por ello es que sostengo que si la entendemos desde la estricta perspectiva de autonomía procedimental, cabe alentar su ejercicio.

(2) La creación de reglas procedimentales no debe ser producto de un ejercicio arbitrario. Las reglas deben ser creadas para favorecer la eficacia del proceso; por ende, la simple invocación de economía procesal no debe ser la razón suficiente de su creación, menos si con ella se afectan las garantías del debido proceso. No hay peor inconstitucionalidad que la que comete un Tribunal Constitucional. Por ejemplo, de la experiencia conocida podemos estar de acuerdo con las flexibilidades procedimentales creadas postsentencia, hipótesis que se presenta cuando el instrumento procedimental que se crea es posterior al agotamiento de un proceso que ha cumplido su objeto, respetando las garantías constitucionales que lo perfilan como tal. Me refiero a la creación de instituciones como la "apelación por salto" (Exp. 00004-2009-PA/TC), que nace en la etapa de ejecución de sentencia (es decir, el debido proceso para la toma de decisiones ya concluyó y lo que queda en más, es el ejercicio del imperium para que se cumpla el mandato). Esta regla "procedimental" tiene por objeto exonerar a la Corte Superior del conocimiento de las resoluciones dictadas en esa etapa final, asumiendo su conocimiento el TC de manera directa. Eficacia plena, sin que se afecte ninguna garantía procesal. A mi modo de ver, esta es la línea de autonomía procedimental que debe seguir el TC.

(3) Es claro que la flexibilidad procedimental le permite actuar también al interior del proceso en trámite, antes de la sentencia. Por ejemplo, (i) en la ampliación de los plazos procesales; (ii) en la admisión de la legitimidad ampliada para quien pretenda tutela de derechos colectivos; (iii) en exigir el cumplimiento previo de la sentencia de amparo que se pretende cuestionar en el proceso de amparo contra amparo, etc., pero no debe permitirle obviar garantías básicas de la defensa, que por ejemplo, le autorice a condenar a quien no ha ejercido ese derecho, tal como ocurrió en el caso competencial entre el Ministerio de Comercio Exterior y el Poder Judicial. Ese límite jamás puede ser sobrepasado. No hay autonomía que lo justifique.

INDICE

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA CONVALIDAR ESTE ACTUAR

Hablar de "autonomía" no significa autarquía. Analizado el Código Procesal Constitucional se encuentran disposiciones que permiten avizorar que el legislador tuvo presente la especial tarea que le compete a la justicia constitucional y, por tanto, delineó algunos parámetros que dan sustento a este ejercicio autónomo. Al respecto Gerardo Eto Cruz[2] señala que "El TC peruano ha incorporado, proveniente de la denominación utilizada por el Tribunal Constitucional Federal alemán, el concepto de autonomía procesal a través de la Resolución de 8 de agosto de 2005, recaída en el Expediente Nº 0020-2005-PI/TC (Considerando Nº 2). Allí, se refirió a la autonomía procesal en los siguientes términos: "Según éste principio, el Tribunal detenta en la resolución de cada caso concreto la potestad de establecer, a través de jurisprudencia, normas que regulen el proceso constitucional, a través del precedente vinculante del artículo VII del C.P.Const, en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional. La norma así establecida está orientada a resolver el concreto problema -vacío o imperfección de norma- que el caso ha planteado y, sin embargo, lo trascenderá y será susceptible de aplicación ulterior debido a que se incorpora, desde entonces, en la regulación procesal constitucional vigente. Que el establecimiento de la norma, en cuanto acto de integración, debe orientarse a la realización y optimización de los fines del proceso constitucional y, en particular, efectuarse en consideración de la particularidad del derecho procesal constitucional en cuanto derecho constitucional concretizado".

De dicha lectura sistemática del Código Procesal Constitucional (Ley 28237) podemos considerar las siguientes disposiciones:

Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

2 ETO CRUZ, Gerardo. *Tratado del Proceso Constitucional de Amparo.* Tomo I, pág. 630, Edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

Artículo III.- Principios Procesales

Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediación y socialización procesales.

Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

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.

Estos fundamentos normativos fueron considerados en el Exp. 1417-2005-AA/TC:

"(…) dicho cambio de precedente se encuentra amparado por el principio de autonomía procesal que informa a las funciones de valoración, ordenación y pacificación de este Tribunal, conforme al cual, dentro del marco normativo de las reglas procesales que le resultan aplicables, éste goza de un margen razonable de flexibilidad en su aplicación, de manera que toda formalidad resulta finalmente supeditada a la finalidad de los procesos constitucionales: la efectividad del principio de supremacía de la Constitución y la vigencia de los derechos fundamentales.

El artículo III del Título preliminar del CPConst. establece la obligación del juez constitucional de "adecuar la exigencia de las formalidades previstas en éste Código al logro de los fines de los procesos constitucionales", por lo que goza de cierto grado de autonomía para establecer determinadas reglas procesales o interpretar las ya estipuladas, cuando se trate de efectivizar los fines de los procesos constitucionales.

En efecto, mediante su autonomía procesal el Tribunal Constitucional puede establecer reglas que tengan una pretensión de generalidad y que puedan aplicarse posteriormente a casos similares, siempre que éstas reglas tengan como finalidad perfeccionar el proceso constitucional, y se encuentren limitadas por el principio de separación de poderes, la ya mencionada vigencia efectiva de los derechos fundamentales y los principios de razonabilidad y proporcionalidad".

Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

A mi modo de ver, este numeral apoya también el ejercicio de esta autonomía, pues es claro que el control difuso no está referido solo a normas sustanciales, sino que también alcanza a las procesales. Por ende, nada obsta a que el TC pueda dejar de aplicar una norma procedimental que afecte los fines del proceso constitucional, o que extienda sus alcances. La existencia de las denominadas sentencias "manipulativas" a través de las cuales el TC ha resuelto procesos de inconstitucionalidad haciendo interpretaciones "conforme a la Constitución" para evitar expulsar leyes que de haber sido interpretadas en determinado sentido podrían incurrir en inconstitucionalidad (evitando con ello generar vacíos legales con consecuencias graves) es demostración de la adecuación de las formas procedimentales a los fines del proceso.

Artículo VII.- Precedente

> Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

En un anterior artículo[3] sostuve que en base al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional ha ejercido dicha facultad de manera constante habiendo publicado aproximadamente 45 precedentes, (con la salvedad que puedan ser más o menos según se mire[4]) que versan sobre diferentes temas: derecho penal, procesal

3 RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson. "Jurisprudencia Vinculante", *Revista Ius et Veritas* Nº 45, dic. 2012, pag. 45 y ss. También se puede encontrar publicado en https://unfv.academia.edu/NelsonRamirez

4 Ver http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_sis_02.php y podrá apreciarse que uno de los precedentes publicados está referido a otro anterior que es dejado sin efecto, con lo cual su valor estadístico es neutro y no debiera contabilizarse ninguno de los dos.

penal, ejecución penal, laboral, previsional, administrativo, parlamentario, procesal civil, arbitraje y derechos fundamentales.

Sin perjuicio de que podamos estar de acuerdo o no con el sentido de los precedentes adoptados por el Tribunal Constitucional[5], es evidente que estamos ante una institución importante. El precedente normativo, ejercido con ponderación, serenidad y visión de futuro, es un instrumento noble que amerita ser reconocido, difundido y defendido. Es bastante conocida la tendencia que cuestiona conceder atribución a los jueces para que puedan "crear" derecho, ya que estiman que su único papel es el de interpretar "correctamente" la ley, para aplicarla al caso concreto.

Por otro lado, siendo que el propio Tribunal Constitucional ha fijado los requisitos que deben presentarse para fijar un precedente, podríamos tener la seguridad de que no estamos en presencia de meras inspiraciones. Su creación, en efecto, amerita actuar con mucha responsabilidad y por ello se ha dejado establecido en los exps. 0025-2005-PI y 0026-2005-PI que procede fijarlos cuando:

1. Se aprecian contradicciones en la manera de concebirse o interpretarse los derechos, principios o normas constitucionales o de relevancia constitucional;
2. Se constata la presencia de interpretaciones erróneas de una disposición constitucional o integrante del bloque de constitucionalidad, lo que a su vez genera una indebida aplicación de la misma;
3. Se comprueba la existencia de un vacío normativo;
4. Se acredita que una norma jurídica admite varias posibilidades interpretativas;
5. Tras el conocimiento de un proceso de tutela de derechos, se aprecia que la conducta reclamada se apoya en una norma jurídica que no solo afecta al reclamante, sino que por sus efectos generales incide sobre una pluralidad de personas;
6. Se hace necesario el cambio del precedente vinculante.

5 García Belaúnde, criticando esta actuación, señala que "la falsa idea de ser "comisionado del poder constituyente" ha hecho que hayan usado extensamente el concepto "precedente vinculante", con lo cual han querido imponer prácticamente una dictadura virtual sobre el resto de los operadores jurídicos…"

INDICE

Estos parámetros establecen límites a lo que podría devenir en libre creación, que a nadie genera seguridad. Es por ello mismo criticable la tendencia del Tribunal Constitucional de sustentar sus decisiones en lo que denomina "autonomía procesal" antes que "procedimental", pues esa prerrogativa pone en riesgo el deber de autorestricción en el ejercicio de estas potestades[6].

El juez es la boca por la que se expresa la ley, o el silogismo clásico que permitía "administrar justicia" mediante un simple proceso lógico, tuvieron, es verdad, una enorme influencia en los albores del proceso jurisdiccional; en ese contexto era entendible la visión sedentaria del papel del juez en el proceso, limitado a admitir y a acumular los pedidos de las partes, sin iniciativa propia. Dar paso a la figura del juez director del proceso se debe en gran medida a la desaparición del mito que estimaba al Poder Legislativo como primer poder del estado, en base a la idea de que el legislador era infalible. Si a ello sumamos el papel del Constitucionalismo y la vigencia de lo que se denomina Estado Constitucional de Derecho, cuyas ideas esenciales son que la Constitución es una norma jurídica y no solo política, y que la norma suprema constituye un parámetro a la actividad del Legislativo que debe ceñirse a sus valores y principios, se perfila el nuevo papel del juez en la sociedad actual. El activismo judicial paso a tener carta de ciudadanía.

Hoy en día la actividad jurisdiccional es distinta. Alexy[7] precisa este estado de cosas cuando dice que "(…) se acentúan el valor frente a la norma, la ponderación frente a la subsunción, la omnipresencia de la Constitución frente a la independencia del Derecho ordinario, y la omnipotencia judicial apoyada en la Constitución frente a la autonomía del legislador democrático dentro del marco de la Constitución."

Es claro que a cada generación le corresponde mejorar el legado recibido, axioma que explica la evolución someramente reseñada. Hoy, nuestra generación se enfrenta a situaciones muy distintas en todo tipo de aspectos, siendo el jurídico constitucional uno de los mayores, pues involucra la defensa de la dignidad de la persona humana y de los derechos que le son fundamentales. La teoría de la argumentación, por ejemplo, ha

6 LANDA ARROYO, César. "Autonomía Procesal del Tribunal Constitucional: La experiencia del Perú"; Derecho Procesal Constitucional, *Ius et Veritas,* Lima.

7 ROBERT, Alexy. *El concepto y la validez del Derecho.* Gedisa, Barcelona, 1994, pág. 160.

justificado nuevos enfoques en la forma en que deben pronunciarse los jueces al resolver las controversias. En ese orden de ideas, un sector de la tradición continental nos decía que para enfrentar los cambios sociales era necesario reformar la constitución, para que se acomode a los nuevos tiempos. Hoy, bien sabemos, ello no es necesario ni ineludible, pues la Jurisprudencia, atenta y firme, puede asumir la tarea de adecuación de la carta magna, hacerla una "constitución viviente", en la que, respetando sus valores y principios, logre su armonización con las necesidades que las sociedades reclaman.

Junto con estas ideas se hace necesario resaltar la tarea de la interpretación constitucional. Nuestro texto constitucional es "poroso" por una serie de razones que van desde el uso de conceptos indeterminados, multívocos, o por la aparición de nuevas circunstancias de tiempo y lugar, o porque los textos representaron en su oportunidad fórmulas de transacción entre las fuerzas políticas que, desde la Asamblea Constituyente, actuaron en su diseño. Sea como fuere, es necesario que la Constitución se mantenga vigente durante un periodo razonable para que, entre otras consecuencias, permita fortalecer el crecimiento del "bloque de constitucionalidad" que crece a su sombra. Por ello, cabe aceptar la filosofía que existe detrás de la idea de que la buena vida de las constituciones está dada por su desarrollo, en la continuidad. La interpretación plasmada en la jurisprudencia, permite que ese desarrollo se logre sin la necesidad de reformas totales o parciales. En todo caso, la jurisprudencia debe ser el instrumento natural para ese desarrollo; la reforma, la excepción.

El valor de la jurisprudencia constitucional es indiscutible. Aharon Barak en su obra *Un Juez reflexiona sobre su labor* define de manera precisa su importancia cuando dice que "En realidad, la desviación del precedente del tribunal es un asunto grave y se debe tomar con responsabilidad. El precedente no es inmutable, pero oponerse a la jurisprudencia establecida no es un objetivo en sí mismo. La separación del precedente debe ser la excepción, no la regla. Y cuando un juez se aparta del precedente, debe ser explícito al respecto, asumiendo responsabilidad personal por el cambio. El Poder Judicial debe ser transparente… la "carga de la prueba" debe yacer en quien sea que desee apartarse del precedente. Por tanto, cuando se equilibran las balanzas debemos apegarnos al precedente".

La labor interpretativa de los jueces puede generar varias "normas" de un solo dispositivo, atendiendo a una serie de factores. Por ende, la jurisprudencia que contiene ese "derecho nuevo" debe tener una virtualidad

INDICE

jurídica sobre los órganos inferiores, sin que se le pueda negar esa eficacia bajo el argumento de que los jueces no son legisladores y, por ende, no pueden generar normas de alcance general. Tampoco se le puede oponer a ese valor el fácil argumento de que los jueces solo deben sustentar sus decisiones en la ley y no en la jurisprudencia, llegándose a desconocer a esta el valor de fuente de derecho. Comanducci[8], con una brillante justificación, expresa la legitimidad del efecto vinculante. "Desde un punto de vista teórico diría que es de sentido común constatar que la discrecionalidad judicial es, en alguna medida, inevitable y que eso depende, a la vez, de factores objetivos y subjetivos. Factores que están fuera del alcance del juez y factores que, en cambio, podrían ser modificados por los mismos jueces. Los factores objetivos son aquellos –bien conocidos– de tipo semántico, es decir, que dependen de la *open texture,* de la textura abierta del lenguaje natural, que no permite al legislador formular normas tan precisas que puedan siempre ser interpretadas de una única forma. Los factores subjetivos son igualmente conocidos: están constituidos por la interacción de ideologías e intereses en la decisión... ¿Es compatible ésta constatación, según la cual los jueces producen normas jurídicas –bastante compartida a nivel teórico–, con el valor de la separación de poderes, al que todos parecen tener mucho aprecio? Yo diría que sí, si nos damos cuenta que aquel concepto de la separación de poderes según el cual el juez se limita a aplicar, mientras que el legislador es el único productor de normas, es fruto de las ideologías jurídicas del inicio del siglo XIX, y poco tiene que ver con la ideología de la separación de los poderes de Montesquieu, que -ésta sí- se encuentra en la base de la idea liberal del Estado "limitado". La separación de poderes de Montesquieu solo significa que los poderes no deben estar todos en las manos de un único sujeto. Deben estar divididos. No significa, sin embargo, que un poder deba ser ejercido exclusiva y necesariamente por un solo órgano, y otro poder por otro órgano. La constatación que puede hacerse en el nivel teórico es que el poder normativo – es decir, el poder de producir normas que vinculan a la colectividad –, que es el poder más importante y "peligroso", en los países modernos está dividido o fraccionado. No lo ejerce solo el legislador, sino que lo ejercen también otros órganos: el tribunal constitucional (si existe), los jueces en alguna medida y, en parte también, el gobierno y la administración pública… Se trata entonces de encontrar formas para asegurar la coherencia en el tiempo de las decisiones interpretativas de

8 Comanducci, Paolo; Democracia, Derechos e Interpretación Jurídica, Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2010, Pág. 149 y ss.

los jueces, porque solo así ellas serán de alguna forma previsibles y previsible también resultará, en alguna medida, la decisión final del caso". La coherencia reclamada es base suficiente para entender el efecto normativo.

En otro orden de ideas, cabe discutir cuál sería la finalidad de la exigencia de motivación en las resoluciones judiciales que la Constitución exige como garantía del debido proceso, si luego de ello, la decisión pasa a ser una pieza de biblioteca. Es cierto que la motivación forma parte del debido proceso y constituye una garantía para el justiciable, quien en base a ella, puede expresar sus agravios al momento de impugnar la decisión; sin embargo, hay una finalidad más trascendente, referida al respeto de un derecho fundamental, esto es, la igualdad ante la ley, pues no es aceptable que un mismo caso sea resuelto de manera diferente según sea el órgano judicial interviniente. Ferreres y Xiol[9] sostienen, con la mayor rigurosidad lógica, que "Si las decisiones de los Tribunales han de cumplir con el requisito de ser motivadas, de no ser arbitrarias y de tratar igualmente a los ciudadanos, entonces, el que en un caso se tome cierta decisión tiene que determinar que la misma decisión haya de tomarse para un caso igual a él en los rasgos relevantes… en dos casos iguales hacen pronunciamientos distintos órganos judiciales de diferentes jerarquías, parece lógico que se tenga una deferencia por el órgano superior; de lo contrario, no solo se ponen también en peligro valores como la igualdad y la interdicción de la arbitrariedad, sino seguramente un valor quizás más profundo y que sustenta a ambos, el valor de la racionalidad misma del proceso de toma de decisiones". La supuesta independencia del juez no es argumento idóneo para contrarrestar esta verdad de perogrullo.

Por lo demás, un sistema de precedentes obliga a los jueces a pensar en el impacto del caso *sub júdice* respecto de los casos futuros sustancialmente iguales. Al resolver se obliga a hacer una abstracción de las partes litigantes, acentuando con ello el sentido de imparcialidad. Esta sola posibilidad amerita darle valor al efecto *erga omnes,* pues al actuar de esa manera lo hace según los fines del Art. 1 del Código Civil Suizo, que le reconoce al juez el papel de legislador cuando dice que "En defecto de ley o costumbre, el juez decidirá según la regla que él mismo establecería como legislador".

9 FERRERES, Víctor y ANTONIO XIOL, Juan. *El carácter vinculante de la Jurisprudencia,* 2.ª edición -2010; FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO, MADRID.

INDICE

El TC ha dejado establecido "Que descartada la aplicación analógica del Código Procesal Civil en este tipo de proceso… queda a este Tribunal la posibilidad de cubrir el vacío normativo en ejercicio de la potestad derivada del principio de autonomía procesal del Tribunal Constitucional… que este principio ya ha sido incorporado a la jurisprudencia por este Colegiado[10]. Según él, este Tribunal detenta en la resolución de cada caso concreto la potestad de establecer, a través de su jurisprudencia, normas que regulen el proceso constitucional, a través del precedente vinculante del artículo VII del CPConst, en aquellos aspectos donde la regulación procesal constitucional presenta vacíos normativos o donde ella debe ser perfeccionada o adecuada a los fines del proceso constitucional. La norma así establecida está orientada a resolver el concreto problema –vacío o imperfección de norma– que el caso ha planteado y, sin embargo, lo trascenderá y será susceptible de aplicación ulterior debido a que se incorpora, desde entonces, en la regulación procesal constitucional vigente… que esta configuración del proceso a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no constituye, empero, una potestad libre sino sujeta a límites, conforme ya se estableció en la resolución de fecha 8 de agosto de 2005 [11], dentro de los que debe destacarse la observancia de la regulación procesal constitucional vigente".

Por lo extensamente expuesto, el art. VII comentado constituye base legal suficiente para legitimar el ejercicio de la autonomía procedimental por parte del TC.

Artículo IX.- Aplicación Supletoria e Integración

En caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo. En defecto de las normas supletorias citadas, el Juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del derecho procesal y a la doctrina.

Este dispositivo autoriza al TC a cubrir los vacíos o defectos legales para evitar el *non liquet* ("no está claro"). Dicha integración debe cuidar de conseguir los fines de los procesos constitucionales, cuya principal

10 Resolución del 8 de agosto de 2005, recaída en el Exp. Nº 0020-2005-PI/TC (Considerando N.º 2).

11 Resolución del 8 de agosto de 2005, recaída en el Exp. Nº 0020-2005-PI/TC (Considerando N.º 3).

razón de ser es la custodia y protección de la persona humana. Esto es, el Derecho al servicio de la persona y no al revés. Es hidalgo admitir que en varios casos, el TC ha utilizado bien la autonomía procedimental para lograr un mejor desarrollo del proceso, obviando trámites innecesarios, evitando reenvíos o decidiendo el fondo del asunto ante la comprobada certeza y urgencia de los derechos a proteger.

Artículo 6º.- Cosa Juzgada

En los procesos constitucionales solo adquiere la autoridad de cosa juzgada la decisión final que se pronuncie sobre el fondo.

Artículo 13º.- Tramitación preferente

Los jueces tramitarán con preferencia los procesos constitucionales. La responsabilidad por la defectuosa o tardía tramitación de estos, será exigida y sancionada por los órganos competentes.

Artículo 22º.- Actuación de Sentencias

La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata.

Artículo 120º.- Subsanación de vicios en el procedimiento

El Tribunal, antes de pronunciar sentencia, de oficio o a instancia de parte, debe subsanar cualquier vicio de procedimiento en que se haya incurrido.

El análisis de dichas disposiciones nos evidencia que los procesos constitucionales deben ser analizados desde la perspectiva de una cuestión de *ius constitutionis,* que permite entender tanto la flexibilización de los procedimientos (sin violar el debido proceso), como el reconocimiento de la ejecución preferente de sus sentencias. Adicionalmente, nos hace ver el nuevo enfoque referido a temas dogmáticos de la doctrina procesal tradicional, como el valor relativo de la cosa juzgada, la ejecución inmediata de la sentencia impugnada o la subsanación de vicios actuando de oficio. También juega a favor de ello la urgencia de tutela que la naturaleza de los derechos reclamados exige, pues no es aceptable que el "plazo

razonable" que exigen los convenios internacionales sobre Derechos Humanos sea violado manifiestamente por los tribunales constitucionales por la excesiva demora en atender la solución de los casos. De no ser así, subsistirá el sentimiento generalizado sobre el divorcio manifiesto entre la Constitución normativa y la Constitución viviente, entre el texto y la realidad. En estos procesos se debe admitir, aparte de la jurisprudencia normativa, nuevas tendencias como por ejemplo: aceptarse la mutación constitucional a través de los fallos; admitir el valor de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos, para evitar confrontaciones como las acaecidas en Estados Unidos, donde algunos magistrados de la Corte Suprema consideran inconstitucionales las sentencias que se apoyan en sentencias extranjeras; reconocer al derecho comparado como una fuente de interpretación constitucional; en los países que tienen el sistema dual o mixto de control concentrado y control difuso, imponer la obligación de que las sentencias de los jueces ordinarios que declaran una inconstitucionalidad con efecto inter partes, sean elevadas en consulta a conocimiento del máximo interprete, para mantener la unidad de la jurisdicción constitucional, entre otras manifestaciones de naturaleza *ius constitutionis.*

Este catálogo es simplemente ejemplificativo como podrá suponerse. Mención especial me merece una opción procedimental de enorme importancia que ameritaría ser considerada por el colegiado de justicia constitucional concentrada: adoptar una especie de "certiorari axiológico positivo", para que el TC, excepcionalmente, se pueda avocar a aquellos casos que sean éticamente emblemáticos para la Nación. En efecto, reflexionemos atendiendo a estos presupuestos: La Constitución gira en torno, principalmente, a valores. Su visión axiológica para la sociedad peruana debiera ser considerada por el TC para abrir sus compuertas de competencia excepcional, y en mérito de ello, avocarse *ex officio,* al conocimiento de procesos en los que, de manera manifiesta, se aprecie violación de un derecho fundamental basado en actos de corrupción. Con esta variable, en vez de haber pretendido controlar graves afectaciones vía proceso competencial, debiera hacerlo vía recurso extraordinario de control ético. Nos parece una actitud concorde con los valores y principios constitucionales, sin necesidad de recurrir a un proceso competencial marcadamente ajeno a la materia que se discutió en él. Es claro que la corrupción es un cáncer que afecta los altos intereses nacionales. Si el TC tiene ante sí un caso en que se aprecia que la decisión adoptada no tiene otro fundamento que no sea la venalidad, ¿por qué no avocarse a su conocimiento de manera

excepcional? Ya asume competencia extraordinaria en temas de narcotráfico y lavado de activos, de tal manera que el camino ya está iniciado.

CONCLUSIÓN:

Alentamos la "autonomía procedimental", ejercida seria, reflexiva y mesuradamente, sin que en ningún caso, se justifique afectaciones al debido proceso. Creemos que su radio de acción debiera ampliarse al control ético de los procedimientos cuando se aprecie actos de corrupción que agravian los fines de la justicia.

LA CORTE INTERAMERICANA Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

*Susana Inés Castañeda Otsu**

1. Introducción

Producto de la constitucionalización del Derecho Internacional de los derechos humanos, a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*[1], la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) viene desarrollando la doctrina jurisprudencial del control de convencionalidad que, entre una de sus manifestaciones, encarga a los jueces de los ordenamientos internos el poder-deber de abstenerse de aplicar en los casos que conocen, cualquier normativa contraria a los postulados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[2] (en adelante Convención Americana). De este modo, los jueces internos de todas las instancias, quedan vinculados a las disposiciones de la citada

* Jueza Superior. Presidenta de la Sala Penal de Apelaciones y Coordinadora del Subsistema Anticorrupción -Nuevo Código Procesal Penal, Distrito Judicial de Lima. Magíster en D° mención en Ciencias Penales y Especialista en DDHH. Profesora de la Academia de la Magistratura, y de la Maestría en Derecho, Universidades San Martín de Porres, Pontificia Universidad Católica y Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

1 *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

2 Conocida también como Pacto de San José de Costa Rica.

Convención y a la interpretación de sus disposiciones por parte de la Corte IDH, interpretación que incluye otros tratados del Sistema Interamericano.

La ponencia tiene como finalidad efectuar un análisis de la evolución de la doctrina jurisprudencial del control de convencionalidad y sus implicancias en relaciones a los órganos internos encargados de cumplirla, en especial de los jueces, que deben aplicarla en los casos concretos, y a quienes la CIDH encarga el control difuso de convencionalidad.

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 22 de noviembre de 1969 se adoptó la Convención Americana, en vigor desde el 18 de julio de 1978. Tratado internacional, que crea la Corte IDH, órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Está compuesta de siete jueces nacionales de los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales[3]. Son elegidos para un periodo de seis años y podrán ser reelectos por una vez (artículo 54.1). En mérito a la Opinión Consultiva 20/09[4], el juez nacional del Estado demandado no podrá participar en los casos contenciosos originados en peticiones individuales[5].

Ejerce una función contenciosa y una consultiva. Por la primera, es competente para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana que le sea sometido por la Comisión Interamericana o por los Estados Partes que expresamente le hayan conferido esta atribución, luego de que se ha

3 El 22 de mayo de 1979 fueron electos los primeros siete jueces de la Corte IDH. Su sede es la ciudad de San José de Costa Rica, donde se instaló desde el 3 de septiembre de 1979.

4 De 29 de septiembre de 2009. "Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

5 Prohibición que fue incorporada en las reformas al Reglamento de la Corte IDH, conforme es de verse del artículo 19.1: "En los casos a que hace referencia el artículo 44 de la Convención, los Jueces no podrán participar en su conocimiento y deliberación, cuando sean nacionales del Estado demandado". Reglamento aprobado por la Corte en su LXXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009 y en vigor desde el 1 de enero de 2010.

seguido el procedimiento previsto en sus artículos 61.1 y 62.3. Por la función consultiva, interpreta las disposiciones de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, incluyendo las opiniones que emite a solicitud de un Estado miembro de la Organización, acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales (artículo 64.1)

Todas las sentencias que emite la Corte IDH vinculan a los órganos jurisdiccionales de los ordenamientos internos, porque contienen las interpretaciones que realiza la Corte IDH acerca de la Convención Americana y de los tratados del Sistema Interamericano. Además, una vez emitidas gozan de la fuerza de la cosa juzgada de las decisiones y deben ser cumplidas en el Estado Parte declarado responsable, sin perjuicio de que los criterios interpretativos que fija en cada pronunciamiento, deben ser cumplidos en los ordenamientos internos de cada Estado Parte de la Convención Americana.

El número de jueces y su actividad en periodos de sesiones, sin duda limitan su función contenciosa. Desde su creación a la fecha ha emitido más de 250 sentencias, número que si bien puede considerarse reducido dada la gran cantidad de peticiones que recibe la Comisión Interamericana, por la fuerza vinculante de sus sentencias –artículo 68.1 de la Convención Americana– ha logrado que su jurisprudencia se irradie hacia los jueces del Poder Judicial y miembros de los Tribunales Constitucionales, como es el caso de Perú. Fuerza vinculante de las sentencias que ha adquirido mayor expansión a través de la doctrina jurisprudencial del control de convencionalidad.

3. Evolución de la doctrina jurisprudencial del control de convencionalidad

En el año 2003, el entonces Juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez utilizó por primera vez el término control de convencionalidad. Lo hizo al emitir el voto concurrente razonado en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*[6], en el cual señaló: "(…) No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio

6 *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2003. Párr. 27 del voto concurrente razonado.

INDICE

–sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional".

Posteriormente, en el año 2004 desarrolló sus ideas en el voto concurrente razonado en el *Caso Tibi vs. Ecuador*, en el cual expresó que la tarea de la Corte IDH se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general– a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales, controlan la "constitucionalidad" de esos actos; en cambio, la Corte IDH resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos en relación con normas, principios y valores contenidos en los tratados en los que funda su competencia contenciosa. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática, mientras que el Tribunal Interamericano pretende conformar esa actividad al órgano internacional acogido en la Convención Americana, fundadora de la jurisdicción interamericana, cuya competencia ha sido aceptada por los Estados partes en ejercicio de su soberanía[7].

Dos años después, en febrero de 2006, nuevamente emite un voto razonado en el *Caso López Álvarez vs. Honduras*, en el cual reitera su criterio en relación al control de convencionalidad que lleva a cabo la Corte IDH.[8] Lo mismo ocurre con el voto razonado emitido el mismo mes y año, en el *Caso Vargas Areco vs. Paraguay* [9] en el cual concluye que el juez internacional, al igual que el constitucional, no sustituye al juez ordinario en la apreciación de hechos y pruebas y la emisión de absoluciones o condenas.

7 *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de setiembre de 2004. Párr. 3 del voto concurrente razonado.

8 *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 01 de febrero de 2006. Párrafo 30 del voto razonado, en relación a los criterios para evaluar el plazo razonable. Para García Ramírez, al llevarse a cabo el análisis de la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención –es decir, el órgano que practica el "control de convencionalidad"– debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso.

9 Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, sentencia de 26 de setiembre de 2006. Párrs. 6 y 7 del voto razonado.

El juez García Ramírez fue quien inicialmente utilizó la terminología de control de convencionalidad; sin embargo, es preciso anotar que este control siempre ha sido realizado por la Corte IDH, órgano jurisdiccional que desde su primera sentencia tuvo que evaluar los hechos internos para determinar si eran compatibles o no con los postulados de la Convención Americana y lo sigue haciendo, analizando además los tratados específicos que desarrollan algunos de los derechos de la citada Convención. Si los hechos internos no son compatibles con lo estipulado en la Convención y los tratados específicos, el resultado es la declaración de responsabilidad internacional del Estado Parte.

Es a partir de la sentencia del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, de fecha 26 de septiembre de 2006, que el Pleno de la Corte IDH por primera vez hace suya la terminología del control de convencionalidad. En esta sentencia establece que el artículo 2 de la Convención Americana tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial, de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Pero si el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, por lo tanto, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella (fundamento 123).

En el fundamento 124, sostiene que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. **El Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana**, para lo cual debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana como su intérprete última.

De este modo, la Corte IDH otorga a los jueces internos una nueva función, la tarea de velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención Americana no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. Conforme a lo resuelto, se trata de un control difuso de convencionalidad, ya que el control se verificará entre las normas jurídicas internas

INDICE

que aplican en los casos concretos y la Convención Americana. El canon interpretativo no solo lo constituye este instrumento protector de los derechos humanos, sino también la interpretación que de sus disposiciones haya efectuado la Corte IDH.

El mismo año 2006, dos meses después de la mencionada sentencia, la Corte IDH reitera su doctrina del control de convencionalidad en dos casos que directamente conciernen al Estado peruano, nos referimos al *Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*[10] y *Caso La Cantuta*[11]. En la primera reitera que los jueces se encuentran sometidos a la Convención Americana, quienes no solo deben ejercer un control de constitucionalidad, sino también **"un control de convencionalidad" *ex officio*** entre las normas internas y la Convención Americana, y en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

Lo anotado, significa un gran cambio en la doctrina jurisprudencial inicial, ya que los jueces internos no requieren de un pedido de parte, sino que se establece un poder-deber, que los faculta a preferir las disposiciones de la Convención Americana sobre lo que disponga su normativa interna.

El control difuso de convencionalidad de oficio por parte de los jueces internos, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, ha sido reiterado en iguales términos, en varias sentencias, entre ellas, el *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá,* del 12 de agosto de 2008 , *Caso Mendoza y otros vs. Argentina,* del 14 de mayo de 2013.

Es a partir del *Caso Fernández Ortega y otro vs. México*, que la Corte IDH **encarga el control de convencionalidad a todos los órganos del Estado**. Si bien mantiene el control difuso de convencionalidad para los jueces, en sentencias posteriores incluye a los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles[12], como es el caso del Ministerio Público mencionado explícitamente en la sentencia del *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala.*

10 *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

11 Caso *La Cantuta vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 173.

12 A partir del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 225.

Sentencia en la cual agregó como parámetro de interpretación para los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, los demás instrumentos interamericanos y la interpretación que de estos ha efectuado la Corte IDH. Los tratados que consignó son los siguientes: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Belém do Pará).

La Corte IDH también ha desarrollado la doctrina del control de convencionalidad, a través de las resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias. Citamos como ejemplos, los casos *Fermín Ramírez vs. Guatemala*[13], *Gelman vs. Uruguay*[14] y *Barrios Altos vs. Perú*[15]. Así, en la resolución del caso *Gelman vs. Uruguay,* la Corte IDH define el control de convencionalidad como la institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo su jurisprudencia.

4. Aspectos relevantes del control de convencionalidad

A partir del análisis de las sentencias de la Corte IDH que dan cuenta del desarrollo de la doctrina jurisprudencial del control de convencionalidad, consignamos como aspectos relevantes los siguientes:

- La Corte IDH lleva a cabo el control de convencionalidad en sede internacional. Control que siempre ha venido realizando, al analizar la compatibilidad de la norma y actos internos de conformidad con la Convención Americana y tratados del Sistema interamericano que de manera específica desarrollan los derechos de la referida Convención.
- La Corte IDH encarga a todos los órganos del Estado, incluido sus Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, el control de convencionalidad en sede interna. Se sustenta en que forman parte

13 Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala.* Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 9 de mayo de 2008, párr. 63.

14 Caso *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párr. 65.

15 *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 7 de septiembre 2012, párrs. 24 y 35.

del aparato de un Estado que ha ratificado la Convención Americana y, en consecuencia, también están sometidos a sus disposiciones.

- El sometimiento de los órganos del Estado, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia a la Convención Americana, les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.
- En sus sentencias, la Corte IDH ha señalado que la facultad *ex officio* de los jueces debe tener en cuenta el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Línea interpretativa que mantiene tratándose de los demás órganos del Estado Parte.

  De este modo el canon interpretativo de los jueces y de los órganos vinculados a la administración de justicia se incrementa con la normativa internacional[16]. Lo que implica que al bloque de constitucionalidad se agrega el bloque de convencionalidad; y en tal sentido, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en los casos que conocen deben tener en cuenta no solo la Convención Americana, sino también la interpretación de sus disposiciones por parte de la Corte IDH, como su supremo intérprete. Bloque de convencionalidad al que se integran los otros tratados del Sistema Interamericano que le otorguen competencia.
- El control de convencionalidad varía de acuerdo al tipo de órgano del Estado Parte, lo cual es correcto. De este modo, corresponde al Congreso emitir las normas conforme a los mandatos constitucionales y convencionales; a la Administración Pública y demás órganos del Estado, actuar de conformidad con tales mandatos; y al Poder Judicial y demás órganos vinculados a la administración de justicia, juzgar y emitir las resoluciones en los casos concretos, siguiendo el marco constitucional y convencional.

  Consideramos que el Poder Judicial y demás órganos vinculados a la administración de justicia, son los que pueden ejercer el control difuso de convencionalidad, debiendo efectuar en primer lugar el control de constitucionalidad y solo si no es posible encontrar un

16 Lo que no excluye, en el caso de Perú, al Tribunal Constitucional y Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, que llevan a cabo el control concentrado.

sentido interpretativo de la ley –que incluye a la Constitución como Norma Suprema– de conformidad con la Convención Americana o las sentencias de la Corte IDH, inaplicará la ley interna al caso concreto. Tomamos como referencia que en el control difuso de constitucionalidad, la inaplicación de normas internas contrarias a la Constitución constituye la ultima ratio a la que el juez interno debe acudir.

Por otro lado, consideramos que en el control concentrado de normas que lleva a cabo el Tribunal Constitucional, el control de convencionalidad tiene efectos generales. Enfatizamos que en este supuesto no estamos ante el control difuso de convencionalidad, una de las manifestaciones del control de convencionalidad.

- El control de convencionalidad viene siendo utilizado por los Estados Partes o los representantes de las víctimas, alegando que en el orden interno se ha ejercido el control de convencionalidad o se ha violado el deber de control de convencionalidad.

  Un ejemplo lo constituye la alegación efectuada por los representantes de las víctimas del *Caso Barrios Altos vs. Perú*, quienes alegaron la **violación del deber de control de convencionalidad**, por parte de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, al emitir la Ejecutoria Suprema de fecha 20 de julio de 2012 (RN Nº 4104-2010), desconociendo la validez jurídica de aquellos hechos que habían sido propuestos, analizados y probados ante la Corte Interamericana en el citado caso[17].

5. El control de convencionalidad. La experiencia peruana

El Tribunal Constitucional ha ido delineando una línea jurisprudencial en la cual la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados de derechos humanos y sentencias de la Corte IDH constituyen el parámetro de interpretación. Esto ha sido posible por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, desarrollada por el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (en adelante CPConst.) que incluye a las sentencias de la Corte IDH como parámetro de interpretación.

17 *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 7 de septiembre 2012, párr. 9.

En cuanto a los jueces, si bien la tendencia es menor, también se han emitido sentencias en las que se recurre a las dos disposiciones mencionadas. Inclusive en 1995 se inaplicó el artículo 1° de la Ley Nº 26479, por su incompatibilidad con garantías constitucionales y la Convención Americana. Decisión relevante si se tiene en cuenta que 6 años después, la Corte IDH emitió la sentencia del *Caso Barrios Altos vs. Perú,* del 14 de marzo de 2001[18].

Efectuando un balance de la actuación del Tribunal Constitucional en su tarea de interpretar los derechos fundamentales conforme a los mandatos de los tratados del Sistema Interamericano y sentencias de la Corte IDH, concluimos que es positiva, y de ello dan cuenta diversas sentencias en las que ha recurrido a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, interpretación conforme que constituye una de las formas de ejercer control de convencionalidad. Sin embargo, anotamos que desde que se emitió la sentencia del *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* –2006 a 2013– nuestro Tribunal **no ha efectuado una referencia expresa al término control de convencionalidad ni al desarrollo de esta doctrina jurisprudencial,** lo que no implica que no lo haya efectuado. Al igual que la Corte IDH, que inicialmente contó con votos concurrentes y/o razonados, recién el 14 de junio de 2013, uno de sus miembros, el magistrado Gerardo Eto Cruz, utilizó esta expresión[19]. Recién el 12 de marzo de 2014, el Pleno del Tribunal Constitucional hizo referencias a la doctrina jurisprudencial del control de convencionalidad[20].

Conforme lo hemos anotado[21], consideramos que en el caso peruano se puede ejercer un control difuso de convencionalidad pleno, por parte

18 En la que establece que las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de los familiares de las víctimas y víctimas sobrevivientes -quienes no fueron oídas por un juez- y a la perpetuación de la impunidad, pues impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos y consecuentemente las víctimas y sus familiares no conocieran la verdad de lo que pasó. Que las leyes de autoamnistía son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana, por lo que carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.

19 Cfr. Sentencia del Exp. N.° 01969-2011-PHC/TC.

20 Cfr. Sentencia del Exp. N.° 04617-2012-PA/TC.

21 CASTAÑEDA OTSU, Susana. *El control de convencionalidad y su aplicación en un sistema dual de constitucionalidad. La experiencia peruana.* En el libro colectivo Cons-

de los jueces y de los órganos vinculados a la administración de justicia, por las siguientes razones:

Primera. Existe un marco normativo de orden fundamental adecuado para llevar a cabo el control difuso de convencionalidad.

En efecto, el artículo 205 de la Constitución consagra una garantía más de protección de los derechos fundamentales, constituyendo una especie de amparo internacional. Conforme a ella, la persona que considera que sus derechos no han sido debidamente tutelados en el orden interno puede recurrir a los órganos establecidos en los tratados de los que Perú es parte. Esta norma obliga al Estado a ratificar y aceptar la competencia de los órganos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales de los sistemas regional interamericano y universal, lo que determina que la persona pueda recurrir al sistema de peticiones individuales.

Perú ha suscrito y ratificado diversos tratados de derechos humanos, incluidos los que establecen mecanismos y órganos de protección con competencia para declarar su responsabilidad internacional, como es el caso de la Convención Americana. Además ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH.

Asimismo, el constituyente ha incorporado la interpretación conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados de la materia suscritos y ratificados por Perú, según lo prescribe la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Norma Fundamental. En relación al control de convencionalidad, el mandato constitucional otorga a los derechos consagrados en la Convención Americana y tratados específicos del Sistema Interamericano, la categoría de principios de interpretación de los derechos que nuestra Constitución reconoce, lo que determina la especial relevancia de su contenido y alcances.

Segunda. Conforme al artículo V del Título Preliminar del CPConst., las sentencias de la Corte IDH delimitan el contenido constitucionalmente protegido de los derechos reconocidos por la Constitución[22].

titucionalismo y Democracia en América Latina: Controles y Riesgos. Coordinado por la misma autora del artículo. Adrus D&L editores, Lima, 2014, pp. 79 a 129.

22 Como ejemplo, lo resuelto en un precedente constitucional con efecto normativo: "En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada

En tal sentido, el legislador al desarrollar los derechos consagrados en la Constitución, y los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, deben considerar no solo los tratados sino también la jurisprudencia de la Corte IDH. Este es un aspecto relevante; así como la Constitución vive a través de la interpretación de los jueces y del Tribunal Constitucional, igualmente, la Convención Americana y tratados específicos del Sistema Interamericano son instrumentos vivos que se actualizan constantemente con la interpretación de los Jueces de la Corte IDH.

T**ercera.** Por el rango constitucional de los tratados de derechos humanos y su eficacia directa introducidos jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional. En efecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al interior del Estado

Cuarta. La fundamentación o *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte IDH dictadas en aquellos casos en los que el Estado peruano no ha sido parte en el proceso, resulta vinculante para todo poder público nacional, en el que se incluye a los Jueces y Tribunal Constitucional, conforme a su jurisprudencia[23].

Jurisprudencia constitucional de singular relevancia, ya que la Corte IDH viene interpretando derechos de la Convención distintos a los derechos respecto de los cuales Perú ha sido condenado internacionalmente. Por ejemplo, las tres sentencias dictadas contra el Estado de Venezuela por afectación a los derechos de Jueces, entre ellos, el de acceder a un cargo público en condiciones generales de igualdad; el principio de independencia judicial en relación con la libre remoción de jueces provisorios y temporales; las garantías judiciales en los procedimientos disciplinarios, entre otros derechos[24].

por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones". Exp**. N.**° 5854-2005-PA/TC, Sentencia de 8 de noviembre de 2005. Parámetro de interpretación que jurisprudencialmente incluye las decisiones de los Comités de Naciones Unidas e informes de la Comisión Interamericana, no obstante que el CPConst. lo limita a las sentencias de la Corte IDH.

23 Sentencia del Exp. N° 2730-2006-PA/TC, del 21 de julio de 2006.

24 Primera: *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Segunda: *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de Junio de 2009.

Línea interpretativa que constituye el parámetro de interpretación a seguir por el Consejo Nacional de la Magistratura, encargado del proceso de selección, nombramiento y ratificación de Jueces y Fiscales; por los órganos de control del Poder Judicial y del Ministerio Público; y por los Jueces constitucionales y Magistrados del Tribunal Constitucional, al momento de resolver los amparos interpuestos por jueces y fiscales, por afectación a sus derechos. Si el control difuso de convencionalidad se encarga a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, entonces, consideramos que se precisa de jueces y fiscales adecuadamente seleccionados, independientes e imparciales y con garantía de inamovilidad en sus cargos.

Quinta. Los Jueces se encuentran facultados para ejercer el control difuso de convencionalidad, no obstante que el Tribunal Constitucional haya declarado la constitucionalidad de la ley tachada posteriormente de inconvencional, por un órgano jurisdiccional de protección de los derechos humanos.

En relación a lo expuesto, recordemos que el artículo VI del Título Preliminar del CPConst. dispone que los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha establecido excepciones a esta regla, una de ellas, si la ley –que se queda en el ordenamiento jurídico por ser constitucional– posteriormente es declarada nula o sin efectos jurídicos por su manifiesta incompatibilidad con un tratado sobre derechos humanos por un Tribunal Internacional de Justicia en esta materia, respecto al cual el Estado peruano ha reconocido su competencia contenciosa[25].

La jurisprudencia anotada permite que en un caso concreto, el juez inaplique la ley declarada constitucional, si por ejemplo, la Corte IDH en un caso sometido a su conocimiento resuelva que esa ley interna que pasó el test de constitucionalidad, es incompatible con los postulados de la Convención Americana. Para los jueces es una garantía frente a un eventual procedimiento disciplinario que pueda iniciarse por no seguir la interpretación de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema

Tercera: *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de Julio de 2011.

25 Sentencias de los Exp. Nºs. 01679-2005-AA y 1680-2005-PA/TC, ambas de fecha 11 de mayo de 2005.

INDICE

o del Tribunal Constitucional, que en el ejercicio del control concentrado declararon la constitucionalidad y/o ilegalidad de las normas.

Sexta. Como el control difuso de constitucionalidad es un poder-deber conferido constitucionalmente a los jueces de todas las instancias, sin importar jerarquías ni especialidades y opera de parte o de oficio, esta regulación determina que pueda aplicarse **un control difuso de convencionalidad pleno en los procesos ordinarios, con efectos inter partes.**

Séptima. El control de constitucionalidad no se limita a los jueces de todos los niveles, sino también a los órganos vinculados a la administración de justicia. Incluye al Tribunal Constitucional, quien ejerce control difuso en los procesos constitucionales de la libertad. En este caso, si bien sus decisiones tienen efectos inter partes, es evidente que sus alcances son de mayor connotación, toda vez que el desarrollo de la jurisprudencia constitucional y emisión de precedentes constitucionales con efectos normativos, es una facultad que el Código Procesal Constitucional solo otorga al Tribunal Constitucional. Regulación que también determina que **el control difuso de convencionalidad sea pleno.**

Por otro lado, como el Tribunal Constitucional lleva a cabo el control concentrado de leyes y normas con rango de ley, si en un proceso de control normativo expulsa la norma del ordenamiento jurídico por su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana o la interpretación de la Corte IDH, **el control de convencionalidad también es pleno con la particularidad de que tendrá efectos generales.**

Octava. En mérito a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, **órganos distintos al Poder Judicial están facultados para ejercer control difuso de constitucionalidad**. Nos referimos al Jurado Nacional de Elecciones y los árbitros. Si están facultados para ejercer control difuso**, también lo están para ejercer control difuso de convencionalidad pleno.**

6. Reflexiones finales

La doctrina jurisprudencial del control de convencionalidad se viene consolidando en los ordenamientos internos, siendo una de sus manifestaciones, el control difuso de convencionalidad, la que estimamos la más relevante por la tarea que deben cumplir los jueces como los primeros garantes de los derechos en el orden interno. Si el control difuso de convencionalidad se encarga a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, entonces, consideramos que en el orden interno se precisa de

jueces y fiscales adecuadamente seleccionados, independientes e imparciales y con garantía de inamovilidad en sus cargos. Jueces que al asumir el nuevo rol que la Corte IDH les ha encomendado, deben profundizar sus conocimientos en relación al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incluyendo el control de convencionalidad.

Asimismo, estimamos que es necesario que las sentencias de la Corte IDH se cumplan en sus propios términos. La eficacia de un recurso sencillo, preferente y sumario en defensa de los derechos legales y fundamentales de las personas, implica reconocer el valor de cosa juzgada a sus decisiones y su cumplimiento en plazos oportunos.

Lima, agosto de 2014

SIR EDWARD COKE (1552-1634) Y LOS ORÍGENES DE LA *JUDICIAL REVIEW* EN INGLATERRA

(UN ESBOZO)

*José F. Palomino Manchego**

I. Justificación del tema

La historia de Inglaterra, ¡qué duda cabe!, es la historia del Derecho Constitucional. Motivos de diversa índole justifican este aserto, en especial por el sistema jurídico que integra Inglaterra, a saber, el *Common Law*, y por la forma como los jueces han sabido enfrentar al poder político absolutista, y luego a la soberanía parlamentaria, mediante una clave del arco denominada independencia judicial. Y ahí salta a la vista la figura,como un paradigma, que sigue en pie y que se llama *Sir* Edward Coke.

Ahora bien, como advirtió Lucas Verdú, para comprender a la Constitución inglesa hay que situarse *dentro* de su proceso, hay que despojarse de la cantidad de prejuicios políticos que sobre ella se han creado, es menester remontar su curso natural para volver luego y parar en la desembocadura

* Director Académico de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro del Comité Directivo del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

de ese torrente vital[1]. Sin embargo, en términos operativos y dogmáticos, Inglaterra no tiene Constitución rígida y escrita, sino que se caracteriza por ser flexible y consuetudinaria de espíritu tradicional y no codificada. De ahí que se hable de la *Ancient Constitution* como producto de la idiosincrasia jurídica, política y constitucional inglesa.

Y esto resulta más que suficiente para poder entender ¿por qué?, andando el tiempo, las bases estructurales del régimen inglés siguen incólumes. John G. A. Pocock, en cierta medida, nos da la pista cuando sostiene que los ingleses solo conocían un derecho en condiciones de proporcionarles la clave de su pasado. Para ellos era posible creer que, hasta donde se retrotraía la historia, el C*ommon Law* que administraban los tribunales reales era el único sistema jurídico que habían conocido y continuaba vigente en el reino; los archivos y relatos históricos de Inglaterra no guardaban memoria de la existencia de ningún otro ordenamiento parangonable. El *Common Law* era y había sido el único sistema jurídico disponible en condiciones de amparar la posesión de la tierra y apto para impartir justicia a los criminales, y por el que, en consecuencia, se regían la mayor parte de los ancestrales derechos y obligaciones de los hombres[2].

Para lo cual, mucho tiene que ver el tránsito político que desemboca en la Revolución inglesa (*Glorius Revolution*) entre 1642 a 1689, y en donde la presencia de los documentos históricos ayudó a cuajar el sistema político del *Common Law,* por definición, entendido como costumbre inveterada y *Jus non scriptum,* al margen de las leyes (*statutes*), tal como lo recuerda Pocock.

Entre los más representativos, tenemos:

a) La *Magna Charta Libertatum*, que fue concedida por el Rey Juan sin Tierra (1167-1216) a sus barones (1215);

b) La *Confirmatio Chartarum* de Eduardo I (1297);

c) La *Petition of Rights* (1628);

d) La *Habeas Corpus Act* (1679);

1 *Cfr.* LUCAS VERDÚ, Pablo. "Alabanza y menosprecio de la Constitución inglesa", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo,* N° 71, IV Trimestre, Oviedo, 1954, págs. 59-84, en concreto, pág. 60.

2 *Cfr.* POCOCK, J. G. A. *La Ancient Constitution y el derecho feudal*, traducción de la 2.ª edición inglesa, con un estudio retrospectivo del autor, por Santiago Díaz Sepúlveda y Pilar Tascón Aznar, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 2011, pág. 36.

e) El *Bill of Rights* (1689);

f) El *Act of Settlement* (1701), modificada por la *Abdication Act* (1936);

g) La *Representation of the People Act* (1867); y,

h) Las *ParliamentActs* (1911 y 1949).

Era evidente, recuerda Pocock, que la mentalidad de Coke era completamente insular, por cuanto veía en el derecho que idolatraba, la encarnación de la costumbre inmemorial de Inglaterra, e imaginaba que esa forma de entender el derecho era un fenómeno exclusivamente propio de aquella isla. Por esta razón, conviene distinguir su doctrina del antiguo Derecho de Inglaterra, de otra opinión contemporánea que por aquél entonces estaba comenzando a adquirir popularidad: la que afirmaba que las libertades de Europa Occidental, incluidos tanto el derecho inglés como el propio Parlamento, procedían de los "godos", como se conocía por entonces a los primitivos germanos[3].

Al desaparecer la dinastía de los Tudor, habían llegado con Enrique VII (1845-1509), entra en ascenso la dinastía de los Estuardo (*Stuart*), y con ello la lucha contra la soberanía del parlamento. La figura principal para nuestro objeto de estudio va a ser el Rey Jacobo (*James*) I (1603-1625), a saber hijo de María I de Escocia, llamada también María Estuardo (1542-1587) y de Enrique Estuardo, Lord Darnley, Duque de Albany (1545-1567). En realidad, la idea de Jacobo hubiese sido gobernar sin parlamento, pero la escasez de dinero que le acosaba le obligó a acudir a él para poder obtener los subsidios necesarios. Desde 1610 hasta 1621 gobernó sin las Cámaras con una corta interrupción en 1614 que acabó encerrando en las Torres de Londres a los directores de la oposición[4]. Es en este contexto histórico

3 *Cfr.* POCOCK, J.G.A.: *La Ancient Constitution y el derecho feudal,* op. cit., pág. 65.

4 *Vid.,* entre varios, Gerber, Lambert: *Historia de Inglaterra,* traducido de la 3.ª edición alemana por José Rovira y Ermengol, Editorial Labor, S.A., Barcelona-Buenos Aires, 1926, págs. 104-106. De igual forma resultan de mucho provecho las siguientes obras: *El espíritu de la historia inglesa*, traducción del inglés por Rafael M. Demaría, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1947; Thorn, John; Lockyer, Roger; Smith, David, *Historia de Inglaterra*, traducción del inglés de Valentina Gómez de Muñoz, Editorial Pomaire, Santiago de Chile, 1961, págs. 366-379; Guizot, Francisco P.: *La revolución inglesa,* traducción directa del francés por Pedro Barinaga, Editorial Kier, Buenos Aires, 1947; Maurois, André: *Historia de Inglaterra,* 3.ª edición, traducción del francés por María Luz Morales, Editorial Surco, Barcelona, 1943, págs. 281-287; y De la Escosura, Patricio: *Historia constitucional de Inglaterra, desde la dominación romana hasta nuestros días,* 2 ts., Imprenta de Beltran y Viñas, Madrid, 1859.

INDICE

y político –siglo XVII– en donde se presenta el *Dr. Bonham's Case*. Lo que vino después, luego de la muerte de Jacobo I ocurrida el 27 de marzo de 1625, fue la herencia al trono de su hijo Carlos I, quien no hizo más que profundizar los conflictos religiosos y parlamentarios que habían acosado a su padre. Su carácter obstinado y vacilante, sumado a su plena convicción de gobernar por derecho divino, precipitaron su derrocamiento y ejecución en Londres, el 30 de enero de 1649 luego de siete años de Guerra Civil, dando nacimiento de esa forma a la República (1649-1660) y luego a la Restauración (1649-1688)[5].

Importa significar también que, Inglaterra, al fluir del tiempo ha sido cuna de grandes juristas que han descollado en los distintos saberes jurídicos, en especial en el campo del Derecho Constitucional, colindando con el pensamiento político: Henry de Bracton (c. 1210-c.1268), Thomas Smith (1513-1577), Robert Filnor (1588-1653), Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), William Blackstone (1723-1780), Jeremy Bentham (1748-1832), William Godwin (1756-1836), y William Gladstone (1809-1898), entre los más representativos. En ese orden de ideas, no quepa duda alguna que *Sir* Edward Coke se ubica en un renglón preferencial, tal y como han dado cuenta, y lo siguen haciendo, los estudiosos de la materia.

II. *Sir* Edward Coke, oráculo del Derecho

Una mirada sinóptica a la biografía intelectual de Coke nos permite sostener, sin lugar a dudas, que nos encontramos frente a una de las personalidades más serias en la historia política y constitucional. Había nacido el 1° de febrero de 1552 en Mileham, condado de Norfolk. Ahí fue criado y educado junto con otros ocho hermanos como un *yeoman* de la época en la casa familiar. Su niñez y primera juventud las pasó en la hacienda paterna en un ambiente rural de pastos, ovejas y ganado, con el mar del Norte como fondo. Cuando tenía nueve años murió su padre, llamado Robert Coke, de profesión abogado. Como consecuencia de ello partió a la ciudad de Norwida para estudiar en la *Grammar School*, en donde el latín y el griego eran idiomas exigentes. Luego completó su formación en el *Trinity College* de la Universidad de Cambridge[6].

5 *Cfr.* BIANCHI, Alberto B. *Historia y formación constitucional del Reino Unido,* Cátedra Jurídica, Buenos Aires, 2009, págs. 66, 71 y ss.

6 Aquí seguimos los datos suministrados por Gallego García, Alio A. *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke,* Ediciones Encuentro, Madrid, 2011, págs. 16 y ss. También, resulta útil, la voz: "Coke, *Sir* Edward", en *The New*

La política y el Derecho fueron para Coke la razón de ser en su vida, habiendo ocupado diversos cargos producto de su experiencia y férrea formación: *Attorney General* (Fiscal General del Estado), nombrado por la reina Isabel I (1533-1603); en 1606 es nombrado por el Rey Estuardo Jacobo I (1566-1625) Jefe de Justicia de los *Common Pleas* (Tribunales que juzgaban por el *Common Law)*. Es con este cargo, como defensor de la limitación de las prerrogativas reales que se enfrentó a enemigos declarados, al margen del Rey: *Sir* Thomas Egerton, Viscount Brackley, Lord Chancellor Ellesmere (c.1540-1617), Richard Bancroft, arzobispo de Canterbury (1544-1610) y el primer barón Verulam, Vizconde de Saint Albans y Canciller de Inglaterra Francis Bacon (1561-1626)[7].

¡Y ni qué decir en su labor parlamentaria! luego de haber sido removido de todo cargo judicial, Coke fue elegido miembro del Parlamento, habiendo sido líder de la oposición en la Cámara de los Comunes donde reafirmó la supremacía del *CommonLaw*. Es en su actividad parlamentaria, recuerda Gonzáles Oropeza, donde Coke propuso una ley que estableciera que solo por sentencia de un tribunal se podía mantener a una persona detenida por más de dos meses, si había cubierto su fianza, o tres meses, si no había pagado la respectiva fianza. Esta ley era la primera que establecía que no podía aprehenderse a una persona sino mediante una causa probable y que introducía, por vez primera, el otorgamiento de una fianza para salir en libertad provisional. Es así como Coke promovió la *Petition of Rights* en 1628, en cuyo texto se consolidó el *writ of habeas corpus.* El mensaje era que el espíritu de la ley en mención dada por el Parlamento existe para moderar la prerrogativa real, que es un poder que frena la autoridad del Rey, cuando esta se excede de los principios del *CommonLaw.* El enfrentamiento se personificó entre Coke, en su condición de líder parlamentario y George Villiers, I Duque de Buckingham (1592-1628), como hombre de confianza del Rey Carlos I de Inglaterra y Escocia (1600-1649)[8].

Encyclopedia Britannica, Vol. 3, 15th. edition, The University of Chicago, Chicago, 1992, págs. 439-440.

7 *Cfr.* GALLEGO GARCÍA, Alio A. *Common Law. El pensamiento político y jurídico de Sir Edward Coke,* op. cit., págs. 26 y sgtes.

8 *Cfr.* GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel: *Los orígenes del control jurisdiccional de la Constitución y de los Derechos Humanos,* Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D.F., 2003, págs. 30-31. Antecede prólogo de José Luis Soberanes Fernández.

III. El Dr. *Bonham's Case:* Análisis crítico

Inevitablemente, teniendo como antecedentes el *Case Roger Jenkins* (1602), en donde se le da la razón al Colegio de Médicos de Londres, la situación del *Bonham's Case* tiene un giro copernicano, totalmente distinto, conforme se podrá apreciar a continuación. ¿Cuál era el contexto que dio pie a la sentencia? Rey Martínez lo resume de la siguiente manera:

El Colegio de Médicos fue una institución única en la Inglaterra del siglo XVI, creada por el Lord Canciller Card. Wolsey en 1518 (bajo el reinado de Enrique VIII) para la formación de médicos del nuevo tipo "humanista" italiano. Había pocos médicos en Inglaterra en esa época y bastantes se formaban fuera del país; todavía en el periodo del caso *Bonham*, casi un siglo después, solo había concedidas 24 licencias de *Fellows* (socios) del Colegio de Médicos. Las condiciones de ingreso en el Colegio eran tres: *(1)* Ser británico; inicialmente, se requería ser inglés, pero se amplió más tarde a los británicos para permitir el acceso de un médico escocés del rey James I, John Craig. *(2)* Tener estudios universitarios de medicina (M.D.) *(3)* Y, sobre todo, superar un examen en latín de teoría médica ante un Comité de Censores del Colegio (de ahí la expresión "*censors*" que utiliza Coke en su famoso párrafo). Si el número legal de *Fellows* estaba completo, el solicitante debía esperar, en la condición de *candidate,* a que quedara vacante la primera plaza (normalmente, se iban adjudicando por antigüedad).

El *Charter* fundacional, más tarde confirmado por un *Act of Parliament* (en 1540), concedía amplios poderes al Colegio. Por supuesto, este podía admitir o no libremente nuevos socios, pero, además, el Colegio era quien podía otorgar las licencias a los médicos sin formación académica, pero con experiencia práctica, así como sancionar el ejercicio de la medicina sin licencia y/o la mala praxis. Una ley del Parlamento bajo el reinado de María Tudor amplió aún más su poder sancionador, concediendo al Colegio la posibilidad de encarcelar a los infractores y de mantenerlos en prisión durante el tiempo que considerase oportuno[9].

Ahora bien, ¿qué argumentos empleó Coke? Fernández Segado, subraya que en opinión de Coke, habían dos cláusulas que guardan relación con el presente caso: *1)* Mediante la primera se disponía que nadie ejercerá

9 *Cfr.* REY MARTÍNEZ, Fernando. "Una relectura del *Dr. Bonham's Case* y de la aportación de *Sir* Edward Coke a la creación de la *Judicial Review*", en *Revista Peruana de Derecho Público,* Año 8, N° 14, enero-junio, Lima, 2007, págs. 51-52.

la medicina en la ciudad de Londres si no era admitido previamente por el College. Y si lo practicaba se incurría en un ejercicio ilícito de la misma (*illicite practice*) que se sancionaba con una multa de 100 chelines por cada mes de ejercicio. *2)* A través de la segunda cláusula se establecía que el College ejercerá la supervisión, la investigación, la corrección y dirección de todos los médicos de la ciudad, incluyendo a todos los médicos extranjeros que ejercieran en ella, disponiendo al efecto de la facultad de sancionarlos por una práctica inadecuada (*improper practice*) mediante la imposición de multas, encarcelamiento u otras medidas razonables y adecuadas. Coke llegó a la conclusión de que los censores teniendo a la vista las cartas patentes, carecían de la facultad de multar o encarcelar a un médico competente por la mera práctica ilícita de la medicina en Londres, sin haber obtenido previamente la licencia del *College*[10].

Para lo cual, su pensamiento se iba a apoyar en cinco sólidos argumentos:

a) Las dos cláusulas anteriormente mencionadas eran absolutas, perfectas y distintas, y en cuanto cláusulas paralelas, la una no se extendía a la otra, pues mientras a la primera se vinculaba una precisa sanción de 100 chelines, ninguna sanción definida se vinculaba a la segunda. Coke viene a decirnos, que la intención de los redactores del estatuto con la segunda cláusula debía ser la de disponer sanciones para una práctica médica inexperta, inadecuada (*mal practice*), sanciones que variarían en función de los perjuicios causados por esa mala práctica, por lo que los redactores del texto dejaban al Colegio la fijación del castigo en casa caso (*the King and themakers of theAct,-se lee en la sentencia- cannot, for so uncertain offence impose a certainty of the fine, or time of imprisonment, but leave it to the Censors to punish such offences, secundum qualitatem delicti, which is included in these words*). El principio de proporcionalidad latía intensamente bajo esta argumentación de Coke, una prueba más de la modernidad de la argumentación jurídica de este grandísimo Juez.

b) El daño que deriva de la práctica inadecuada concierne al cuerpo de la persona, y por lo tanto es razonable que el infractor deba ser castigado en su propio cuerpo, esto es, con prisión. Pero quien practica la medicina en Londres de buen modo *(but he who practice the*

10 *Cfr.* FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "*Sir* Edward Coke, el *Bonham's Case* y la *Judicial Review*". Observatório da *Jurisdição* Constitucional, Año 6, vol. 2, jul./dic., Brasilia, 2013.

INDICE

Physick in London in a good manner"), aunque lo haga sin licencia, no produce sin embargo ningún perjuicio en el cuerpo de un hombre. En el fondo de este razonamiento latía, como bien se ha puesto de relieve, una suerte de *lex talionis.*

c) La primera cláusula (como ya dijimos) establece el plazo de un mes, de tal modo que una persona no vulnera el estatuto a menos que practique la medicina en la ciudad de Londres o en las siete millas que la circundan durante menos de un mes. Pero ningún plazo se fija en la segunda cláusula *(but that clause of non bene exequendo…, doth not prescribe any time certain),* y si una persona ejerce inadecuadamente, aunque sea por un plazo inferior a un mes, sin duda, sería objeto de castigo. Coke aduce, además, que la ley encontraba una sólida razón al hacer esta distinción, pues diversos nobles y caballeros, al igual que otras personas, iban en diversas ocasiones a Londres desde otras partes del país, y hallándose en la ciudad se veían afectados por enfermedades, e inmediatamente enviaban a buscar a los médicos de sus ciudades, pues ellos conocían sus cuerpos y la causa de sus enfermedades, por lo que añade Coke que *it was never the meaning of theAct to barranyone of his own Physician* (no fue nunca el sentido de la ley prohibir a nadie su propio médico).

d) Los censores no pueden ser jueces, secretarios y partes *(The Censors, cannot be Judges, Ministers, and parties);* jueces para dictar sentencia, secretarios para hacer requerimientos, y partes para tener la mitad de la confiscación (esto es, de la multa), *quia aliquis non debet ese Judex in propia causa, imo iniquum est aliquem sui rei ese judicem*" (porque nadie debe ser juez en su propia causa, es una injusticia para cualquiera ser el juez de su propia propiedad), y uno no puede ser juez y fiscal para cualquiera de las partes *(and one cannot be Judge an Attorneyfor any of the parties)*. La idea de que debía de haber, al menos, tres personas, el demandante, el demandado y el juez, para que pudiera existir un caso judicial y alcanzarse una sentencia, e implícita en ella, la de que la decisión no podía alcanzarse adecuadamente a menos que las tres personas de la trinidad fueran distintas, estaba perfectamente asumida desde tiempo atrás.

e) El último argumento gira en torno al principio de que nadie puede ser castigado dos veces por el mismo delito o falta. Coke razona, que si las dos cláusulas de las cartas patente no fueran distintas, un médico que ejerciera sin la pertinente licencia e inadecuadamente

sería objeto de una multa de 100 chelines, fijada por el estatuto, una vez que hubiera practicado la medicina durante un mes, pero también debería ser castigado al mismo tiempo por la previsión de la segunda cláusula. Pero de ello se seguirían dos absurdos *(two absurdities).* El primero de ellos sería que una persona debería ser castigada no solo dos veces, sino muchas veces por una única falta. Y añade Coke, *"the Divine saith, Quod Deus non agit bis in idipsum; and the Law saith, Nemo debet bis puniri pro uno delicto"* (el teólogo dice, "que Dios no procede dos veces contra la misma persona", y el Derecho dice, "nadie debe ser castigado dos veces por un delito"). Sería absurdo asimismo castigar por la primera cláusula la práctica de la medicina por un mes y no por un tiempo menor, y por la segunda castigar la práctica no solamente por un mes sino por cualquier tiempo, incluso por un solo día, pues si así fuera, el ejerciente de la práctica médica será castigado por la primera cláusula con una confiscación (multa) y por la segunda con multa y prisión, sin limitación[11].

IV. Conclusiones provisionales

En Inglaterra –cuna del constitucionalismo– el tránsito del derecho divino de los reyes hacia el parlamentarismo se desarrolló de manera lenta pero segura. Para lo cual, la presencia de los jueces fue, definitivamente, fundamental. Entre ellos, está *Sir* Edward Coke, fino artesano de los principios del *Commnon Law*, herramienta utilísima para limitar el ejercicio de los poderes absolutos, en especial, de la monarquía inglesa. La línea argumental que empleó en el *Bonham's Case* se condice con un auténtico *obiter dictum* desarrollado en el plano de lo que hoy se denomina interpretación constitucional. Andando el tiempo, su *pathos* y *ethos* sirvió para consolidar a la judicatura norteamericana, en concreto, a partir de 1803 en el *Leading case Marbury vs. Madison,* dictado por el célebre Chief Justice John Marshall (1755-1835).

V. Apéndice: Algunos aforismos empleados por *Sir* Edward Coke

- *A communiobservantia non est recedendum* (2 *Report*, 74).

  No hay que apartarse de la común observancia.

11 *Cfr.* FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "*Sir* Edward Coke, el *Bonham's Case* y la *Judicial Review*", cit., págs. 199-202.

INDICE

- *Absoluta sententia expositore non indiget* (2 *Inst*., 533).

  Una sentencia clara no requiere comentario.

- *Ad officium justiciariorum spectat, unicuique corame is placitanti justitiam exibere* (2 *Inst*., 451).

  Es deber de los jueces administrar justicia a toda persona que lo demande.

- *Auctoritates philosophorum, medicorum et poetarum sunt in causis allegandae et tenendae* (I *Inst*., 264).

  Las autoridades de los filósofos, médicos y poetas pueden ser admitidas y alegadas en las causas.

- *Boni judicis est causas litium dirimere* (2 *Inst*., 836).

  Buen juez es el que dirime las causas del litigio.

- *Boni judicis est judicium sine dilation mandare executioni* (I *Inst*., 289 b).

  Buen juez es el que manda ejecutar lo juzgado sin dilación.

- *Bonus judex secundum aequum et bonum judicat et aequitatem stricto juripraefert* (I *Inst*., 24).

  Buen juez es el que prefiere juzgar según lo equitativo y bueno que sobre el derecho estricto.

- *Cesante ratione legis cessat et ipsa lex* (4 *Report*, 38).

  Desaparecida la razón de la ley, desaparecida la ley.

- *Consuetudo est altera lex* (4 *Report*, 31).

  La costumbre es otra ley.

- *Consuetudo loci observanda est* (4 *Report,* 28 b).

  La costumbre del lugar debe ser observada.

- *Consuetudo praescripta et legitima vincit legem* (I *Inst*., 113).

  La costumbre inveterada y legítima prevalece sobre la ley.

- *Consuetudo vincit communem legem* (I *Inst*., 33 b).

  La costumbre prevalece sobre la ley común.

- *Contemporanea expositio est optima et fortissima in lege* (2 *Inst*., II).

  Una exposición a tiempo es lo mejor y más fuerte en derecho.

- *De jure judices, de facto juratores, respondent* (I *Inst*. 295).

  Del derecho responden los jueces, del hecho los jurados.

- *Dormiunt aliquando leges, nunquam moriuntur* (2 *Inst*., 161).

  Las leyes a veces duermen, pero no mueren.

- *Ex malis moribus bonae leges natae sunt* (2 *Inst*., 161).

  De malas costumbres han nacido buenas leyes.

- *Gravius est divinam quam temporalem laedere majestatem* (II *Report*, 29).

  Es más grave dañar la majestad divina que la humana.

- *Ignorantia judicis est calamitas innocentis* (2 *Inst.* 591).

  La ignorancia del juez es la calamidad del inocente.

- *In praeparatoriis ad judicum favetur actori* (2 *Inst.* 57).

  En la preparación del proceso debe favorecerse al actor.

- *Judex est lex loquens* (7 *Report*, 4 a).

  El juez es la ley que habla.

- *Judex habere debet duos sales, salem sapientiae; ne sit insipidus, et salem conscientiae, ne sit diabolus* (3 *Inst*., 147).

  El juez debe tener dos sales, la de la sabiduría para no ser insípido, y la de la conciencia para no ser malvado.

- *Judicandum est legibus non exemplis* (4 *Report*, 33 b).

  Se ha de juzgar por las leyes, no por los ejemplos.

INDICE

EL CAMINO DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE

(REFLEXIONES A DIEZ AÑOS DE VIGENCIA DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL)*

*Luis R. Sáenz Dávalos***

Desde que el Código Procesal Constitucional entró en vigencia (2004), han sido numerosos y cada vez más recurrentes los estudios dedicados al tratamiento del Precedente Constitucional Vinculante[1]. Su reconocimiento en el Artículo VII del Título Preliminar del citado cuerpo normativo ha permitido enjuiciamientos de todo tipo, situación por demás super potenciada, en tanto existen contabilizados un número bastante considerable de precedentes creados por nuestro Tribunal

---

* Ponencia presentada al V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional.

** Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

1 Cfr. por ejemplo el interesante colectivo dedicado al tema: CARPIO MARCOS, Edgar y Grández Castro, Pedro P. (Coordinadores).- *Estudios al Precedente Constitucional*; Palestra Editores S.A.C.; 1.ª Edición; Lima 2007.

Constitucional así como compilaciones y comentarios respecto de su contenido y eventuales incidencias[2].

Paradójicamente, sin embargo, y pese a poder apreciarse una realidad como la descrita, creemos que el tema del precedente constitucional sigue siendo aún embrionario ya que su puesta en práctica o, más en concreto, su aplicación, dista mucho de haber esclarecido diversos aspectos sobre su naturaleza y especiales características. Ha habido ocasiones en las que dicho instituto ha sido utilizado en su real dimensión o envergadura, dando la impresión que la figura ha sido correctamente asimilada, pero también han existido otras, en las que lejos de ello, pareciera que del mismo se conoce muy poco, lo que ha traído consigo interpretaciones equivocadas y no pocos excesos. La polémica no solo doctrinal, sino incluso, institucional[3], así lo ha reflejado.

El objeto del presente trabajo es replantearse algunos lugares comunes en torno del precedente constitucional, tomando como base lo que del mismo se dice a nivel de nuestro derecho positivo, así como los aspectos que ante el silencio o la omisión legislativa, se han ido perfilando por vía de la jurisprudencia. Como algunos de tales tópicos no han sido desarrollados suficientemente o lo que se ha dicho de los mismos, sin dejar de ser interesante, no nos ha convencido del todo, es que nos hemos decidido redactar estas breves líneas a fin de ofrecer nuestra propia versión en torno del tema. Con la misma, vale la pena aclararlo, no pretendemos dar por zanjado absolutamente nada, sino contribuir a un debate que por diversas razones aún creemos inacabado.

2 Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Coordinadores). *El Precedente Constitucional (2005-2006) Sentencias, Sumillas e Índices*; Palestra Editores; Primera Edición; Lima 2007; VELEZMORO PINTO, Fernando. *Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*; Editora Jurídica Grijley; Lima 2007; CASTAÑEDA OTSU, Susana (Directora). *Comentarios a los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*; Editora Jurídica Grijley; Lima 2010; PEÑA GONZALES, Óscar (Coordinador). *Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*; APECC; Primera Edición; Lima 2012; TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Compilador). *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú (Análisis y Doctrina Comparada)*; Adrus Editores; 2.ª Edición; Lima 2014.

3 Así lo corroboran los constantes enfrentamientos entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en torno a los alcances de determinados precedentes. Cfr. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo (Coordinador). *"¿Guerra de las Cortes? A propósito del proceso competencial entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial", Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional.* N° 4; Palestra Editores; Lima 2008.

Queremos dejar establecido, por último, que como se desprende de su propio título, nuestro estudio, salvo elementales aspectos de carácter general, no aborda el precedente desde escenarios diferentes al estrictamente constitucional, pues ello requeriría de mayor tiempo y sobre todo de una más amplia exploración jurisprudencial para la que seguramente, ya habrá oportunidad.

SIGNIFICADO Y CARACTERÍSTICAS DEL PRECEDENTE VINCULANTE

El precedente, como es bien sabido, es una creación típica del *common law* donde el protagonismo lo tiene la jurisprudencia y en donde, por consiguiente, se hace propicio el reconocimiento y la consolidación de técnicas orientadas a fortalecerla.

Naturalmente y aún cuando pueda hablarse de un precedente originario, propio de aquellos países donde se le ha venido desarrollando de una manera constante o consolidada, ello no significa que dicha figura no pueda ser adaptada a otro tipo de modelos jurídicos. Es lo que ocurre con el Perú, que a pesar de pertenecer a una familia jurídica distinta *(civil law)* hemos optado por importarlo en la lógica de utilizarlo para propósitos en provecho de la Justicia, en particular, la de carácter constitucional.

En ese proceso de adaptación, ciertamente, es posible apreciar aspectos positivos, pero también aspectos de suyo polémicos, que es preciso reconocer. Puede que nuestro ordenamiento jurídico haya hecho bien en recoger el precedente como instrumento, pero puede que en el proceso de desarrollo que le ha otorgado, no siempre haya tenido todas a su favor. Se hace necesario bajo tales circunstancias, adentrarnos en una descripción del precedente en la manera como lo hemos venido concibiendo. Solo así es que podremos extraer conclusiones más o menos certeras sobre la utilidad de dicho instituto.

En términos generales podríamos definir al precedente como una regla o conjunto de reglas de derecho jurisprudencialmente creadas por un órgano especial. Estas reglas no solo asumen un determinado grado de obligatoriedad (efecto vinculante), sino que su reconocimiento nace a la luz de un caso concreto que es el que normalmente les otorga soporte, no solo en atención a sus particularidades, sino y, por sobre todo, en atención a su trascendencia.

De esta breve aproximación conceptual es posible inferir algunas características o rasgos distintivos del precedente vinculante.

a) Lo elabora un órgano jurisdiccional especial

El precedente es una técnica, que al igual como ocurre con la legislación, deriva de una típica función creadora. Esta última, sin embargo, se encuentra vinculada no al órgano tradicionalmente revestido de competencias legislativas (Congreso, Asamblea legislativa, etc.), sino a un órgano jurisdiccional especialmente dotado para cumplir con dicho cometido.

Aunque como luego se verá, se puede discutir acerca del órgano jurisdiccional, que va a estar revestido de la capacidad creadora, se acepta de alguna forma que este último tendría que tener una posición privilegiada o jerarquizada dentro de la estructura de la judicatura o en su caso, dentro del esquema orgánico institucional. Podría tratarse de una Corte Suprema, de un Tribunal especializado, etc. Solo de esta manera y en atención al especial estatus del órgano creador, es que los mandatos establecidos podrían ser obligatorios o, lo que es lo mismo, tener efectos vinculantes.

b) Tiene un grado determinado de obligatoriedad

Que el precedente tiene carácter obligatorio o vinculante, no admite discusión alguna. Lo que se debate en todo caso es el grado o nivel de vinculatoriedad que le rodea.

Delimitar el grado de obligatoriedad o vinculación de los precedentes es, sin embargo, un aspecto que aunque depende de la concepción de precedente que se maneje al interior de cada ordenamiento jurídico, debe ser tomado con particular cautela.

En efecto, aunque nadie puede poner en tela de juicio que el precedente está hecho para ser cumplido, la manera cómo opera dicho cumplimiento, debe encontrarse en relación directa con el diseño de los órganos jurisdiccionales existentes en un Estado y con la propia legitimidad para merituar su pertinencia o no en la solución de los casos.

Lo dicho significa entonces que el precedente no se ha concebido para desnaturalizar los modelos institucionales, sino para adaptarse a los mismos. De este modo y sea que el diseño orgánico apunte hacia una relación homogénea (que ubica a los órganos en el mismo nivel) o se desarrolle en el contexto de una relación jerarquizada (que los distingue según

su importancia), el precedente deberá ajustarse a cada modelo según sus características.

El precedente, por otra parte, tampoco puede ser entendido como una técnica absolutista donde los niveles de raciocinio se agoten en el mandato por lo que este mismo representa. Este, en otros términos, no ha sido configurado como un mecanismo opuesto a la sensatez o el sentido común. En este escenario y aunque nadie postula un debilitamiento a lo que representa el precedente, debe distinguirse entre su desacato y su no aplicación. Como se verá en algún momento, mientras el primer concepto se traduce en un abierto quebrantamiento a la autoridad del precedente, un desconocimiento grotesco de su carácter vinculante (que genera inevitables consecuencias tanto jurídicas como disciplinarias), el segundo concepto, al contrario de ello, grafica una opción plenamente legítima que habilita evaluar la pertinencia del precedente a la luz del caso del que se conoce. Por lo mismo, antes que un quebrantamiento, busca su cumplimiento racional, condicionado a la distinción entre contextos y situaciones a la luz de cada controversia (lo que excluye, inevitablemente cualquier eventual cuestionamiento).

c) El precedente mantiene relación directa con su caso fuente a los efectos de su aplicación

Rasgo que debe quedar perfectamente claro, es el relativo al nexo entre el precedente que se crea y el caso que le sirve de soporte. Una lógica sensata apunta a considerar que dicho nexo resulta de la mayor importancia y tiene dos maneras de traducirse, en una primera se tiene en cuenta las características del caso, en una segunda, su trascendencia.

De acuerdo con lo primero, las opciones de aplicación de las reglas creadas se circunscriben a la presencia de supuestos de hecho iguales o parecidos (de las mismas características) a aquel que dio lugar al llamado precedente.

En otras palabras, no es cualquier supuesto o controversia a donde va a ser aplicado el precedente, sino únicamente a aquellos en los que existe identidad o analogía entre el caso que sirve de fuente y la regla creada al efecto. Es precisamente por esta razón que, a diferencia del vínculo existente entre el legislador ordinario y la norma creada (vital en un inicio, pero

débil con el tiempo)[4], el vínculo entre el caso y el precedente creado, es de naturaleza permanente, esto es, opuesto a lo episódico o circunstancial.

Por otra parte, y en relación con lo segundo, tampoco ni mucho menos puede aceptarse como legítimo, que sea cualquier caso el que da lugar al nacimiento del precedente. Siendo dicha técnica algo verdaderamente excepcional, solo puede responder a la necesidad de zanjar o dispensar soluciones respecto de controversias de gran magnitud, como dirían algunos, auténticos *leading case*[5].

Desde luego y aunque otra cosa pueda verificarse en la práctica, un precedente no puede ser creado por un capricho meramente circunstancial, por un afán de figuración o por una desmedida (y a veces equivocada) concepción de la responsabilidad creadora, sino que debe responder a una manifiesta necesidad planteada por un caso. Este último entonces, debe ser auténticamente relevante.

ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL PRECEDENTE

Aunque cada ordenamiento jurídico que reconoce la técnica del precedente le otorga aplicación en los ámbitos que considera pertinentes, en el caso peruano dicho modelo opera en tres escenarios diferentes: El administrativo, el judicial y el constitucional, dando lugar a que se pueda hablar, respectivamente, de un Precedente Administrativo Vinculante, de un Precedente Judicial Vinculante y de un Precedente Constitucional Vinculante.

a) En el caso del ámbito administrativo tenemos una praxis que viene siendo puesta de manifiesto desde hace buen tiempo atrás y que toma como referente inmediato lo dispuesto en el Artículo VI del Título

4 La norma ordinaria, como se sabe, nace con un mensaje claramente identificado con la voluntad de su creador. No obstante y en el contexto de los cambios y variables de la realidad social, dicha norma puede ir variando de sentido, de tal forma y a veces con tal intensidad, que puede revertir contra la voluntad de su propio creador. No ocurre lo mismo con el precedente y el caso que le dio origen, donde el vínculo, lejos de provisional es a perpetuidad sin que en ninguna circunstancia se aprecie ruptura o alejamiento. Esto por supuesto y como en algún momento se indicará, tendrá inevitables consecuencias en la manera como se aplica el precedente.

5 Cfr. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "¿Existe el "leading case" en el derecho peruano?". *Legal Express*; N° 13; Lima, enero de 2002.

Preliminar de la Ley Nº 27444 o Ley de Procedimiento Administrativo General. Dicha norma establece:

ARTÍCULO VI.- PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS

1) Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

2) Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados.

3) En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes.

Conviene precisar que, aunque la norma en referencia tiene alcances generales, la práctica del precedente administrativo ha tenido desarrollos individualizados en el contexto de normas especiales. De este modo, y en atención a los organismos o instituciones donde se ha venido aplicando, encontramos regulaciones sobre el precedente en el caso del Tribunal Fiscal y la SUNAT (Artículo 154º del Código Tributario), el OSINERGMIN (Artículo 53º de la Resolución de Consejo Directivo Nº 826-2002-OS/CD), el INDECOPI (Artículo 43º del Decreto Legislativo Nº 807), la SUNASS (Artículo 77 del Decreto Supremo Nº 017-2001-PCM) o la SUNARP (Artículos 32º y 33º de la Resolución de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos Nº 263-2005-SUNARP-SN), entre otros.

Detalle especial a tomar en consideración es que a pesar de la variedad de normas que se pronuncian sobre esta técnica en particular y el desarrollo que la práctica le ha otorgado, no se aprecia por lo menos hasta nuestros días, un interés doctrinal sobre el tema. Aunque conocemos interesantes compilaciones sobre diversas clases de precedentes administrativos, los estudios específicos sobre el precedente administrativo en cuanto tal prácticamente no existen en nuestro medio, limitándose a unas breves reflexiones descriptivas que aunque importantes[6] no siempre han sido adecuadamente difundidas.

6 Entre las excepciones a la regla tenemos los comentarios desarrollados por GUZMÁN NAPURI, Christian. *La Administración Pública y el Procedimiento Admi-*

INDICE

b) Lo que se conoce como precedente judicial vinculante ha tenido un desarrollo interesante aunque no exento de algunas discusiones en torno a sus alcances. Tal vez por ello ha merecido algunos cambios en el orden de su reconocimiento normativo.

Puede decirse que la clarinada inicial sobre el tema la encontramos en lo dispuesto en el Artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo tenor establece:

Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.

Artículo 22.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

Referencia mucho más directa sobre el citado instituto jurisprudencial la encontramos en lo dispuesto por el Artículo 301º-A, inciso 1) del Código de Procedimientos Penales, incorporado por conducto del Artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 959, norma cuyo texto reconoce:

Artículo 301-A.- Precedente Obligatorio.

1) Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el

nistrativo General; Página Blanca Editores; 1.ª Edición; Lima 2004; págs. 151 y ss.

extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.

Por otra parte y a manera de radicalizar un modelo de precedente mucho más preciso, aunque este último, aplicable en el escenario de la justicia civil, el Artículo 400º del Código Procesal Civil, modificado por el Artículo 1º de la Ley Nº 29364, ha establecido:

Artículo 400º.- Precedente Judicial.

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

Aunque no son las citadas las únicas normas referidas al tema, puede apreciarse que en el ámbito judicial, no ha estado muy clara, por lo menos en un inicio, la diferencia entre la denominada doctrina vinculante y el precedente judicial vinculante, discusión que, sin embargo y de a pocos, parece haberse ido superando si nos atenemos a evolución de las nomenclaturas que se han venido utilizando en el orden estrictamente legislativo. La mayor parte de estudiosos que se ha dedicado al tema[7], corrobora este aserto.

7 En realidad son pocos los estudios orgánicos referidos al precedente judicial vinculante, encontrándose la mayor parte de ellos orientados al análisis del llamado precedente judicial penal. Cfr. Al respecto: CASTILLO ALVA, Jose Luis y CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El precedente judicial y el precedente constitucional*; Ara Editores; 1° Edición; Lima 2008; REÁTEGUI CHÁVEZ, James. *El precedente judicial*

INDICE

c) El reconocimiento jurídico del precedente constitucional vinculante es, sin embargo, y de todas las variables existentes, el de más reciente data.

Aunque algunos estudiosos hayan creído encontrar tanto en el Artículo 9º de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo Nº 23506[8] como en el Artículo 8º de la respectiva Ley ampliatoria Nº 25398[9] (ambas normas, hoy derogadas)[10] la consagración de algunas de las características del precedente constitucional, lo cierto es que dicha técnica jurisprudencial, en cuanto a sus principales contornos, recién aparece expresamente incorporada en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. De acuerdo con dicha norma ha quedado establecido:

> ***Artículo VII.- Precedente.***
>
> *Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.*

Como veremos inmediatamente, el Código no deja duda alguna en torno del tipo de instituto que ha incorporado. Tampoco, y como más adelante se verá, confunde el precedente constitucional con la doctrina o jurisprudencia constitucional, categoría a la, que por el contrario, se le proporciona un tratamiento jurídico independiente.

---

en materia penal; Editorial Reforma S.AC.; Lima 2010; PEÑA GONZALES, Óscar (Coordinador). *Los Precedentes Vinculantes de la Corte Suprema*; APECC; 2.ª Edición; Lima 2011.

8 De acuerdo con dicho precepto normativo "*Las resoluciones de Habeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicaran las razones de hecho y de derecho en que sustentan la nueva resolución*".

9 A su turno dicha norma establecía "*La Facultad que tienen los jueces de apartarse de la Jurisprudencia obligatoria al fallar en nuevos casos en materia de acciones de garantía que establece el artículo 9 de la Ley, los obliga necesaria e inexcusablemente a fundamentar las razones de hecho y de derecho que sustentan su pronunciamiento, bajo responsabilidad*".

10 Un comentario al alcance de dichas normas lo encontramos en el valioso texto de BOREA ODRIA, Alberto. *Evolución de las Garantías Constitucionales*; Editorial Fe de Erratas; 2.ª Edición actualizada; Lima 2000; págs. 123 y ss.

EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE EN EL MODELO ESTABLECIDO POR EL CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Como ha sido señalado, es el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional el que ha regulado la técnica del precedente constitucional, estableciendo determinadas líneas de raciocinio que por lo que a nosotros respecta, merecen, según el caso, detenido análisis.

De acuerdo con la citada norma son cuatro las consideraciones principales que se pueden desprender:

a) El Precedente Constitucional Vinculante solo lo genera el Tribunal Constitucional

Pareciera obvio decirlo, pero es necesario enfatizarlo por determinadas razones. En el modelo de justicia constitucional adoptado por nuestro ordenamiento jurídico es el Tribunal Constitucional (y solo él mismo) el único órgano con capacidad para crear o establecer el llamado precedente constitucional vinculante, por lo menos si nos atenemos estrictamente a los alcances del referido término.

Argumento fundamental que sustentaría el haberle conferido al Tribunal Constitucional el rol de creador de precedentes constitucionales, reposaría directamente en su conocida (aunque a veces no tan bien comprendida) condición de Supremo Intérprete de la Constitución. Evidentemente, y si bajo su responsabilidad está la función de defender a la más importante de las normas jurídicas y dicha tarea requiere como paso previo el definir cuál es el alcance o significado de cada uno de sus contenidos, la competencia de crear precedentes constitucionales, que en buena cuenta terminan expresando lo que representa la voluntad constitucional, calzaría perfectamente con el estatus que el ordenamiento le ha conferido.

Lo dicho en torno del Supremo Intérprete de la Constitución no significa naturalmente (acorde con lo sostenido con anterioridad) que no puedan existir otro tipo de precedentes derivados de otros órganos del Estado o que estos carezcan de vinculatoriedad. Estos últimos, sin embargo, no serían de ninguna manera precedentes constitucionales vinculantes, sino precedentes de otro tipo o con otra variante de alcance (precedentes judiciales o precedentes administrativos). En otras palabras, la existencia de precedentes estrictamente constitucionales, no sería incompatible ni

INDICE

restringiría de modo alguno la creación o presencia precedentes creados por otros organismos siempre que aquellos respondan a distintas características.

En un contexto como el descrito, cabe entonces preguntarse, si la capacidad que tiene la más alta de las instancias del Poder Judicial (Corte Suprema) para generar precedentes judiciales vinculantes (que como hemos visto opera en los ámbitos penal y civil), le permite vía la misma técnica abordar la temática específicamente constitucional.

Desde nuestro punto de vista, nada impediría que vía una eventual reforma legislativa, pueda dotarse a la Corte Suprema de la facultad de producir precedentes judiciales incluso en materia constitucional. Esta última opción, por lo demás, sería perfectamente legítima no solo por no encontrarse prohibida por norma constitucional alguna, sino porque adicionalmente nuestro modelo de jurisdicción constitucional es dual o paralelo, legitimando tanto al Tribunal Constitucional como al Poder Judicial, en la importante función de administrar Justicia a nombre de la Constitución.

Lo que en todo caso, si podría quedar perfectamente claro es que dicha opción creadora, aun cuando posible, se encontraría sometida a determinados límites que irían muy de la mano con el estatus que ocupa el precedente constitucional vinculante así como el órgano encargado de su emisión. En este sentido y desde un enfoque estrictamente jurídico, nos anticiparíamos en advertir que entre los límites a la generación de precedentes judiciales vinculantes por parte del Poder Judicial, podríamos encontrarnos ante diversos supuestos a saber:

a) El precedente judicial solo podría pronunciarse sobre materia constitucional no desarrollada directamente por un precedente constitucional vinculante emanado del Tribunal Constitucional;

b) El precedente judicial, tampoco podría pronunciarse sobre materia constitucional que haya recibido desarrollo directo por parte de doctrina o jurisprudencia vinculante emanada del Tribunal Constitucional;

c) El precedente judicial solo sería vinculante para los jueces y Tribunales integrantes de la estructura orgánica del Poder Judicial, más no así para el resto de poderes públicos (entre los que se encontraría por supuesto, el Tribunal Constitucional);

d) El precedente judicial podría ser cuestionado vía procesos constitucionales de tutela (hábeas corpus o amparo) supuesto en el cual sería controlado en su constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional;

Como puede apreciarse, las limitaciones a las que se encontraría sujeto un eventual precedente judicial en materia constitucional, estarían justificadas en atención tanto a los caracteres del precedente constitucional vinculante, como a la posición privilegiada del Tribunal Constitucional en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución.

b) El Precedente Constitucional Vinculante siempre debe ser objetivo o expreso

En tanto el Código Procesal Constitucional establece que las sentencias del Tribunal Constitucional resultan constitutivas de precedente cuando así lo precisa la propia sentencia, queda claro, que el precedente constitucional vinculante necesariamente debe tener un reconocimiento objetivo o lo que es lo mismo, expreso.

En este contexto es por demás evidente que una eventual incorporación implícita del precedente que fuerce o imponga una búsqueda interpretativa, resultaría a todas luces discutible, pues es la propia fuente normativa la que impone explicitud sin admitir excepción alguna. O el precedente existe como tal, porque el Tribunal Constitucional así lo señala textualmente o simplemente se da por no creado.

Ahora bien, aun cuando es la regla de la objetividad la que impone la pauta en torno a la existencia del precedente y la práctica que se verifica así lo pone de manifiesto, es bueno saber que no siempre la misma ha sido asumida por nuestro Tribunal de la forma descrita. En efecto, por sorprendente que parezca nuestra jurisprudencia registra casos de precedentes que no nacieron a la manera como lo señala el Código Procesal en materia Constitucional.

Notorio ejemplo de lo descrito lo constituye el criterio establecido en el Expediente Nº 3179-2004-AA/TC (Caso: Apolonia Ccollcca Ponce) de acuerdo con el cual, la procedencia de procesos de amparo contra resoluciones judiciales no solo se encuentra habilitada para tutelar los derechos fundamentales de naturaleza estrictamente procesal (debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva), sino toda clase de derechos fundamentales, opción

interpretativa que en buena cuenta, ha dejado de lado un largo derrotero jurisprudencial de prácticamente veinticinco años[11].

Para nadie es un secreto que hoy en día esta línea de raciocinio es seguida por el Tribunal Constitucional en todos los supuestos de amparos promovidos contra resoluciones judiciales. Lo que pocos, saben sin embargo, es que la misma no es simplemente un criterio jurisprudencial (constitutivo en el mejor de los casos de doctrina jurisprudencial vinculante), sino que es un auténtico precedente vinculante avalado de dicha manera por haber sido recogido por un indiscutible precedente constitucional como el establecido por conducto de la Sentencia recaída en el Expediente Nº 4853-2004-PA/TC (Caso: Dirección Regional de Pesquería de la Libertad)[12].

Así las cosas, no deja de sorprender que a pesar de la previsión establecida en el Código, no siempre el Colegiado haya sido tan escrupuloso a la hora de crear sus precedentes. Aunque es cierto que en los últimos años el Tribunal ha sido mucho más ortodoxo a la hora de crear o establecer un precedente, no deja de ser menos cierto que en el pasado no siempre las cosas hayan sido de la forma antes descrita.

c) El Precedente Constitucional Vinculante siempre debe precisar sus efectos normativos

Máxima de particular relevancia es aquella que impone delimitar los efectos normativos de cada precedente constitucional vinculante. Por la misma debe entenderse principalmente (aunque no exclusivamente) la

11 En efecto, durante prácticamente cinco lustros (que comprende todos los años que rigió la Ley N° 23506 y los iniciales de nuestro actual Código Procesal Constitucional) nuestra jurisprudencia se decantó por una típica opción permisiva moderada (solo se tutelaba vía amparo contra resoluciones judiciales derechos constitucionales de naturaleza procesal). Ello cambiaría con el pronunciamiento aquí señalado, en que se aceptaría la opción permisiva amplia (amparo como mecanismo para tutelar cualquier derecho fundamental, incluyendo como es obvio, los derechos sustantivos). Las incidencias de este cambio, evidentemente notorio, ya se han venido vislumbrando con nitidez en los últimos tiempos. El análisis de este cambio, lo dejamos sin embargo, para otro momento.

12 En efecto, varios meses después de haberse emitido la sentencia recaída en el Exp. N° 3179-2004-PA/TC la ejecutoria recaída en el Exp. N° 4853-2004-PA/TC (al igual que otras posteriores) empezarían a darle a la primera (a los criterios allí establecidos) el carácter de un indiscutible precedente constitucional.

obligatoriedad de precisar el momento desde el cual las reglas constitutivas de precedente van a ser obligatorias[13].

A este respecto, si observamos la redacción asumida por el Artículo VII del Título Preliminar del Código, pareciera que cuando se crea un precedente constitucional existiera plena discrecionalidad a los efectos de determinar el momento desde el cual este rige.

Discrepamos, sin embargo, de esta manera de interpretar las cosas. La obligación que se tiene, para delimitar el momento en que el precedente resulta operativo, se ha hecho para otorgar certezas o seguridades en torno de la incidencia de las reglas creadas jurisprudencialmente, más no supone o lleva por implícito, libertad absoluta por parte del Tribunal para establecer precedentes en todas las direcciones temporales que se le ocurra (solo porque así lo decide el Colegiado). Se trata en realidad y es necesario advertirlo, de una libertad de acción empero sujeta a ciertos estándares jurídicos.

Quiere esto decir que, aunque es perfectamente legítimo (como por lo demás lo avala la propia práctica del precedente en aquellos países en que tal técnica es desarrollada) no solo establecer precedentes que rijan hacia adelante, sino también precedentes que rijan hacia atrás o desde el momento en que el órgano creador así lo determine, las cosas deben manejarse de forma totalmente distinta según la naturaleza temporal de cada regla creada, siendo inevitablemente más restringida la opción de imponer precedentes en forma retroactiva.

En efecto, al igual como sucede con las normas ordinarias, que son obligatorias desde su puesta en vigencia y cuya eventual retroactividad puede ser aceptada excepcionalmente a condición expresa de que favorezca (como ocurre en materia penal y tributaria), con igual razón creemos que lo mismo acontece respecto del precedente constitucional. Ambas (tanto la ley como el precedente) son reglas obligatorias con independencia de su origen.

Ocurre sin embargo, que en nuestro medio hemos podido apreciar hasta dos corrientes de opinión totalmente contrapuestas sobre este tema.

13 La idea de delimitar los efectos normativos no solo podría encontrarse vinculada con aspectos temporales, sino también con otro tipo de referentes. Es lo que ocurriría si un precedente constitucional fuese creado exclusivamente para ser aplicado en determinado ámbito territorial, no por hacer distingos arbitrarios, sino por la naturaleza de los destinatarios del mismo.

INDICE

Para un cierto sector, el precedente es una regla que puede aplicarse hacia adelante o hacia atrás, sin que opere ningún referente de limitación. De este modo pueden establecerse precedentes con efecto retroactivo, sea que estos favorezcan, sea que estos perjudiquen.

Otro sector de opinión, entiende que aunque la aplicación retroactiva del precedente es perfectamente posible, ella solo se hace legítima, en tanto no perjudique. Dicho en otros términos, el precedente retroactivo solo sería para favorecer, nunca para perjudicar.

Desde nuestro punto de vista, y como anteriormente lo hemos dejado establecido, el precedente con aplicación hacia atrás no puede ser aceptado como opción ilimitada, pues de serlo se incurriría en un mecanismo generador de inseguridad, particularmente grave en aquellos supuestos de precedentes con incidencia o contenido procesal. En este contexto, se vería trastocado cuando no desnaturalizado el derecho fundamental al debido proceso en una de sus más importantes manifestaciones como lo es sin duda el procedimiento preestablecido por la ley[14].

Precisamente porque mencionamos este importante atributo y su eventual desconocimiento bajo hipótesis como las descritas conviene traer a colación una reflexión que aunque suele hacerse respecto de las normas jurídicas ordinarias, puede ser perfectamente pertinente respecto de lo que acontece con los precedentes constitucionales.

En efecto, durante bastante tiempo algunos distinguidos juristas han venido sosteniendo como tesis presuntamente pacífica que las normas procesales pueden ser modificadas en cualquier momento y que dicha modificación genera efectos inmediatos. No ha sido extraño en este contexto, la existencia de normas como las contenidas en la Disposición Final Segunda del Código Procesal Civil[15] o en la Disposición Final Segunda del Código Procesal Constitucional[16].

14 Cfr. SÁENZ DÁVALOS, Luis. "El procedimiento preestablecido en la ley como variable del derecho constitucional al debido proceso", *Revista Peruana de Derecho Público*; Año 1; Nº 2; Editora Jurídica Grijley; Lima 2001; págs. 73 y ss.

15 De acuerdo con la citada norma "*Las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite. Sin embargo continuaran 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*".

16 Esta otra norma por su parte establece que "*Las normas procesales previstas por el presente Código son de aplicación inmediata, incluso a los procesos en trámite. Sin embargo, continuaran 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*".

Lo que en pocas palabras nos han querido postular normas como las antes referidas es que el cambio normativo es perfectamente legítimo en el ámbito procesal, traduciéndose este último en el hecho de que lo que venía regulándose de una determinada manera, puede luego, serlo de otra, sin que se aprecie irregularidad alguna en dicho proceder.

A nuestro entender, normas como las señaladas y apreciaciones como las aquí descritas incurren en un evidente error de concepción, pues consciente o inconscientemente desconocen que de acuerdo con la Constitución, existe un derecho fundamental al procedimiento preestablecido por la ley, derecho que se traduce en una exigencia de respeto a las reglas procesales esenciales con las que todo proceso es iniciado y que son garantía para el justiciable que participa en el mismo.

Aunque naturalmente, nadie está diciendo que un cambio procesal no pueda darse y que incluso dicho cambio pueda suponer la sustitución de unas reglas por otras, ello no supone aceptar que por sustituirse un régimen procesal por otro, se vaya a perjudicar las garantías esenciales con las que cuenta todo justiciable al formar parte de un proceso. Bien puede suceder que muchos de los cambios acaecidos en el orden procesal resulten meramente cosméticos y otros hasta eventualmente beneficiosos, sin embargo, el problema surge cuando los mismos, lejos de beneficiar terminan por el contrario, perjudicando. Si esto último llegase a suceder, no tenemos la menor duda del resquebrajo que ello supondría sobre uno de los valores más importantes sobre el que cimenta el Derecho y que no es otro que la propia seguridad jurídica.

Para quien está acostumbrado a concebir el proceso como un conjunto de trámites sin otro referente que la simple formalidad objetiva, puede que la variación no sea otra cosa que una simple rutina sin mayor incidencia. Sin embargo, para quien concibe el proceso como un camino de acceso a la Justicia, dotado empero de reglas igual de justas (Justicia no solo como resultado, sino como camino para llegar al resultado), un eventual cambio, puede ser demasiado decisivo (y hasta a veces realmente gravoso) como para pasar por desapercibido.

La razón del procedimiento preestablecido por la ley estriba precisamente en eso. En el hecho de garantizar que los elementos procesales de suyo esenciales con los que se inicia un proceso (cualquiera que sea su

INDICE

naturaleza) no se vean trastocados o desnaturalizados durante el decurso del mismo. De ocurrir esto último, dicho cambio por más ropaje que aparente, no será otra cosa que simple arbitrariedad, por donde quiera que se mire.

Ahora bien, cierto es que a una argumentación como la descrita se le podría anteponer un contra argumento. Habrá quienes puedan decir que el cambio procesal no tiene porque ser tan grave si nos atenemos a las clásicas excepciones a la regla de la aplicación inmediata y que, como es bien sabido, se traducen en la no aplicación de la norma nueva cuando afecte a) las reglas de competencia, b) los medios impugnatorios interpuestos, c) los actos procesales con principio de ejecución y d) los plazos que hubieren empezado. Creemos, sin embargo, que dicha apreciación no pasaría de un simple esfuerzo, a todas luces insuficiente, por evitar la evidente colisión con principios fundamentales. Y es que ninguna de las mencionadas excepciones contempla o involucra la posibilidad de que el cambio normativo, disminuya ostensiblemente los derechos de las partes o imponga cargas no previstas inicialmente. En ambos casos (que no tendrían tampoco porque ser los únicos) es evidente que la transformación del esquema procesal, lejos de beneficiar, tornaría gravosa o perjudicial la situación de las partes según la condición en la que se encuentren.

Precisamente porque tales situaciones se han presentado en la práctica no han sido pocas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional, se ha decantado por fórmulas en las que lejos de observarse disposiciones como las descritas, se ha optado por su no aplicación bajo la lógica de la observancia que impone la tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso[17]. Y razón no ha faltado, pues una de las máximas de todo proceso que se juzgue debido es por donde se le mire, el procedimiento preestablecido por la ley.

Si la lógica descrita opera con la ley y su eventual incidencia en el tiempo y en las situaciones jurídicas existentes, conviene replantearse la

17 En esta línea hay decenas de sentencias emitidas por nuestro Colegiado. Cfr. Por ejemplo, el Exp. N° 3771-2004-HC/TC (Caso: Miguel Cornelio Sánchez Calderón). Sustentación teórica en pro de dichas opciones, la tenemos en Sáenz Dávalos, Luis; La aplicación en el tiempo del Código Procesal Constitucional. Algunas notas sobre un problema de interpretación recientemente planteado; *Hechos y Derechos; Suplemento Mensual de Editora Normas Legales S.A.C.*; Año 4; N° 28; enero de 2005; págs. 14-15. En sentido similar, CARPIO MARCOS, Edgar. "¿Aplicación inmediata del Código Procesal Constitucional?"; *Actualidad Jurídica*; Tomo 136; Gaceta Jurídica; Lima, marzo de 2005; págs. 152 y ss.

misma reflexión, por directa referencia a lo que representan los precedentes vinculantes.

Al respecto y de conformidad con lo que hemos venido adelantando, no creemos de ninguna manera que pueda ser de recibo la generación de precedentes vinculantes con efecto retroactivo cuando estos supongan la disminución de derechos fundamentales. Una concepción de este tipo convertiría la técnica del precedente, más que en un mecanismo de solución de controversias similares, en un instrumento de perversión del ordenamiento constitucional irónicamente sustentado en la autoridad del propio Tribunal Constitucional.

Curiosamente, sin embargo, y pese a que este raciocinio pareciera no ofrecer complicaciones y más aún si el Tribunal Constitucional lo ha utilizado en innumerables ocasiones por directa referencia a los cambios jurídicos operados por conducto de la ley, sorprende de sobremanera que lo haya ignorado en una buena cantidad de ocasiones cuando de los precedentes constitucionales se trata.

En efecto, precedentes como los recaídos en los Expedientes Nº 1417-2005-PA/TC (Caso: *Manuel Anicama Hernández*), Nº 0206-2005-PA/TC (Caso: *César Baylon Flores*) o Nº 0168-2005-PC/TC (Caso: *Maximiliano Villanueva Valverde*) han sido muestras de evidente aplicación inmediata alterando reglas de juego preestablecidas sin reparar en el inevitable perjuicio que con su efecto han generado.

No estamos diciendo, por cierto, que estos precedentes hayan resultado cuestionables desde la perspectiva de su contenido mismo, respetable desde todo punto de vista, y en algunos casos (por lo menos en dos de ellos) hasta necesarios. En lo que estamos reparando es en la forma en que han sido aplicados. Pretender que los procesos que se venían tramitando bajo unos determinados criterios jurisprudenciales de pronto lo sean bajo parámetros distintos, sin tomar en cuenta el perjuicio a generarse sobre sus destinatarios, dista radicalmente de la finalidad de certeza innata a todo precedente. Es lo que en su día y a modo de ejemplo sucedió con los amparos previsionales tramitados bajo criterios de tutela extensiva y que tras la creación del precedente recaído en el Exp. Nº 1417-2005-PA/TC (Caso: *Manuel Anicama Hernández*) y su aplicación inmediata fueron desestimados de plano, sin interesar los años de litigio que tuvieron que padecer los litigantes hasta su llegada al Tribunal Constitucional y por

sobre todo, la situación especialmente sensible en la que los mismos, en atención a su edad y condición económica, se encontraban.

Lo contradictorio del caso, es que así como el Colegiado, ha tenido este tipo de pronunciamientos, en los que no ha reparado en lo arbitrario que puede resultar la aplicación retroactiva del precedente, en otros supuestos, ha sucedido exactamente lo contrario. Prueba de ello ha sido la aplicación del precedente recaído en el Exp. Nº 4650-2007-PA/TC (Caso: *Cooperativa de Ahorro y Crédito de Sub-Oficiales de la Policía Nacional del Perú "Santa Rosa de Lima LTDA*)[18] que estableció como requisito de procedibilidad en los contra amparos laborales, la regla de reposición previa del trabajador beneficiado con una sentencia constitucional así como la eventual sanción económica en los casos de desestimatoria de la demanda. Que sepamos, el Tribunal Constitucional, no ha aplicado de inmediato estas reglas a los procesos de contra amparo que se encontraban en trámite al momento en que nació dicho precedente, sino que ha sabido distinguir con prudencia que su aplicación, en tanto implica nuevas cargas (y por tanto restricciones), se aplica para los amparos contra amparos que recién se iniciaron con su puesta en vigencia[19].

En suma y aún cuando una sana lógica impone que la aplicación retroactiva del precedente, no debería ser de recibo en los casos que suponga un perjuicio, preocupa que el Tribunal Constitucional no tenga hasta la fecha una idea muy clara de lo que representa este problema y que, al revés de ello, lo maneje con una discrecionalidad, harto discutible.

d) El Precedente Constitucional Vinculante puede ser cambiado o dejado sin efecto por el Tribunal Constitucional, siempre que se motive la decisión

Habiendo sido el Tribunal Constitucional el generador indiscutible del precedente, resulta evidente que debe ser el mismo, el único legitimado para decidir por su cambio o su eventual desaparición.

18 Un comentario de dicho precedente y de las reglas que ha instituido lo tenemos en SÁENZ DÁVALOS, Luis. *Amparo contra Amparo. Caso: Cooperativa Ahorro y Crédito de Sub Oficiales de la PNP "Santa Rosa de Lima";* en TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny (Compilador). *El Precedente Constitucional Vinculante en el Perú (Análisis y Doctrina Comparada)*; Adrus Editores; 2.ª Edición; Lima 2014; págs. 623 y ss.

19 Al respecto se pueden ver, por ejemplo, las ejecutorias recaídas en los Exps. Nº 3940-2010-PA/TC (Caso: Gobierno Regional del Callao), Nº 3941-2010-PA/TC (Caso: Gobierno Regional del Callao), entre otras.

Interrogarse sobre por qué es el Tribunal el único organismo con esa capacidad de desvinculación o apartamiento, requiere recordar lo que ya se dijo en otro momento. La concepción de precedente que manejamos en el Perú, es la de una regla invulnerable que no admite que órganos distintos a los que la crearon puedan discutir sobre sus alcances. Esta, en otras palabras, se ha hecho para ser cumplida sin que sea posible su desacato. En todo caso y como también se advirtió, la llamada inaplicación del precedente (que es muy distinta al desacato) no significa una inobservancia del precedente, sino más bien su observancia estricta sobre la base de su correcta interpretación, distinguiendo con sensatez donde se aplica y donde no.

Ahora bien, el hecho de que el precedente constitucional, sea vinculante para todos, no supone que dicha característica opere de manera radical para el Tribunal Constitucional. Aunque este último *prima facie*, se encuentra vinculado por lo que en su momento estableció y evidentemente debe observar sus precedentes mientras no decida expresamente lo contrario, tiene, a diferenci a del resto de poderes públicos, la condición de órgano creador y esta a su vez, se sustenta en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución. Siendo esto, así se explica, que llegado el momento pueda decidir que el precedente no va más o que simplemente merece ser sustituido.

De optar por cualquiera de ambas alternativas, esa capacidad que ostenta el Tribunal tampoco quiere significar que pueda ejercerla de la forma en que se le ocurrat El Código Procesal Constitucional, con buen criterio, ha condicionado su puesta en práctica al hecho de que la misma sea ejercida con sujeción al principio de motivación resolutoria. Quiere decir esto que, todo cambio de precedente solo será posible en la medida en que el Tribunal justifique las razones de su decisión.

En el escenario descrito, capital importancia reviste entonces el conocer a qué tipo de motivación nos estamos refiriendo cuando hablamos de la capacidad que ostenta el Tribunal Constitucional.

Al respecto, creemos no equivocarnos en señalar que cuando se establece como requisito de un eventual cambio de precedente, el factor motivación, no es porque simplemente se le esté imponiendo al órgano creador, la idea de una formal argumentación basada en su propia *auctoritas* o en la posición institucional que ocupa en el esquema constitucional. En realidad, se trata de algo mucho más importante que una simple

exigencia formal. Si las razones que llevaron a crear al precedente fueron especialmente relevantes en atención al caso que se conocía, igual de relevantes, según entendemos, tendrían que ser las razones que conduzcan a su eventual retoque o sustitución.

Motivación definitivamente sí, pero ciertamente no cualquier motivación. Para que el cambio o apartamiento sea una opción no reprochable en términos jurídicos, tendría que ser una tipo cualificado, en otras palabras, una donde impere una alta dosis de calidad argumental traducida en un elenco bastante selecto de razones poderosas a la par que persuasivas que conduzcan a demostrar el porqué de la inutilidad o desfase del precedente que se pretende sustituir.

Siendo este el mensaje central con el que asumimos los alcances de un eventual cambio en los precedentes, convendría contrastar nuevamente, la forma como es que el Tribunal lo ha venido interpretando.

Sobre este último extremo creemos no equivocarnos en señalar que por lo menos y si nos atenemos a los contadísimos casos en los que se ha producido cambio de precedente en nuestro medio, no necesariamente hemos podido observar una escrupulosa e irreprochable técnica al momento de justificar la decisión. Al hecho de que un pleno de Magistrados, le haya querido enmendar la plana a otro grupo de Magistrados, se han terminado añadiendo razones de lo más opinables.

Uno de los más comentados casos de cambio de precedente que se dio en nuestro medio operó a raíz de la sentencia recaída en el Exp. N° 3908-2007-PA/TC (Caso: *Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional. Provías Nacional*), la misma que a su turno dejó sin efecto uno de los dos precedentes en su día establecidos mediante la ejecutoria recaída en el Exp. N° 4853-2004-PA/TC (Caso: *Dirección Regional de Pesquería de la Libertad*). Esta última sentencia, como se recuerda, había incorporado como precedentes, no solo a las reglas que sustentan el modelo procesal conocido como amparo contra amparo, sino que a su vez, había previsto un recurso de agravio constitucional mediante el cual se permitía la defensa del precedente constitucional vinculante en los supuestos de desconocimiento o transgresión del mismo por conducto de sentencias constitucionales estimatorias expedidas por el Poder Judicial.

Para ser consecuentes con la verdad, la ejecutoria recaída en el Exp. N° 4853-2004-PA/TC siempre tuvo defensores y detractores, no tanto por el lado del amparo contra amparo, donde al margen de algunas discrepancias

académicas, se observó un cierto mayor consenso alrededor de su necesidad, sino por el lado del recurso de agravio constitucional y la utilización que en su momento se le pretendió otorgar[20]. Sobre este último extremo se detectó desde un inicio una fuerte polémica, pues a juicio de diversos doctrinarios, no parecía una fórmula tan escrupulosamente consecuente con el texto constitucional, si nos atenemos a lo previsto por el Artículo 202° inciso 2) de la norma fundamental cuyo texto habla de resoluciones denegatorias y no de estimatorias tal y cual lo pretendía el citado precedente. Nosotros mismos, en aquella época, abogamos por una técnica de defensa del precedente por conducto del amparo contra amparo antes que por vía del recurso de agravio constitucional. Pensamos entonces (al igual que ahora) que no nos equivocábamos en este específico aspecto[21].

El hecho, sin embargo, es que pese a encontrarnos persuadidos en la posición descrita, difícilmente nos atreveríamos a suscribir la sentencia recaída en el Exp. N° 3908-2007-PA/TC, no porque no sea legítimo cambiar el precedente, sino básicamente por el tipo de argumentación utilizada y que, como se recuerda, se concretizó en dos razones muy específicas a) el precedente que estableció un recurso de agravio constitucional como fórmula destinada para su defensa procesal fue fruto de una imposición doctrinal asumida por los Magistrados Constitucionales que lo generaron, y b) el precedente constitucional no fue creado de manera acorde con los requisitos que tiene establecidos nuestra jurisprudencia, careciendo por consiguiente de todo valor.

Decir que un precedente ha sido fruto de una imposición doctrinaria, proveniente de un grupo de magistrados, no parece muy elegante que digamos y antes bien, constituye más una descalificación académica o personal que un verdadero e indiscutible alegato en pro de un cambio que se entienda como necesario.

Entendemos que, si el Tribunal Constitucional integrado por un determinado grupo de Magistrados, disiente de la posición asumida por quienes fueron sus predecesores, no tiene nada de extraño ni menos discu-

20 Cfr. SÁENZ DÁVALOS, Luis (Coordinador). *El Amparo contra Amparo y el Recurso de Agravio a favor del precedente*; Cuadernos de Análisis y Crítica a la Jurisprudencia Constitucional; N° 3; Palestra Editores; Lima 2007.

21 Cfr. SÁENZ DÁVALOS, Luis. Los nuevos derroteros del amparo contra amparo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Cambios y perspectivas a la luz de una reciente ejecutoria); en Sáenz Dávalos, Luis (Coordinador); *El Amparo contra Amparo y el recurso de agravio a favor del precedente*; págs. 120-122.

tible, que opte por darle un giro diferente a algunas de sus perspectivas jurisprudenciales. Pero para hacerlo no necesita minimizar académicamente a nadie. Es suficiente con exponer las razones por las que el precedente que se pretende cambiar resulta cuestionable y a su turno, argumentar en pro de las nuevas reglas que se pretenden crear. La descalificación académica, en otras palabras, no es ningún argumento ni mucho menos razón cualificada para este tipo de decisiones, pues nadie tiene la varita mágica como para decidir que tal o cual posición en Derecho es la única posible. Con la lógica que maneja el Tribunal, vía la sentencia comentada, también podría ser descalificado por magistrados distintos, so pretexto de una nueva composición del Colegiado.

La segunda razón que se nos proporciona en la ejecutoria comentada, es todavía mucho más polémica. Según la misma, el precedente que establece el recurso de agravio contra estimatorias, no se encontraba dentro de ninguno de los supuestos que legitiman la generación de un precedente y que, como se sabe, se concretizan en a) la existencia de interpretaciones contradictorias, b) la comprobación de interpretaciones erróneas (equivocadas) en torno de alguna norma, c) la existencia de vacios legislativos, d) la presencia de interpretaciones alternas sobre una misma norma, e) la necesidad de cambiar un precedente vinculante[22].

Si efectivamente fuese cierto que para generar un precedente como el cuestionado recurso de agravio respecto de estimatorias, hubiese que encontrarse en cualquiera de las hipótesis mencionadas, con la misma lógica tendría que haberse dejado sin efecto el otro precedente creado por la sentencia recaída en el Exp. Nº 4853-2004-PA/TC, esto es el que reguló las reglas del amparo contra amparo. Lo que es más sorprendente aún, se tendría que dejar sin efecto, la casi totalidad de precedentes constitucionales creados por el Tribunal Constitucional que, si somos consecuentes con la verdad, tampoco nacieron precisamente porque se encontraran dentro del repertorio de alternativas a las que se refiere su jurisprudencia.

La motivación utilizada es pues en este caso, incoherente, y refleja a las claras, la voluntad de un Tribunal que se esfuerza por encontrar

22 Es curioso que el Tribunal invoque como supuestos para generar un precedente solo a cinco hipótesis, sin percatarse que conforme a la sentencia en la que pretende respaldarse (Exp. Nº 3741-2004-PA/TC, Caso: Ramón Salazar Yarlenque) también se menciona como típico escenario generador de un precedente, a la existencia de conductas inconstitucionales que, a pesar de reclamarse de manera individual, vengan generando efectos sobre un número amplio o indeterminado de personas.

pretextos para cambiar la jurisprudencia, sin percatarse demasiado de su propia solidez argumental[23].

No estamos diciendo por cierto y vale la pena aclararlo, que no pueda el Colegiado cambiar sus precedentes allí donde resulte inevitablemente necesario. Simplemente hacemos hincapié en que de procederse de dicha forma, debería apelarse a una motivación especialmente cualificada. Dicho objetivo, sin embargo, y a la luz de casos como el que aquí hemos descrito, aún parece lejano de haberse alcanzado.

Lima, octubre de 2014

23 Lo sorprendente del caso es que mucho más recientemente, el mismo Tribunal ha vuelto a caer en el mismo tipo de esquema, como se deduce de la ejecutoria recaída en el Exp. Nº 4293-2012-PA/TC (Caso: Consorcio Requena) que ha servido para ahora dejar sin efecto el antes citado precedente establecido en el Exp. Nº 3741-2004-PA/TC invocando el consabido incumplimiento de los requisitos formales para generarlo.

LOS VICIOS DE LA LEY

*Edgar Carpio Marcos**

INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es analizar las razones o los motivos por los cuales una ley o una norma con rango de ley puede ser declarada inconstitucional. Aunque se evalúa específicamente la problemática asociada a las fuentes con rango de ley, las consideraciones que siguen aplican también al control que llevan a cabo los jueces en el modelo de la *judicial review*, y aún al caso de los reglamentos o normas de carácter general cuyo cuestionamiento se efectúa a través de la Acción Popular.

Sé parte del dato que una ley es susceptible de ser calificada como inconstitucional si es que esta anida un vicio. Un fenómeno de esta característica se presenta cada vez que, en el proceso de su producción jurídica, el órgano con competencia normativa para dictarla infringe un límite impuesto por la Constitución o el bloque de constitucionalidad. Un "vicio", así, es el efecto de no respetarse las normas formales, materiales o competenciales que disciplinan el proceso de producción jurídica de una disposición o fuente formal del derecho. Y, por tanto, la "razón" o el "motivo" por el

* Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Profesor de la Universidad San Martín de Porres.

cual el órgano autorizado por el sistema (Tribunal Constitucional, Poder Judicial o ambos a la vez) puede declarar su invalidez[1].

Según cuál sea el límite infringido, los vicios de la ley pueden ser materiales, formales y competenciales. Sin embargo, en el derecho y la jurisprudencia constitucionales comparados se discute si, además de dichos vicios o motivos impugnatorios de la ley, es posible comprender también al denominado "exceso de poder legislativo". En este trabajo se da cuenta de su problemática y se analiza su tratamiento, aún embrionario, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano.

1. Vicios procedimentales o de forma

Una disposición o fuente formal del derecho puede ser impugnada en el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, por vicios de forma, cuando en el *iter* de su elaboración no se haya respetado el procedimiento que la Constitución establece[2] [verb., aprobar una Ley Orgánica sin contarse con el voto conforme de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso (art. 106 de la Constitución); o aprobar una ley ordinaria sin el quórum establecido].

Como afirma Guastini, el vocablo "forma" condensa "en sí mismo un doble significado: por un lado, significa procedimiento; por otro, denota todo aquello que resta si se hace abstracción del contenido. Se dice pues, que una ley está afectada por un vicio de forma cuando su inconstitucionalidad depende no ya de su contenido prescriptivo (…), sino del hecho que ésta no ha sido producida según el procedimiento previsto por las normas constitucionales que regulan la creación de la ley"[3].

La Constitución describe este motivo impugnatorio como un supuesto de inconstitucionalidad por la "forma" (inc. 4, art. 200). Los alcances de este supuesto de invalidez constitucional fueron especificados en su momento por el inc. 2 del artículo 21 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal

1 Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti,* Giuffrè editore, Milano 1998, pág. 133-134.

2 Cf. CERVATI, Angelo. "Il controllo di costituzionalita sui vizi del procedimento legislativo parlamentare in alcune recenti pronunce della Corte Costituzionale", en AA.VV., *Scritti sulla Giustizia Costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, Vol. I, Cedam, Padova 1985, pág. 185 y sgtes.

3 GUASTINI, Ricardo. *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho,* Editorial Gedisa, Barcelona 1999, pág. 333.

Constitucional (en adelante, LOTC), al señalar que esta se produce "cuando (las normas con rango de ley) no hayan sido aprobadas o promulgadas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución" [4].

Desde luego, no solo cuando se transgrede la "forma prescrita por la Constitución" se incurre en un vicio de esta naturaleza. En muchas ocasiones, el procedimiento de creación de una disposición o fuente formal del derecho no se halla establecido de modo integral en el articulado constitucional, sino también en normas a las que la Ley Fundamental encarga la tarea de prescribir cuál ha de ser el procedimiento a observar o las condiciones formales a satisfacer (por ejemplo, el Reglamento del Congreso, tratándose de fuentes de origen parlamentario).

Por cierto, no cualquier infracción del Reglamento del Congreso genera este vicio del acto legislativo. Ese ha sido, por ejemplo, el temperamento esbozado por el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 26637, donde al cuestionarse que en su aprobación se habría infringido el art. 75 del Reglamento del Congreso (disposición que prevé el cumplimiento de determinados requisitos a efectos de que un parlamentario ejerza su derecho de iniciativa legislativa), sostuvo que dicho precepto no se encontraba

> *"comprendido dentro del ámbito de aquellas normas que determinan la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado, (por lo que) no forma parte del `bloque de constitucionalidad´... (y, por tanto,) la evaluación de su alegada vulneración, es una cuestión que no se encuentra dentro de las competencias asignadas por el artículo 202 (de la Constitución) a este Supremo Intérprete de la Constitución"*[5].

Aunque el Tribunal Constitucional no haya sido lo suficientemente explícito, ha entendido que no toda afectación del Reglamento del Congreso habilita la posibilidad de un control de constitucionalidad. Este se encuentra reservado solo para aquellas infracciones reglamentarias que, a su vez, tienen un vínculo directo en la Constitución[6].

4 El artículo 76 del Código Procesal Constitucional tiene una redacción semejante, pero su ámbito de aplicación se ha circunscrito solo para el caso de las normas controlables mediante la Acción Popular.

5 STC 0004-96-I/TC (Fund. Jur. 2 "g"), publicado en el Diario Oficial *El Peruano* del 25 de enero de 1997.

6 Cfr., CARPIO MARCOS, Edgar. "El reglamento parlamentario como canon de control de la acción abstracta de inconstitucionalidad", en AA.VV. *El Derecho Público*

INDICE

Por otro lado, la determinación de la inconstitucionalidad de una norma basada en los *interna corporis acta* de su formación presenta ciertas particularidades, rara vez observables cuando se impugna a la ley por otros vicios impugnatorios. En concreto, se sale del juicio *abstracto* que normalmente caracteriza al control de constitucionalidad, esto es, del contraste entre dos normas (Constitución y Ley), donde el resultado de la decisión es consecuencia de la compatibilidad (o no) que exista entre ambas. Y es que cuando se impugna que una norma es inválida por vicios en el procedimiento de su elaboración, la verificación de tal infracción algunas veces requiere la actuación de material probatorio (verbg., constancia del quórum con el que fue aprobado; mayorías no cumplidas, etc), que toca ofrecer a las partes o al Tribunal Constitucional recabar ejerciendo sus poderes instructores[7] (art. 119 del CPConst).

Por lo general, cuando el Tribunal advierte que un acto legislativo adolece de vicios formales, dispone la anulabilidad de toda la ley, y no solo de algunos de sus preceptos, como normalmente suele ocurrir cuando la norma está afectada de vicios materiales; salvo que la ilegitimidad formal solo pueda predicarse de una o algunas de las disposiciones que lo integran [cfr. entre muchas otras, STC 0003-2006-PI y STC 0002-2011-PC/TC].

2. Vicios materiales o de fondo

Con carácter general, una ley o norma con rango de ley es inconstitucional por vicios materiales cuando afecta una norma sustantiva de la Constitución. Verbigracia, cláusulas relativas a derechos fundamentales, garantías institucionales, principios constitucionales, prohibiciones al legislador, etc. Este vicio es calificado por el inciso 4) del artículo 200 de la Constitución como un supuesto de inconstitucionalidad por el "fondo".

Las normas materiales de la Constitución si bien no encausan el procedimiento de producción de las normas jurídicas, sin embargo, sí tienen por objeto limitar el contenido normativo que puedan albergar los actos legislativos, de tal forma que cualquier transgresión de estos genera

a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje a Allan R. Brewer Carias, Thomson-Civitas, Madrid 2003, t. 1, pág. 1075 y sgtes. Cf., CHELI, Enzo. "Giustizia Costituzionale e sfera parlamentare", en *Quaderni Costituzionali*, Nº 2, Il Mulino, 1993, pág. 264-265.

7 Cf. GROPPI, Tania. *I poteri istruttori della Corte Costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giuffre Editore, Milano 1995.

la invalidez material de la norma. La existencia de un vicio material en el acto legislativo no hace referencia a cómo esta ha sido elaborada, tampoco a aquello que se regula, sino fundamentalmente al "modo cómo un determinado objeto es regulado"[8].

Este tipo de infracciones a la Constitución, para algunos, es siempre de carácter "directo", en el sentido de que la determinación de invalidez del acto legislativo se obtiene de su confrontación con el Texto Constitucional, sin intermediación de norma interpuesta alguna[9]. Creo, sin embargo, que un vicio de esta naturaleza también es posible de identificar a partir de la disparidad del objeto de control con una norma que conforma el bloque de constitucionalidad. Ello se debe a que, en ciertas ocasiones, el modo cómo debe desarrollarse una determinada materia no viene (solo) predeterminada por la Constitución, sino también por una norma interpuesta. Piénsese, por ejemplo, en el caso del complejo proceso de producción de los decretos legislativos (artículo 104 de la Constitución). Si la ley autoritativa tiene la capacidad de fijar el modo cómo una materia puede ser regulada, entonces un decreto legislativo que burlara las condiciones de la delegación sería "materialmente" contraria a aquella y, como sucede con todos los casos en los que el parámetro está conformado por una norma interpuesta, "indirectamente" contraria a la Constitución[10].

Ahora bien, muchas y muy variadas son las hipótesis de infracciones por el fondo pues, como se comprenderá, el grueso de preceptos constitucionales contiene, expresa o implícitamente, mandatos que el legislador no puede desconocer (de hacer o no hacer). Sin embargo, ello no debe llevar a pensar que todos los preceptos materiales de la Ley Fundamental ofrezcan igual grado de dificultad a la hora de analizar si una ley es válida o no[11]. Por ello, sin un criterio exhaustivo y siguiendo al que en su momento

8 Cfr. GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di Teoria Costituzionale*, Giappichelli editore, Torino 2001, pág. 81.

9 Cfr. PUNSET BLANCO, Ramón. "Normas impugnables y motivos impugnatorios en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N. 43, Madrid 1995, pág. 214 y sgtes.

10 Cfr. CARPIO MARCOS, Edgar. "Normas interpuestas en la acción de inconstitucionalidad (el caso peruano)", en Domingo García Belaúnde (Coordinador), *Constitucionalismo y derechos humanos*, Editorial Grigley, Lima 2002, pág. 29 y sgtes.

11 ZAGREBELSKY, Gustavo y MARCENÓ. *Giustizia Costituzionale*, Il Mulino, Milano 2012, pág. 220 y sgtes. Del mismo Gustavo Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna 2008, pág. 205 y sgtes.

realizó Manuel Aragón, vayamos a distinguir entre infracciones a reglas constitucionales, preceptos constitucionales que enuncian normas legales y principios constitucionales.

a) Si por regla se entiende un precepto constitucional que al precisar un hecho establece una consecuencia jurídica (norma completa), un vicio material en la ley se derivará de la ausencia de compatibilidad entre lo dispuesto por ella (sobre el hecho o la consecuencia jurídica) y lo previsto por la Constitución[12] (verbigracia, en su momento la Ley 26657 cuyos alcances eran contrarios al art. 112 de la Ley Fundamental, que prohibía que el Presidente de la República en ejercicio pueda reelegirse por más de un periodo presidencial adicional).

b) Dado que la Constitución no es un reglamento o un código que pueda desarrollarlo todo, hasta en sus detalles más mínimos, es común que ella deje al legislador la tarea de desarrollar algunos de sus preceptos (Verbg., la regulación de los términos cómo debe entenderse la "protección adecuada" contra el despido arbitrario, al que se refiere el artículo 27 de la Constitución, etc.).

En tales supuestos, si bien la *eficacia* de las normas constitucionales queda supeditada al desarrollo que el legislador pueda realizar, ello no significa que dichos preceptos no tengan valor normativo y, menos aún, que no puedan servir por sí mismos como parámetro de control de las normas sometidas al enjuiciamiento ante el Tribunal Constitucional[13]. También esta clase de normas constitucionales albergan en su seno un mínimo constitucionalmente exigible al legislador, cuya observancia debe ser garantizada por las leyes de desarrollo que se dicten. De modo que, la constatación de vicios materiales en ellas será consecuencia de que desarrollen un contenido opuesto al mínimo constitucionalmente exigible por preceptos de esta clase.

c) A diferencia de las normas completas, no es infrecuente encontrar en la Constitución normas que tienen la estructura de principios, esto es, mandatos que exigen ser optimizados. Según Robert Alexy, los principios

12 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Giustizia Costituzionale*, citado, pág. 220-221.

13 Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid 1988, pág. 68 y sgtes. En igual sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, ya sea a propósito del derecho a la seguridad social [STC 1417-2005-PA/TC, Fund. Jur. 12], ya en relación al derecho a la pluralidad de la instancia [STC 4235-2010-PHC/TC, Fund. Jur. 12].

son "normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible". Ese ámbito de las posibilidades jurídicas de su aplicación no se determina en abstracto, sino en cada ocasión que se le opongan otros principios o reglas del mismo rango[14].

También la Constitución contiene normas que tienen la estructura de "directrices", esto es, normas que señalan que deban alcanzarse ciertos fines u objetivos colectivos, sin disponer cuáles hayan de ser los medios que deban utilizarse ni el grado de eficiencia con que deba obtenerse[15].

En ambos casos, estamos frente a normas que se encuentran en una situación distinta a las "reglas" y a los "preceptos que enuncian normas", no solo en cuanto a su estructura pues, además de tener una formulación vaga e indeterminada y su contenido normativo basarse en la generalidad, y no en la singularidad, carece de mandatos directos. Pero, de otro lado, tampoco su aplicación se efectúa mediante la técnica de la subsunción, que es la que se emplea para aplicar las "reglas", sino a través de la "ponderación"[16].

Esta singularidad pesa a la hora de identificar cuándo una ley o una norma con rango de ley las ha afectado. Habitualmente observamos que el Tribunal ha considerado una norma constitucional como principio, cuando detrás de la argumentación con la que resuelve el caso este apela a técnicas como la ponderación o el principio de proporcionalidad.

Así y todo, debe quedar claro que cualquiera sea la "clase" de norma constitucional que pueda ser afectada materialmente por un acto legislativo, ello no genera "submodalidades" de este vicio o motivo impugnatorio. La infracción material a la Constitución es una sola: la que se deriva del hecho que una norma con rango de ley afecte una norma sustantiva del Texto Fundamental. El propósito de identificar las clases de normas constitucionales no tiene otro fin que advertir la diversa intensidad del control

14 ALEXY, Robert. *Teoría General de los Derechos Fundamentales,* CEPC, Madrid 2007, pág. 67-68.

15 Cfr., RUÍZ MANERO, Juan. "Una tipología de las normas constitucionales", en Josep Aguiló, Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, Madrid 2007, pág. 63 y sgtes.

16 Cfr., ALEXY, Robert. "On balancing and subsumption. A structural comparison", en *Ratio Juris,* Vol. 16, 2003, pág. 433 y sgtes. Cfr. también las STC 0012-2010-PI/TC y 0021-2010-PI/TC, donde el Tribunal analiza problemas de inconstitucionalidad material, a partir de disposiciones constitucionales que tienen la estructura de "directrices".

que sobre la ley puede recaer. Y es que, como ha expresado María Luisa Balaguer, tratándose de una inconstitucionalidad material, "hay que tener en cuenta cuál es el margen en el que el legislador puede moverse en su ámbito de competencia para legislar en el marco de la Constitución, dado que entre la Constitución y la ley opera un círculo concéntrico, donde el legislador puede moverse libremente. Rebasado ese círculo, el legislador se ha excedido del marco establecido, y esa ley es inconstitucional"[17].

3. Vicios competenciales

Un acto legislativo puede encontrarse de acuerdo a una norma sustancial de la Constitución, haberse aprobado siguiendo el procedimiento establecido por ella y, sin embargo, haber sido expedida por un órgano que no tenía competencia para dictarla, o que la norma regule una materia que la Constitución reserva su desarrollo para otro tipo de acto legislativo.

Este motivo impugnatorio, que la doctrina llama vicio de incompetencia, es consecuencia de que en un ordenamiento jurídico coexisten una pluralidad de órganos con competencias para crear normas, cuyas relaciones no están sustentadas en una articulación vertical, sino horizontal que, más allá del órgano que lo haya dictado, ostentan el mismo rango en el sistema normativo[18]. Como afirma Zagrebelsky, "donde rige el principio de competencia, las fuentes se confrontan no en términos de mayor o menor eficacia, y tampoco en términos de fuente anterior y fuente posterior (lo que significa que no vale ni el principio de jerarquía ni el de abrogación), sino en términos de recíproca exclusión sobre un determinado campo material", derivado del hecho "que la Constitución ha individualizado fuentes más idóneas que la ley respecto de determinadas materias"[19].

a) Según el mismo Zagrebelsky, en opinión que comparte Guastini, un acto legislativo contiene un vicio de incompetencia formal (llamada también, absoluta o subjetiva) si es que su creación ha sido efectuada por

17 BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *et al*. *Derecho Constitucional,* T. I, Edit. Tecnos, Madrid 1999, pág. 218.

18 Cf. DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes,* Edit. Ariel, Barcelona 1997, pág. 90-91.

19 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto,* UTET, Torino 1998, pág. 66. Cfr. También, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *Fuentes del Derecho,* t. 1, Editorial Tecnos, Madrid 1991, pág. 148-149.

un órgano que no tenía competencia normativa para "producir ese tipo específico de fuente"[20]. Es el caso, por ejemplo, de "decretos legislativos" o "decretos de urgencia" expedidos por el Parlamento, cuando, como se sabe, la expedición de estas es competencia normativa del Poder Ejecutivo ["derivada", en el caso del Decreto Legislativo, y "originaria", pero excepcional, tratándose de un Decreto de Urgencia]. O a la inversa: que hipotéticamente el Ejecutivo expida una ley (ordinaria) o tal vez una Ley Orgánica, para las cuales no tiene competencia.

Aunque hipótesis descritas no sean frecuentes, ello no quiere decir que su enunciación carezca de importancia teórica y práctica. Por rescatar solo una de las muchas que seguramente pueden ofrecerse: normas con vicios congénitos de esta naturaleza plantean el problema de si están incursas en un problema de *validez* constitucional o, por el contrario, si solo se tratan de "normas inexistentes", que por no reconocerse como partes del sistema normativo, sobre ellas no cabría realizarse ningún enjuiciamiento de constitucionalidad[21].

b) Cuando una norma desarrolla un contenido normativo que la Constitución ha reservado su regulación a otra clase de fuente, se produce un vicio de inconstitucionalidad que Guastini ha llamado de "incompetencia material" (relativa u objetiva)[22]. Esta, a su vez, puede ser de dos clases: positiva y negativa.

(i) Una norma es inconstitucional por un vicio de incompetencia material "positiva" cuando pese a que la Constitución establece cuáles son las materias que ella puede regular, sin embargo, esta desarrolla un tema que es ajeno al ámbito material de su competencia normativa. Es el caso, por ejemplo, de un decreto legislativo que regule una materia no autorizada por la ley autoritativa; o una ley orgánica que regule materias ajenas al ámbito establecido por el artículo 106 de la Constitución.

(ii) Una norma es inconstitucional por vicios de incompetencia material "negativa" cuando pese a que la Constitución o una norma

20 ZAGREBELSK, Gustavo. y MARCENO, Valeria. *Giustizia Costituzionale*, citado, pág. 221.

21 Cfr. el clásico trabajo de Carlo Esposito. *La validità delle leggi,* Giuffrè editore, Milano 1964, pág. 233 y sgtes. RUGGERI, Antonio. y SPADARO, Antonino. *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli editore, Torino 2001, pág. 136-138.

22 Cf. el lúcido planteamiento de Ricardo Guastini, que en lo sustancial seguimos: *Distinguiendo. Estudios de Teoría y metateoría del Derecho,* citado, pág. 331-337.

interpuesta le ha prohibido la regulación de un ámbito material, ella ingresa a desarrollarla. Tal podría ser el caso de un Decreto de Urgencia que, pese a existir una prohibición constitucional expresa, regulase materia tributaria [art. 74 de la Constitución].

En definitiva, son diversas las formas y maneras en que pueden presentarse las modalidades de invalidez por carencia de competencia. Ello se debe a que en nuestro ordenamiento son distintos los órganos que cuentan con competencias normativas y también son variadas las fuentes que de aquellos emanan y tienen rango de ley[23]. Aun así, de estas dos variantes de incompetencia material, el segundo párrafo del art. 75 del Código Procesal Constitucional solo ha contemplado la denominada incompetencia material positiva, al disponer que se puede declarar inconstitucional, por contravenir el artículo 106 de la Constitución, a un decreto legislativo, decreto de urgencia o una ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica, en aquellos casos en las que estas hayan regulado materias reservadas a la ley orgánica o impliquen modificación o derogación de esta. Se trata, sin embargo, de una regulación parcial, que no excluye las diversas hipótesis de vicios de incompetencia que puedan presentarse.

4. El exceso de poder legislativo: ¿un vicio de la ley?

Fuera de estos clásicos motivos impugnatorios, cabe interrogarse si la irracionalidad, incoherencia interna, irrazonabilidad o la arbitrariedad del acto legislativo podría considerarse como un vicio cuya constatación permita declarar su inconstitucionalidad. Algunos tribunales, entre ellos la *Corte Costituzionale* italiana, lo han admitido. Otros, en cambio, lo han negado.

En Italia, a este motivo impugnatorio, cierto sector de la doctrina la ha denominado *ecceso di potere* del legislador, evocando así la formulación de la teoría del "exceso de poder" del Consejo de Estado francés, de primera mitad del siglo XIX[24]. Sin embargo, como pone de relieve

23 Cf. PUNSET BLANCO, Ramón. "Normas impugnables y motivos impugnatorios en los procesos de control de constitucionalidad de las leyes", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N. 43, Madrid 1995, pág. 214 y sgtes.

24 Cfr. CASAL, Jesús María. *Constitución y Justicia Constitucional*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2000, pág. 53-70.

Sebastián Martín Retortillo[25], allí se le ha dado una cobertura que no coincide exactamente ni con el *excès de pouvoir* ni con el *dètournement de pouvoir* del derecho administrativo francés[26].

En concreto, la teorización del *ecceso di potere* como vicio de la ley[27] se ha elaborado sobre los alcances del concepto de "legitimidad constitucional" utilizado por el art. 134 de la Constitución italiana de 1948 que, a su vez, se deriva de la noción de la "legitimidad administrativa", que alberga como vicios invalidantes del acto administrativo las figuras de la "violación de la ley", la "incompetencia" y el "ecceso di potere". En los inicios de su funcionamiento, algunos consideraron que si el concepto de legitimidad constitucional derivaba del derecho administrativo, y en aquel un acto de la administración podía ser anulado por incurrir en el vicio de *ecceso di potere*; entonces el traslado de dicha categoría al ámbito de la jurisdicción constitucional autorizaría a la *Corte Costituzionale* también a declarar la inconstitucionalidad de una ley por incurrir en un vicio semejante.

Desde este punto de vista, un acto legislativo podría ser declarado inconstitucional si el Legislador pretendiese conseguir fines u objetivos distintos o incompatibles con aquellos fijados por la Constitución, para cuya prosecución precisamente se le ha atribuido a este de la competencia legislativa. Y es que si bien el legislador no es un simple ejecutor de la Constitución, pues se trata de un órgano que tiene una amplia libertad de configuración, no es menos cierto también que la Constitución, aparte de consignar principios y preceptos de textura

25 RETORTILLO BAQUER, Sebastián. "El exceso de poder como vicio del acto administrativo", en *Revista de Administración Pública,* Nº 23, Madrid 1957, pág. 33 y sgtes.

26 Cf. sobre el exceso de poder en la doctrina administrativa, SANDULLI, Aldo. "Ecceso di potere e controllo di proporzionalitá. Profili comparati", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico,* Nº 2, Giuffré editore, 1995, pág. 329 y sgtes. CHINCHILLA MARÍN, Carmen. *La desviación de poder,* Civitas, Madrid 1999. Para la proyección de esta doctrina en la Acción de Inconstitucionalidad, SCACCIA, Gino. "Ecceso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza", en *Politica del Diritto,* Nº 3, Il Mulino 1999, pág. 387 y sgtes. CORASANITI, Aldo. "La ragionevolezza come parametro del giudizio de legittimità costituzionale", en *Diritto e Societá,* Nº 1, nuova serie, Cedam Padova, 1995, pág. 1 y sgtes.

27 Cf. una postura crítica sobre la utilización de la figura del exceso de poder en el ámbito del control de constitucionalidad de las leyes, en MIGNEMI, Giuseppina. "Sull´inesistenza dell´eccesso di potere legislativo", en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico,* Nº 1, Giuffré editore, 1995, pág. 167 y sigtes.

INDICE

abierta e indeterminada, también incorpora indicaciones de objetivos que el legislador ordinario no puede disponer, y sí por el contrario se encuentra forzado a desarrollar.

Sin embargo, aquellos no son los únicos supuestos en los que el legislador podría incurrir en un vicio de esta naturaleza. A partir de la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale,* algunos han individualizado estos supuestos que lo configurarían[28]:

a) La falta de congruencia lógica de la norma respecto a sus motivos (ilogicidad manifiesta).

b) La inexistencia de elementos objetivos y razonables en un tratamiento diferenciado realizado por el acto legislativo.

c) La necesidad de que la elección adoptada por el legislador, si bien pueda responder a criterios opinables –propios de la regla de la mayoría que opera en el debate parlamentario-, sin embargo, sea razonablemente sostenible, y no por el contrario, expresión de un mero capricho (injustificada disparidad de tratamiento frente a situaciones iguales).

d) Y, finalmente, que la ponderación de los hechos realizados por el legislador al adoptar un acto legislativo se apoye en una lectura real de las cosas, al tiempo que se exprese en la decisión finalmente adoptada[29].

Desde luego, no ha sido pacífica la recepción de esta doctrina ni tampoco ha estado exenta de duras críticas. Pero ello no ha impedido que la *Corte,* algunas veces, haya practicado un control de estos alcances, aunque este no ha terminado con la evaluación del mérito, oportunidad o conveniencia del dictado de una ley por el legislador (por otra parte, prohibida por el artículo 87 de la Ley de 11 de marzo de 1953). Y es que, a diferencia de lo que sucede cuando un acto legislativo anida vicios formales, materiales o competenciales, donde el juicio de validez supone contrastar (directa o indirectamente) dos normas de

28 Cfr. el clásico trabajo de Carlo Lavagna, "Ragionevolezza e leggitimità costituzionale", en AA.VV. *Scritti sulla Corte Costituzionale,* Morano editore, Napoli 1966 (?), pág. 85 y sgtes. SCACCIA, Gino. *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale,* Giuffrè editore, Milano 2000, Cap. IV *(Ragionevolezza ed ecceso di potere legislativo).*

29 Cf. SCACCIA, Gino. "Ecceso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza", en *Politica del Diritto,* Nº 3, Il Mulino 1999, pág. 387 y sgtes.

distinta jerarquía; tratándose del vicio de *ecceso di potere,* la evaluación gira alrededor del propio acto legislativo, sin que exista la necesidad de confrontar su compatibilidad con la Constitución.

Esta estructura del escrutinio, desde luego, plantea múltiples problemas si es que se tiene en cuenta que el control de validez que se efectúa en el proceso a la ley es uno de constitucionalidad. Es decir, donde el objeto controlado solo puede ser censurado por su disconformidad con la Ley Fundamental, y no porque ella adolezca de problemas de logicidad, coherencia interna, etc. De ahí que la *Corte Costituzionale*[30], en los últimos años, haya tratado de objetivarla bajo los alcances del principio de razonabilidad (*ragionevolezza*), comprendiendo en su evaluación diversos supuestos[31]:

a) Cuando el acto legislativo anide una absoluta ilogicidad, incoherencia o arbitrariedad en su motivación, o cuando entre el acto y los presupuestos que sirvieron para su expedición, exista una evidente e insubsanable contradicción que incida negativamente en bienes o derechos constitucionalmente garantizados.

b) Cuando el contenido del precepto legislativo se presente como irrazonable respecto a la realización de un fin constitucionalmente establecido.

c) Cuando el acto legislativo, so pretexto de la discrecionalidad del legislador, no es capaz de satisfacer una evaluación de razonabilidad, de manera que justifique la diversidad de tratamiento efectuado[32].

30 Cfr., por ejemplo, las sentencias 187 de 1981, 195 de 1988, 313 de 1995 o la 146 de 1996. Al efecto, puede verse Stefano CICCONETTI, Maria. *Lezioni di giustizia costituzionale,* Giappichelli editore, Torino 2001, pág. 20. MORRONE, Andrea *Il custode della ragionevolezza,* Giuffrè editore, Milano 2001, pág. 145-276.

31 Tal vez por ello cierto sector de la doctrina italiana ha podido decir que la *ragionevolezza* es una "noción difícil de precisar, polimorfa y ambigua sobre el plano teórico general, e irreductible a una unidad de referencia conceptual y lógica" [SCACCIA, Gino "Motivi teorici e significati pratici della generalizzazione del canone di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale", in Massimo La Torre y Antonino Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, pág. 393]. Cfr. también MODUGNO, Franco. *Ragione e ragionevolezza,* Editoriale Scientifica, Napoli 2009, pág. 61 y sgtes.

32 Cf. MARTINES, Temistocles. *Diritto Costituzionale,* (Riveduta da Gaetano Silvestri), Giuffré Editore, Milano 2000, pág. 459-460.

INDICE

A su turno, en España este vicio invalidante no se ha planteado por el lado de la *desviación de poder* del Legislador, sino por influjo del principio de interdicción de la arbitrariedad, proclamado por el art. 9.3 de la Constitución de 1978, que como lo ha expresado la más importante doctrina[33], es vinculante, sin excepción, para todos los poderes públicos, entre los cuales se encuentra ciertamente el mismo legislador.

Han sido muchos los pronunciamientos donde el Tribunal Constitucional ha abordado el asunto de la arbitrariedad del legislador, como da cuenta Tomás Ramón Fernández. Así, por ejemplo, en una de sus primeras sentencias, la del 20 de julio de 1981, el Alto Tribunal expresaría:

"El juicio de la arbitrariedad suele remitirse a la actuación... de la administración pública. En este sentido, `arbitrario´ equivale a no adecuado a la legalidad y ello tanto si se trata de actividad reglada –desviación de poder-, etc. Pero la Constitución se refiere a todos los poderes públicos y al hacerlo introduce... un arma revisora en manos... del Tribunal Constitucional. Cuando se habla de la arbitrariedad del Legislativo no puede tratarse de la adecuación del acto a la norma, pero tampoco puede reducirse su examen a la confrontación de la disposición legal controvertida con el precepto constitucional que se dice violado. El acto legislativo se revela arbitrario, aunque respetara otros principios del 9.3, cuando engendra desigualdad. Y no ya desigualdad referida a la discriminación –que ésta concierne al artículo 14-, sino a las exigencias que el 9.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la ley"[34].

33 Cf. sobre los alcances del principio, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota", en *Revista de Administración Pública,* Nº 124, Madrid 1991, pág. 211 y sgtes. GRANADO HUELMO, Ignacio. "La interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos", en AA.VV. *Discrecionalidad administrativa y control judicial,* Junta de Andalucía-Edit. Civitas, Madrid 1996, pág. 158 y sgtes. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. "El principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad como punto de partida de la nueva dogmática", en su libro *De la arbitrariedad de la administración,* Edit. Civitas, Madrid 1994, pág. 81 y sgtes; y especialmente, el libro que se cita en la nota siguiente.

34 FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional,* Edit. Civitas, Madrid 1998, pág. 49-50.

Asimismo, en la sentencia de 19 de julio de 1982 señaló que la inconstitucionalidad de una norma podía deberse también a vicios intrínsecos de ella misma, en la medida que carezca de apoyo material o formal cuya existencia se considera imprescindible, "pues de otro modo, la norma... se presentaría como la expresión pura y simple de un poder desnudo, de la mera voluntad o capricho de su autor..."[35].

En fin, los alcances de cómo a través del principio de interdicción de la arbitrariedad se puede instrumentalizar técnicas de control sobre la ley son muchos, y sería largo enumerar las razones de las que se ha hecho eco el Tribunal Constitucional español. Sin embargo, la primera vez que este Tribunal declaró la inconstitucionalidad de una norma por su arbitrariedad, sin que para ello fuese precisa su conexión con algún otro precepto constitucional, fue en la STC 49/1988, del 22 de marzo, donde destacó:

> *"(...) Esta falta de justificación (de la previsión normativa) supone, en este caso, un acto arbitrario por parte del Legislador, que vulnera la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que establece el artículo 9.3 de la Constitución. Y ello por dos razones: Una, porque supone una flagrante contradicción en el mismo sistema configurado por el Legislador (contradicción lógica de la norma). Y la segunda razón consiste en que, aún prescindiendo de si el artículo 14 de la Constitución es aplicable (derecho de igualdad) a los entes públicos, lo cierto es que... (tales instituciones) son tratadas de forma radicalmente distinta sin motivo que lo justifique, y el trato desigual manifiestamente injustificado entraña una arbitrariedad aunque no encaje exactamente en la previsión del artículo 14 de la Norma Suprema."*

Ahora bien, pese a que el Tribunal ha admitido que el control de constitucionalidad de un acto legislativo también puede fundarse en la arbitrariedad del legislador, tal doctrina no se ha hecho desconociéndose la distinta relación que media entre Legislador y Constitución y la que opera entre Administración y ley, esto es, diferenciado entre supuestos de arbitrariedad del legislador y arbitrariedad en la aplicación de la ley. En la sentencia del 23 de mayo de 1985, por ejemplo, afirmaría:

> *"La noción de arbitrariedad no puede ser utilizada por la jurisdicción constitucional sin introducir muchas correcciones y matizaciones en la construcción que de ella ha hecho la doctrina del Derecho Adminis-*

35 *Ídem*, pág. 52.

INDICE

trativo", ya que "no es la misma la situación en la que el legislador se encuentra respecto de la Constitución, que aquélla en la que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en relación con la Ley"

Dicha tesis fue desarrollada en la STC 49/1988, según la cual:

"la función del Legislador no debe entenderse como una simple ejecución de los preceptos constitucionales, pues, sin perjuicio de la obligación de cumplir los mandatos que la Constitución impone, el Legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de Derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentario. Por ello, el Tribunal Constitucional ha afirmado también que si el Poder Legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del ordenamiento, no es suficiente la mera discrepancia política –ínsita en otra opción- para tachar la primera de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión de los efectos legales, ya en lo técnico legislativo, ora en situaciones personales que se creen o estimen permanentes". En definitiva, "la potestad legislativa no puede, sin infringir la Constitución, ejercerse desproporcionadamente, con sacrificio excesivo e innecesario de los derechos patrimoniales de los particulares"[36].

Por otra parte, tampoco puede decirse que esta doctrina haya pasado por desapercibida en América Latina. La Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, ha sido una de los primeros órganos *ad hoc* de control de constitucionalidad que ha admitido la figura de la desviación de poder como un motivo impugnatorio de la ley, si bien se ha cuidado mucho en señalar que este vicio,

"no es, como en el derecho administrativo, una causal que pueda invocarse en forma autónoma para pretender la declaración de inconstitucionalidad de una norma; se requiere, por consiguiente, que se alegue y se demuestre por el demandante, en cada caso, que la finalidad perseguida por el legislador es contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales.

36 *Idem*, pág. 68.

Consecuente con lo anterior, estima...que se transgreden las normas receptoras de los aludidos valores, por vía de ejemplo, en los siguientes casos: I) cuando la ley tiene una finalidad discriminatoria, es decir, no realiza el principio de igualdad; II) cuando se desvía la voluntad legislativa del norte que le impone la Constitución de asegurar el respeto a la dignidad humana, y de realizar los fines esenciales del Estado...III) cuando el órgano legislativo se aparta del fin de consultar la justicia, el interés general y el bien común, y decreta `actos de proscripción o persecución contra personas naturales o jurídicas´"(Sentencia C-456-98)[37].

Como es obvio, la extensión de la técnica del *ecceso di potere* (desviación de poder) a la justicia constitucional, y la aparente invasión de la justicia en el ámbito de libertad de configuración que tiene el legislador para desarrollar los preceptos constitucionales, ha llevado a la Corte a fijarse ciertos límites que básicamente podríamos resumir en los siguientes:

a) En primer lugar, no es materia de control, los criterios de oportunidad o de conveniencia plasmados en la decisión política del legislador al expedir la ley. No obstante, tal límite cede cada vez que el acto legislativo se encuentre en contradicción con disposiciones de la Constitución de cuyo contenido pueda evidenciarse una finalidad.

b) Tampoco se extiende el control a los intereses, perjuicios y motivaciones que puedan darse en la actividad de iniciativa legislativa. Aún así, tampoco puede descartarse la posibilidad de que los móviles que dieron origen a su expedición puedan ser idóneos para inferir desviación de poder, siempre que resulte ilegítimo el fin perseguido a la luz de los preceptos de la Constitución.

c) No hay una evaluación de los móviles de uno o cada uno de los miembros del Congreso que participan en la elaboración de la ley –elemento psicológico de muy difícil precisión; lo que sí debe considerarse es la voluntad del órgano legislativo, expresada a

37 Se trata, en efecto, de la primera sentencia donde se aborda el tema de manera frontal y sin ambages. No obstante, y como la misma sentencia se encargará de recordarlo, con anterioridad la Corte Constitucional, en diversos casos, ha analizado "la necesidad, la racionalidad y razonabilidad, la proporcionalidad y la finalidad de medidas legislativas".

través del principio mayoritario, sin que ello excluya que, con base en el expediente legislativo, se pueda establecer la ilegitimidad del fin frente a la Constitución.

d) De otro lado, ha destacado que el hecho de que una norma se refiera a una persona o grupo de personas determinado, no es indicio de ilegitimidad de los fines perseguidos, pues en tales casos la validez de estas normas se encontrará supeditado a la necesidad de que tal tratamiento tenga base objetiva y satisfaga las reglas propias del principio de razonabilidad.

e) Finalmente, ha estimado que tratándose de una alegación de inconstitucionalidad por desviación de poder, la Corte debe hacer prevalecer el principio de la primacía de la realidad sobre la forma, de modo que el control abarque no solo la forma sino también la materia y, por consiguiente, deberá expulsarse la norma cuando la voluntad auténtica del legislador y la finalidad de la ley no se adecúen a los preceptos de la Constitución.

En el Perú, como puede deducirse de una lectura del inciso 4) del artículo 200 de la Constitución o del artículo 75 del Código Procesal Constitucional, el denominado exceso de poder legislativo no ha sido considerado entre los posibles vicios de la ley y, por cierto, tampoco ha merecido un tratamiento denso en la jurisprudencia del Supremo Tribunal de la Constitución.

Naturalmente, ello no quiere decir que el Tribunal no haya afrontado problemas asociados a la desviación de poder legislativo, en particular en la década de los noventa[38]. Tal vez, la primera oportuni-

38 Así, por ejemplo, la ley de amnistía dictada para evitar que purguen condena militares que cometieron delitos de lesa humanidad, cuando de conformidad con el art. 44 de la Constitución, el Estado tiene como uno de sus deberes primordiales el de garantizar *la plena vigencia de los derechos humanos*; la ley de interpretación auténtica por virtud del cual se pretendió evitar que los jueces pudieran efectuar el control de constitucionalidad y, por tanto, inaplicar la referida ley de amnistía; las leyes que permitieron funcionar a diversos órganos constitucionales, bien de manera disminuida o bien con recortes de sus competencias; e inclusive, la polémica ley de interpretación "auténtica" del art. 112 de la Constitución, relativo a la reelección presidencial, y un largo etcétera. A propósito, Alessandro Pizzorusso da cuenta que en Italia, la *Corte Costituzionale* ha considerado inconstitucional una ley por *ecceso di potere* cuyo propósito, so pretexto de constituir una interpretación auténtica, era corregir un precedente judicial (Cf. *Lecciones de Derecho Constitucional*, CEC, Madrid 1984, T. II, pág. 18.)

dad que se le planteó el tema de la desviación de poder como vicio de invalidación de una norma, fue con ocasión del cuestionamiento del artículo 4 de su entonces vigente Ley Orgánica. Si bien el cuestionamiento incidía en la carencia de "razonabilidad" del acto legislativo, algunos de los argumentos de apoyo de la pretensión estaban asociados al exceso de poder legislativo:

> *"(...) interponemos Acción de Inconstitucionalidad contra el art. 4 de la Ley 26435, LOTC, en el extremo que exige 6 votos para declarar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley e impone al Tribunal Constitucional que en caso de no alcanzar la referida mayoría calificada declare infundada la demanda restringiendo, de ésa manera, irrazonablemente el ejercicio del control constitucional."*

En la exposición de los fundamentos jurídicos que sustentaban el petitorio, los demandantes sostendrían:

> *"(...) es evidente que no puede reputarse constitucionalmente válida una norma legal que impida o restrinja irrazonablemente el control, pues desnaturalizaría la esencia misma del concepto de Constitución" "(...) De ahí que, el legislador al momento de desarrollar el procedimiento para resolver el referido proceso de inconstitucionalidad no pueda desnaturalizarlo de modo tal que limite o entorpezca irrazonablemente su ejercicio. Si lo hace, tal como sucede con el artículo 4 de la LOTC, está ingresando al terreno de la inconstitucionalidad..."*

Más adelante, se expresaría uno de los elementos que se encuentra ínsito en la técnica de la desviación de poder: el carácter absurdo de la disposición impugnada. Se dirá:

> *"El art. 58 de la LOTC admite la posibilidad de que los magistrados... emitan votos singulares cuando tengan una opinión discrepante al criterio adoptado por la sentencia (...) Se trata, en realidad, de un derecho que corresponde a los magistrados que no comparten la opinión mayoritaria y que les permite explicitar y difundir su opinión discrepante. (No obstante) el art. 4 de la LOTC permite que una minoría que vota en contra, conformada por uno (si otro se encuentra ausente) o dos magistrados, se convierta por mandato legal en una mayoría que impone su criterio sobre los demás. Se desnaturaliza, así, hasta llegar al absurdo, el concepto mismo del voto singular o particular, pues según el citado artículo ahora dicho voto (singular) corresponde a la mayoría si no obtiene 6 votos conformes".*

INDICE

No obstante, al momento de expedirse sentencia, por mayoría[39], el Tribunal Constitucional no se detuvo en esclarecer si la desviación de poder constituía un vicio invalidante del acto legislativo. La cuestión, pues, aunque planteada, no mereció un análisis detenido. Lo paradojal de todo ello es que apenas unos días antes, el 28 de octubre de 1996, en la STC 0646-96-AA/TC, el Tribunal precisamente se valió de la incoherencia intrínseca de la norma, para *inaplicar* el precepto legal por inconstitucional. Se discutía, en concreto, el establecimiento del llamado "impuesto mínimo a la renta" dentro de la normatividad que regula el Impuesto a la Renta. Este impuesto mínimo, a diferencia de lo que sucede con el impuesto a la renta, tenía por propósito gravar en el orden del dos por cien los activos fijos a todas aquellas personas que no se encontraran afectos al impuesto a la renta.

En tal caso, si bien no realizó un proceso argumentativo sobre el *ecceso di potere* del Legislador, el Tribunal afirmó:

> *"(...) el establecimiento del impuesto mínimo a la renta... supone una desnaturalización desproporcionada del propio impuesto a la renta que dicha norma con rango de ley establece, ya que pretende gravar no el beneficio, la ganancia o la renta obtenida... sino el capital o sus activos netos";*

si bien terminó señalando que tal desnaturalización no observó los límites constitucionales a los que se encuentra sujeto el ejercicio de la potestad tributaria.

Con tal pronunciamiento, al margen de las inevitables derivaciones al campo de los derechos fundamentales, circunstancia comprensible pues se trataba de un proceso de Amparo y no uno de inconstitucionalidad de las leyes, el Tribunal realizó, en parte, una evaluación de la coherencia lógica de la norma[40]: No puede establecerse en un impuesto destinado a imponer fiscalmente las ganancias o beneficios, un gravamen al capital, esto es, un fin ajeno a la norma impositiva.

En opinión del Tribunal, las disposiciones legales que lo creaban era "desproporcionadas" por carecer de coherencia intrínseca dentro del contenido regulatorio del impuesto a la renta. Con ello, el Tribunal

39 STC 0005-96-I/TC, del 19 de diciembre de 1996.

40 MIGNEMI, Giuseppina. "Sull`inesistenza dell´eccesso di potere legislativo", citado, pág. 175 y sgtes.

terminaba por censurar que el legislador no fuese coherente con los fines que perseguía alcanzar. Y que la desviación con aquello que se proponía, por ese solo hecho, o porque también incidía en el contenido de ciertos derechos fundamentales, tornaba inválida la disposición.

La cuestión no volvió a plantearse hasta pasados unos años. En el año 2004, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley Nº 26844, el Tribunal declararía que el cuestionamiento de haberse desnaturalizado el ejercicio de la función legislativa, al dotar de eficacia legal a actos practicados antes de su entrada en vigencia, no probaba que "el legislador haya incurrido en un exceso de poder legislativo" [STC 0009-2003-PI/TC, Fund. Jur. Nº 4].

Naturalmente, una afirmación en esa dirección puede leerse en diversos sentidos. Uno de ellos, seguramente, es que si se probaba que el Parlamento hubiese incurrido en exceso de poder legislativo, tal vez la ley hubiese sido declarada inconstitucional. Sin embargo, tal impresión debe matizarse a la luz de lo que diría el Tribunal una semana después, con ocasión del cuestionamiento de la Ley 28194, al amparo de su supuesta formulación antitécnica. En la STC 0004-2004-AI/TC, el Tribunal afirmaría:

> *"Cabe precisar que tal alegación no puede merecer atención en un proceso de control de constitucionalidad el 'antitecnicismo' de las leyes, o acaso, su 'ineficiencia', sino tan solo su compatibilidad formal y material con la Carta Fundamental" [Fund. Jur. Nº. 4].*

Dicha tendencia sería definitivamente zanjada luego, con ocasión de resolverse la demanda de inconstitucionalidad contra diversas disposiciones de la Ley Nº 29413. Uno de los motivos en los que se sustentó el cuestionamiento tenía que ver con "la falta de coherencia entre la Disposición Complementaria Única de la Ley Nº 29413 y el resto de su articulado". El Tribunal sería drástico en negar la admisibilidad de la admisión de un vicio de esa naturaleza:

> *Tras la alegación (…) subyace el planteamiento de que este Tribunal tendría la competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley, además de los vicios formales, materiales o competenciales que pueda anidar, porque ésta también adolece del vicio de "exceso de poder" o "desviación de poder" (…) Al respecto, y con independencia de que el problema derivado de la incongruencia interna de un acto administrativo se comprenda ya como una manifestación de "exceso de poder" o*

INDICE

ya como una expresión de "desviación de poder" [lo que varía según los ordenamientos jurídicos nacionales que los recepcionan], el Tribunal está en la necesidad de recordar que las contradicciones internas de la ley, que entre otras razones se originen en la desvinculación del contenido material de una disposición con las demás que la integran, no autoriza, por sí sola, a que podamos declarar su inconstitucionalidad. Ello es consecuencia del tipo de control de validez que en el seno de este proceso este Tribunal está autorizado a realizar (…) Tal escrutinio de constitucionalidad no comprende un examen interno del acto legislativo, en el que se evalúe si las disposiciones de una ley son coherentes (o no) consigo mismas, o acaso si éstas resultan conformes (o no) con los fines que otras de su misma clase y rango promuevan. Un control semejante está excluido en esta sede porque cualquiera sea la situación que resulte, de ello prima facie no se deriva una infracción al principio de jerarquía normativa y, en particular, al principio de supremacía de la Constitución. De manera que para que en el seno de este proceso pueda analizarse un problema relacionado con la ilogicidad interna de una ley, es preciso que ésta se presente vinculada a la afectación de algún derecho, principio o bien constitucionalmente tutelado (…).

Como puede observarse, si bien en sus inicios se admitió de manera embrionaria el cuestionamiento de una ley por adolecer de exceso de poder, con el tiempo esta se ha disipado, al negarse a considerar como un vicio cuya no observancia, de manera autónoma, pueda servir para declarar la inconstitucionalidad de un acto legislativo[41].

Un desarrollo de la jurisprudencia, en ese sentido, ha venido de la mano del virtual abandono de su doctrina jurisprudencial en torno al principio de interdicción de la arbitrariedad, que en los primeros años de su funcionamiento, el Tribunal afirmó que estaba implícitamente constitucionalizada en el principio de razonabilidad, ex artículo 200 de la Ley Fundamental[42], y al amparo del cual censuró, en diversos momentos, la actuación de diversos poderes públicos y, entre ellos, al propio Parlamento[43].

41 Cf. CORASANITI, Aldo. "La ragionevolezza come parametro del giudizio di legittimità costituzionale", en *Diritto e Società,* Nº 1, 1995, pág. 1 y sgtes.

42 Así, expresamente, la STC 0090-97-AA/TC (Fund. Jur. 6.B)

43 Los precedentes destacando la prohibición de arbitrariedad en el acto de aplicación de la ley, especialmente a cargo de los órganos de la administración pública, son muchos, aunque solo se utilice como una técnica argumental, y no se haya deducido mayores consecuencias dogmáticas. Cf. SAÉNZ DÁVALOS, Luis. "La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Peruana de Derecho Constitucional,* Nº 1, Lima 1999, pág. 554 y sgtes.

Tal vez la principal razón para no considerar al exceso de poder legislativo entre los motivos por los cuales se puede invalidar una ley, tenga que ver con el tipo de escrutinio al que esta se vería sometido. Y es que evaluar al acto legislativo bajo todos los supuestos que en dicho vicio se encuentran comprendidos, no comporta realizar un juicio de validez constitucional, es decir, realizar un contraste entre la ley y la Constitución, sino solo una valoración de la ley consigo misma. Y esa es una tarea ajena a los tribunales que ejercen la jurisdicción constitucional de la ley.

Lima, octubre de 2014

INDICE

BREVES REFLEXIONES SOBRE EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE ACCIÓN POPULAR

(Ponencia para el V Congreso de Derecho Procesal Constitucional de Arequipa)

*Miguel Pedro Vilcapoma Ignacio**

I. INTRODUCCIÓN

El término de acción popular nació para señalar que podía ejercitar una acción procesal cualquier ciudadano o muchos de ellos, ya en beneficio particular, ya en asuntos de interés público.

César Landa Arroyo al abordar el tema sostiene que la acción popular que estaba establecida en la Constitución de 1920, artículo 157° y en la Constitución de 1933, artículo 231°, pero como antecedentes de carácter penal[1].

Mientras que Víctor Julio Ortecho Villena, nos indica que la acción popular tiene dos tipos de antecedentes, uno de tipo jurídico penal y otro de control constitucional. El primer tipo de antecedentes, ha estado destinado a formular denuncias contra autoridades que cometían delitos

* Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad Los Andes - Huancayo. Expresidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional

1 LANDA ARROYO, César. *Teoría del Derecho Procesal Constitucional,* Palestra Editores, Lima 2003, pág. 147.

contra los deberes de función, a fin de que se les emprendieran los procesos correspondientes, y en su oportunidad fueran debidamente sancionados. Nos señala que este antecedente, en el siglo que ha terminado, lo encontramos en la Constitución de 1920, artículo 157, que puntualiza lo siguiente: "Producen acción contra magistrados y jueces, la prevaricación, el cohecho, la abreviación o suspensión de la formas judiciales, el procedimiento ilegal contra las garantías individuales y la prolongación indebida de los procesos sumarios"[2].

El otro antecedente que señala es el contenido en la Constitución de 1933, que comentamos a continuación.

Es cierto que el proceso de acción popular nace con la Constitución de 1933, en el artículo 133° con el siguiente texto: "Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de responsabilidad de los Ministros.

"La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente". El dispositivo constitucional señalado remitía su desarrollo a la ley.

En la Constitución de 1979, el título V que corresponde a Garantías Constitucionales (Art. 295) después de señalar como garantías la acción de hábeas corpus y amparo, se establecía la acción popular, en el último parágrafo con el siguiente texto:

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

II. EL PROCESO DE ACCIÓN POPULAR EN EL DECRETO LEY 14605

El Decreto Ley 14605, denominada la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, promulgado el 25 de julio de 1963, bajo la jefatura de Estado del General Nicolás Lindley López, estableció en dos disposiciones o artículos en cuanto respecta a la acción popular que estaba contemplada en la

2 ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. "El proceso constitucional de acción popular", en Susana Castañeda Otsu, *Derecho Procesal Constitucional,* Jurista Editores, T. I, Lima Perú, 2004, Segunda Edición, pág. 219.

Constitución de 1933. En el artículo 7° de la ley en mención se establecía lo siguiente: "La acción que concede el Artículo 133° de la Constitución se ejercerá ante el Poder Judicial y se sustanciará por la vía ordinaria, como proceso de puro derecho, con intervención del Procurador General de la República en representación del Estado".

Esta disposición acotada señala la vía ordinaria para su sustanciación y al mismo tiempo califica que es un proceso de puro derecho.

Luego en el Artículo 12° señalaba que: "Hay acción ante el Poder Judicial contra todos los actos de la administración pública, departamental y municipal, que constituyan despojo, desconocimiento o violación de los derechos que reconocen la Constitución y la leyes".

Conforme puede apreciarse desde el momento que se promulgó la Constitución de 1933, recién con la aprobación y promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial se establecía el procedimiento de la acción popular.

III. EL PROCESO DE ACCIÓN POPULAR EN LA LEY 24968

Habiéndose consignado la acción popular en la Constitución de 1979, con fecha 20 de diciembre de 1988 se aprueba la Ley 24968, denominada Ley Procesal de Acción Popular por la que deroga el artículo 7 de la Ley 14605, estableciendo un procedimiento que se resume en lo siguiente:

Los entes legitimados para interponer acción popular

La ley en comento establecía el catálogo de quienes podían interponer la acción indicada, siendo ellos:

a) Los ciudadanos peruanos en el ejercicio pleno de sus derechos;

b) Los ciudadanos extranjeros residentes en el Perú;

c) Las personas jurídicas constituidas o establecidas en el Perú, a través de sus representantes legales; y

d) El Ministerio Público de conformidad con la facultad que le confiere el inciso 1) del artículo 250 de la Constitución.

Por otro lado, es necesario señalar que esta ley, permitía ejercer acción popular contra las normas formalmente aprobadas que aún no han sido publicadas oficialmente, siempre que del conocimiento extraoficial de las

INDICE

mismas se prevea que lesionan o amenazan con lesionar el orden constitucional y/o legal o contravenir el principio de jerarquía normativa (artículo 5°). Este mismo dispositivo señala que la subsanación del contenido de la norma, efectuada antes de su publicación, deja sin efecto la demanda.

El período para ejercitar la Acción Popular en la Ley 24968

La ley establece los plazos dentro de los cuales se ejerce la acción popular:

a) A los cinco años contra las normas violatorias de la Constitución.

b) A los tres años contra la normas que contravienen a la Ley.

Señala la última parte del artículo 6° que el plazo de prescripción se computa a partir del días de la publicación de la norma.

La aplicación del control difuso (artículo 236° de la Constitución de 1979)

En la Constitución de 1979, en el artículo 236°, se había establecido el control difuso, en el que se establecía "En caso de incompatibilidad entre una normas constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna". Al igual que en el texto constitucional actual se establecía el control difuso también para las normas infralegales. Por tanto, la ley en comento establecía que el derecho existente para ejercitar la acción popular a instancia de parte y la prescripción del mismo, no eximía la aplicación de oficio del principio normativo contenido en el artículo 236° de la Constitución; es decir, el control difuso contra el reglamento o normas administrativas.

Órgano procesal competente

Se señalaba que el órgano competente para conocer los procesos de acción popular con exclusividad es el Poder Judicial, precisando que los competentes para conocer la demanda eran:

a) La Sala de turno correspondiente, por razón de la materia de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y

b) La Sala correspondiente de la Corte Superior de Lima, en los demás casos.

Los requisitos del escrito de la demanda

Se estableció los siguientes requisitos:

a) Designación de la Sala ante quien se interpone,

b) El nombre y el número de libreta electoral o el carné de extranjería del demandante y de su domicilio.

Se precisaba en la Ley (Art. 10°, inciso 2) si el actor se trataba de una persona jurídica, se debería de indicar los datos registrales de la misma y acompañar el nombramiento o poder otorgado a su representante legal.

c) La denominación precisa y el domicilio del órgano emisor de la norma materia de la demanda. En caso de que ha sido publicada, se debería de indicar día, mes y año de la publicación, acompañando una copia de la misma.

d) La indicación de la norma o normas constitucionales y/o legales que se suponen contravenidas por las que es objeto de la demanda.

e) La exposición de motivos en la que se sustenta la acción**.**

El emplazamiento con la demanda

Obviamente, admitida la demanda se corre traslado al órgano emisor y se publica el auto admisorio de la demanda por una sola vez en el diario oficial *El Peruano*, si la acción se promueve en Lima, o en el medio oficial de publicidad que corresponde si aquella se promueve en otro Distrito Judicial.

Existía también la obligación de que la Sala ponga lo actuado en conocimiento del Fiscal respectivo a quien se le remite, bajo cargo, copia de la demanda y de los recaudos que lo acompañan (artículo 132°).

Si la norma objeto de acción popular ha sido expedido con participación de más de un órgano emisor, se le notifica al de mayor jerarquía. Si se trata de órganos de igual nivel jerárquico, la notificación se dirige al primero que suscribe el texto normativo.

En caso de normas dictadas por el Poder Ejecutivo, el emplazamiento se hará por intermedio del Ministro que la refrenda, si fuera varios, por el que haya firmado en primer término.

Si el órgano emisor ha dejado de operar corresponde notificar al órgano que asumió sus funciones.

Intervención Ministerio Público

Estaba establecida la intervención del Ministerio Público, por tanto, una vez vencido el plazo para contestar la demanda (diez días), con contestación o sin ella, la Sala cursaba oficio al Fiscal que interviene en el proceso, para que dentro de una plazo no mayor de diez (10) días a partir de la fecha de recepción, emita el dictamen pertinente, sin desplazamiento del expediente y bajo responsabilidad (artículo 16°).

Vista de la causa

Una vez practicada las diligencias pertinentes del caso y recibido el dictamen fiscal, la Sala señalaba día y hora para la vista de la causa dentro de los cinco días posteriores a la recepción del dictamen.

Estaban permitidos los informes orales y los alegatos escritos. En el caso de alegatos escritos estaba permitido la lectura de los documentos (artículo 17°).

Sentencia y apelación

La Sala debía de pronunciar sentencia dentro de los diez días de producida la vista de la causa. La sentencia es apelable dentro del plazo de tres días, ante la Sala de la Corte Suprema que conoce de los asuntos contencioso-administrativos. Si no se interponía recurso de apelación contra las sentencias que amparan las demandas, existía la obligación que los autos se eleven en consulta obligatoria a la Corte Suprema; esta debería de absolverla dentro del plazo de cinco días posteriores a la recepción del expediente.

Diligencias en la Corte Suprema

Recibido el expediente por la Sala de la Corte Suprema, mandaba ponerlos en secretaría a disposición de las partes por el término de cinco

días simultáneos, vencido el término se disponía que pasaran al Fiscal correspondiente para que emita dictamen en un plazo no mayor de diez días bajo responsabilidad.

Emitido el dictamen fiscal, la Sala señalaba día y hora para la vista de la causa dentro de los cinco días posteriores a la recepción del mismo. En dicho acto las partes o sus abogados podían formular informes orale**s.**

Sentencia de vista

La Sala dictaba la resolución de la vista dentro de los diez días posteriores a la vista de la causa.

Con esta ley existía la obligación de la publicación íntegra de la resolución de la vista al día siguiente de su expedición, en el mismo medio de comunicación en el que se publicó el auto de admisión. Se establecía que esta publicación sustituía a la notificación de las partes con la resolución de vista.

La derogatoria o modificación de la norma objeto del proceso

Podía ocurrir que durante la secuela del proceso, la norma materia del mismo fuera derogada o modificada en todo o en parte, en este caso, la autoridad correspondiente ponía de inmediato ese hecho en conocimiento de la Sala.

Si al momento de sentenciar la norma impugnada ya no se encontraba en vigor la resolución dictada debía ser de inhibitoria por sustracción de la materia, debiendo publicarse en el medio de comunicación correspondiente.

Se establecía que, contra la resolución de inhibitoria, no procedía recurso alguno.

Se preceptuaba también que, acción popular se suspendía en el caso previsto en el artículo 39° de la Ley 23385; es decir, la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, que en su segundo párrafo establecía lo siguiente “Los jueces suspenden la tramitación de los procesos de acción popular fundados en normas cuya inconstitucionalidad se halla en trámite ante el Tribunal, hasta que éste expida su resolución”.

Sentencia y sus efectos

Se establecía que la sentencia que amparaba una acción popular tenía sus efectos a partir de la fecha en que quedó consentida o ejecutoriada, en la sentencia se determinaba la inaplicación total o parcial, según corresponda y con efectos generales, de la norma materia del proceso cuya inconstitucionalidad o ilegalidad se haya declarado.

Se señalaba que la sentencia tiene valor desde el día siguiente de su publicación.

La sentencia que declara la inconstitucionalidad o ilegalidad de los preceptos impugnados, declarará igualmente la de aquellos otros a los que debe extenderse por conexión o consecuencia (artículo 23°).

La ley también señalaba, que la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad puede fundarse en la infracción de cualquier norma constitucional o legal, aunque no haya sido invocada en la demanda (artículo 24°).

La ley señalaba que las sentencias recaídas en los procesos de acción popular tenían valor de cosa juzgada, al mismo tiempo se precisó que no tienen efecto retroactivo y, luego indicaba, que no se permite revivir procesos fenecidos (artículo 25°).

La sentencia denegatoria de la acción popular impedía la interposición de una nueva acción fundada en la misma infracción.

Las sentencias recaídas en los procesos de acción popular constituyen normas prohibitivas para que cualquier órgano del Estado, bajo responsabilidad, emita nueva norma con contenido parcial o totalmente idéntico, a la derogada por mandato judicial, en tanto no sea derogada o modificada la norma constitucional o legal infringida (artículo 26°).

La primera disposición complementaria de la Ley ha establecido que, cuando en el ejercicio de sus funciones los jueces y fiscales identifican normas administrativas que sean incompatibles con la Constitución y las leyes, darán cuenta de ello al Fiscal de la Nación, para que previa evaluación, disponga la interposición de la respectiva demanda de acción popular de conformidad con la atribución que le confiere el inciso 1) del artículo 250. La disposición se refiere a la potestad que le confería la Constitución de 1979 de promover de oficio o a petición de parte la acción de justicia en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos, tutelados por la ley.

IV. LA CONSTITUCIÓN DE 1993 Y EL PROCESO DE ACCIÓN POPULAR

La figura del proceso de acción popular se mantiene al lado de los demás procesos constitucionales conforme podemos constatar en el artículo 220, inciso 5) de la Constitución de 1993.

Antes de la aprobación y promulgación del Código Procesal Constitucional y su entrada en vigencia el 1 de diciembre de 2004, se ha venido aplicando la ley 24968, no obstante, que ella fue aprobada para aplicar a la figura de acción popular establecida en la Constitución de 1979.

Aspectos de la acción popular en el Código Procesal Constitucional

a) Finalidad

El Código Procesal Constitucional (art. 27°) ha establecido que la finalidad de la acción popular es la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Señala, además, que la infracción puede ser directa o indirecta, de carácter total o parcial, por la forma o por el fondo.

El Código también señala que procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emane, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.

b) Legitimación

El Código (artículo 84°) señala que la demanda de acción popular puede ser interpuesta por cualquier persona. Esto significa que puede ser nacional o extranjera residente en el Perú, la ley no hace ninguna diferencia.

c) Autoridad jurisdiccional competente

La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial, por tanto son competentes para conocer la demanda:

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

d) Requisitos de la demanda

La demanda contendrá los siguientes datos y anexos con la finalidad de su admisión:

- Designación de la Sala ante quien se interpone.
- El nombre, identidad y domicilio del demandante.
- La denominación precisa y el domicilio del órgano emisor de la norma.
- El petitorio, que comprende la indicación de la norma o normas constitucionales y/o regales que se suponen vulneradas por la que es objeto del proceso.
- Copia simple de la norma objeto del proceso precisándose el día, mes.
- Su publicación
- Los fundamentos en que se sustenta la pretensión.
- La firma del demandante, o de su representante o de su apoderado, y la del abogado.

e) El plazo de interposición

El plazo para interponer la demanda de acción de popular prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente de publicación de la norma.

f) Admisibilidad e improcedencia

Una vez interpuesta la demanda, la Sala resuelve su admisión dentro de un plazo no mayor de cinco días desde su presentación. Si declara la inadmisibilidad, precisará el requisito incumplido y el plazo para

subsanarlo. Si declara la improcedencia y la decisión fuese apelada, pondrá la resolución en conocimiento del emplazado.

g) Emplazamiento y publicación de la demanda

Admitida la demanda, la Sala confiere traslado al órgano emisor de la norma objeto del proceso y ordena la publicación del auto admisorio, el cual incluirá una relación sucinta del contenido de la demanda, por una sola vez, en el Diario Oficial *El Peruano* si la demanda se promueve en Lima, o en el medio oficial de publicidad que corresponda si aquella se promueve de otro Distrito Judicial. Si la norma objeto del proceso ha sido expedida con participación de más de un órgano emisor, se emplazará al de mayor jerarquía. Si se trata de órganos de igual nivel jerárquico, la notificación se dirige al primero que suscribe el texto normativo. En el caso de normas dictadas por el Poder Ejecutivo, el emplazamiento se hará al Ministro que la refrenda; si fuesen varios, al que haya firmado en primer término. Si el órgano emisor ha dejado de operar, corresponde notificar al órgano que asumió sus funciones.

h) Requerimiento de los antecedentes de la norma

Se establece que la Sala del oficio, puede ordenar en el auto admisorio que el órgano emisor remita el expediente conteniendo los informes y documentos que dieron origen a la norma objeto de proceso, dentro de un plazo no mayor de diez días, contado desde la notificación de dicho auto, bajo responsabilidad. La Sala dispondrá las medidas de reserva pertinentes para los expedientes y las normas que así lo requieran.

i) Contestación de la demanda

La contestación de la demanda deberá cumplir con los mismos requisitos de la demanda, en lo que corresponda. El plazo para contestar la demanda, es de diez días.

j) Vista de la causa

Practicados los actos procesales señalados en los artículos anteriores, la Sala fijará día y hora para la vista de la causa, que ocurrirá

dentro de los diez días posteriores a la contestación de la demanda o de vencido el plazo para hacerlo. A la vista de causa, los abogados pueden informar oralmente. La Sala expedirá sentencia dentro de los diez días siguientes a la vista.

k) Apelación y trámite

Contra la sentencia procede recurso de apelación el cual contendrá la fundamentación del error, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Recibidos los autos, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema dará traslado del recurso concediendo cinco días para su absolución y fijando día y hora para vista de la causa, en la misma resolución. Dentro de los tres días siguientes de recibida la notificación las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa.

l) Medida cautelar

Procede solicitar medida cautelar una expedida sentencia estimatoria de primer grado. El contenido cautelar está limitado a la suspensión de la eficacia de la norma considerada vulneratoria por el referido pronunciamiento.

m) Consulta en caso de no haya apelación interpuesta

Si la sentencia que declara fundada la demanda no es apelada, los autos se elevarán en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. La consulta se absolverá sin trámite y en un plazo no mayor de cinco días desde que es recibido el expediente.

n) La sentencia

La sentencia expedida dentro de los diez días posteriores a la vista de la causa será publicada en el mismo medio de comunicación en el que se publicó el auto admisorio. Dicha publicación no sustituye la notificación de las partes. En ningún caso procede el recurso de casación.

o) Costos del proceso

Si la sentencia declara fundada la demanda se impondrán los costos que el juez establezca, los cuales serán asumidos por el Estado. Si la demanda fuere desestimada por el juez, este podrá condenar al demandante al pago de los costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad. En todo lo previsto en materia de costos, será aplicación supletoria lo previsto en el Código Procesal Civil.

p) Apelación y trámite

Contra la sentencia dictada por la Sala procede recurso de apelación el cual contendrá la fundamentación del error, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Recibidos los autos, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema dará traslado del recurso concediendo cinco días para su absolución y fijando día y hora para la vista de la causa, en la misma resolución. Dentro de los tres días siguientes de recibida la notificación las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa.

IV. PROYECTO DE MODIFICACIÓN

En el Proyecto de Reforma Constitucional, elaborada en base a la Ley 27600[3], en su artículo 209, se establece como una de las competencias del Tribunal Constitucional el proceso de acción popular, la que debe ser tramitada y resuelta en una sola instancia. El proyecto de reforma tal de la Constitución quedó ahí.

V. CONCLUSIONES

a) El proceso de acción popular, que tiene su origen y desarrollo en la Constitución de 1933, con antecedente en el artículo 157° de la Constitución de 1920, se ha mantenido en los textos constitucionales de 1979 y 1993.

b) El Código Procesal Constitucional teniendo en cuenta lo establecido en la Constitución de 1993 lo ha desarrollado como un proceso de

3 Ley que suprimió la firma del Presidente de la República y autorizó a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, la elaboración de un proyecto de reforma total de la Constitución, tomando en cuenta la Constitución histórica del Perú.

carácter orgánico al lado del Proceso de Inconstitucionalidad para el control de normas ubicada por debajo de la ley, es decir, cuando están contra la Constitución y la Ley.

c) Este proceso nació teniendo como órgano competente de su conocimiento al Poder Judicial, habiéndose mantenido esta tendencia en las leyes especiales que establecieron el procedimiento y, actualmente, en el Código Procesal Constitucional.

Huancayo, 30 de setiembre de 2014

ACTUACIÓN INMEDIATA DE SENTENCIA: UN REPLANTEAMIENTO DE SU VALOR MATERIAL*

*Edwin Figueroa Gutarra***

INTRODUCCIÓN

El régimen procesal de la actuación inmediata de sentencia dispuesto por el Código Procesal Constitucional del Perú de 2004, constituye aún un reto de efectividad para nuestro ordenamiento constitucional, en la medida que su utilización por parte de la judicatura en nuestro país, prevalentemente aquella que concierne al Poder Judicial como primer bastión de defensa de los derechos fundamentales, aún no es significativa.

---

* Ponencia presentada al V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional. Arequipa, Perú, 2014.

** Doctor en Derecho. Juez Superior Titular Lambayeque, Perú. Profesor Asociado Academia de la Magistratura del Perú. Profesor Visitante de la Universidad de Medellín, Colombia. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo, Lambayeque, Perú. Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional por su participación en los cursos *Procesos de tutela de derechos fundamentales*, Montevideo, Uruguay, 2011; *La garantía internacional de los derechos humanos y su impacto en el Derecho Constitucional de los Estados*. Montevideo, Uruguay, 2010; y *La Constitucionalidad de las Leyes*, Cádiz, España, 2009. Becario del curso de DD.HH. en la Washington College of Law de la American University, Washington D.C., EE.UU., 2009. estudiofg@yahoo.com.

¿Razones para ello? Ciertamente la propia presteza de la naturaleza de los procesos constitucionales exige respuestas de tutela urgente, real, inmediata y célere. Y si ello es llevado a un plano comparativo de efectividad pronta de las pretensiones constitucionales, las medidas cautelares, otro mecanismo de relevancia procesal determinante, excluyentes con relación a la actuación inmediata de sentencia, han implicado en la práctica judicial, la no necesidad de esperar hasta la sentencia propiamente dicha para demandar la realización de aquella prestación que dispone la sentencia.

Sin embargo, es necesario, desde la perspectiva de una real consolidación de los derechos fundamentales, así como su efectiva vigencia, poner de relieve la propuesta de fortalecimiento de esta institución, de discurrir por su evolución jurisprudencial y de destacar su valía como una herramienta que requiere algunos ajustes procedimentales para una mejor eficacia de sus contenidos.

La utilidad procesal del instituto de la actuación inmediata de sentencia es innegable. Se acerca a la dimensión material de una vigencia efectiva de los derechos fundamentales, pues derechos sin vigencia se convierten en derechos nominales, apenas semánticos, o disfraces lejanos del concepto real de Constitución, como enunciaba Loewenstein. En esa línea de razonamiento, instituciones de esta naturaleza trabajan por la restitución pronta de derechos fundamentales conculcados.

1. Actuación inmediata de sentencia y concepto

La actuación inmediata de sentencia ha sido delimitada por el artículo 22[1] del Código Procesal Constitucional y sus caracteres principales se orientan por una efectividad célere de la decisión de primera instancia

1 Código Procesal Constitucional. Artículo 22.- Actuación de Sentencias

La sentencia que cause ejecutoria en los procesos constitucionales se actúa conforme a sus propios términos por el juez de la demanda. Las sentencias dictadas por los jueces constitucionales tienen prevalencia sobre las de los restantes órganos jurisdiccionales y deben cumplirse bajo responsabilidad.

La sentencia que ordena la realización de una prestación de dar, hacer o no hacer es de actuación inmediata. Para su cumplimiento, y de acuerdo al contenido específico del mandato y de la magnitud del agravio constitucional, el Juez podrá hacer uso de multas fijas o acumulativas e incluso disponer la destitución del responsable. Cualquiera de estas medidas coercitivas debe ser incorporada como apercibimiento en la sentencia, sin perjuicio de que, de oficio o a pedido de parte, las mismas puedan ser modificadas durante la fase de ejecución. (…)

a efectos de que no deba esperarse, dado el contexto de urgencia de todo proceso constitucional, hasta la decisión estimatoria de segunda instancia.

La precisión que efectuamos es importante: si la determinación es de una prestación de dar, hacer o no hacer, advertimos unos caracteres de condena que es necesario atender optando por la ejecución inmediata de la sentencia de primer grado.

A este respecto, la diferencia entre *sentencia definitiva* y *sentencia firme* es relevante. La primera implica la conclusión de una primera etapa de la controversia, siendo susceptible aún de impugnación ante una instancia superior. La segunda supone el cumplimiento de los requisitos de cosa juzgada formal y material, catalogado el primer aspecto como la imposibilidad de interponer recurso impugnatorio alguno, y la noción adicional, en relación a que el juez optó por el examen del fondo del asunto.

Ahora bien, sin el propósito de restar eficacia a la cosa juzgada formal y material, tengamos en cuenta que el Tribunal Constitucional ha optado por perfilar la institución de la cosa juzgada constitucional[2], la cual es necesario tener en cuenta en medio del tratamiento de esta importante institución. En efecto, mientras que la actuación inmediata de sentencia traduce una urgencia de tutela, la cosa juzgada constitucional representa el último estadío de interpretación en materia de efectivización de derechos, pues ella no existirá mientras no sea observada una interpretación vinculante del Tribunal Constitucional. Nos encontramos así ante dos polos opuestos: la actuación inmediata de sentencia representa una materialización célere de la tutela de urgencia. En la orilla opuesta, la cosa juzgada constitucional indica que es posible aún una actuación conforme con la Constitución si eventualmente se contradice una interpretación vinculante del supremo intérprete de la Norma de Normas.

2 STC. 006-2006-CC/TC. Caso Casinos Tragamonedas

70. (…) lo que la Constitución garantiza, a través de su artículo 139º, inciso 2, es la cosa juzgada constitucional, la que se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el Tribunal Constitucional de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos y de sus precedentes vinculantes, como lo prescriben los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente. Solo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales.

La STC 0607-2009-PA/TC, caso *John Lojas,* determina, desde data más reciente, cuál es el tratamiento material del régimen de actuación inmediata de sentencia, posición jurisprudencial que desarrolló el concepto lato y poco trabajado, hasta la dación de este fallo, del artículo 22 del Código Procesal Constitucional.

El Tribunal Constitucional aporta una definición de actuación inmediata de sentencia recurriendo a Caballol[3], concepto del cual extraemos una similitud manifiesta con la figura de *ejecución provisoria*[4] que aporta la doctrina del Derecho Procesal Civil[5], o como el mismo Tribunal señala, se trataría de una técnica de aceleración del proceso o de tutela urgente[6].

Otra definición de interés es aportada por Arce Cárdenas[7], quien se refiere a esta institución desde el concepto de ejecución provisional de sentencia para indicar que "es la institución procesal por la que se atribuye plena eficacia a una sentencia estimatoria de primer grado que aún no ha adquirido la autoridad de cosa juzgada y cuyo uso en un proceso judicial permite brindar una auténtica tutela procesal efectiva".

El supremo intérprete de la Constitución desarrolla una estrecha vinculación entre el régimen de actuación inmediata de sentencia y el proceso de amparo[8], y señala respecto a este régimen procesal que "se revela entonces como una herramienta de primerísimo orden para la materialización de aquella *tutela urgentísima y perentoria* que aquel proceso debe representar; lo que, a su vez, se halla en consonancia con aquel "recurso

3 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas.

22. Dentro del contexto del proceso civil, suele entenderse por "actuación inmediata de la sentencia estimatoria" (o "ejecución provisional") aquella institución procesal a través de la cual se atribuye eficacia a una resolución definitiva sobre el fondo, pero carente de firmeza, cuyos efectos quedan así subordinados a lo que resulte del recurso interpuesto o por interponer. (CABALLOL ANGELATS, Lluís: La ejecución provisional en el proceso civil, Barcelona, Bosch, 1993, p. 47)

4 MONROY GALVEZ, Juan. La Actuación de la Sentencia Impugnada. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal.* Lima: Estudio Monroy Abogados. N° V. 2002. pp. 201.

5 GOZAINI, Osvaldo. "La ejecución provisional en el proceso civil". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° III, Lima, 1999. p. 81.

6 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 26

7 ARCE CARDENAS, Yuliana. "Actuación inmediata de sentencia impugnada". *Gaceta Constitucional* N° 4. Abril 2008. p. 83.

8 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 35-41

sencillo y rápido" para la defensa de los derechos al que alude el artículo 25.1[9] de la Convención Americana sobre Derechos Humanos." (F.J. 35)

Esta acepción es de primer orden de importancia: si no existe un recurso sencillo y rápido que satisfaga prontamente la necesidad de evitar la arbitrariedad de poderes estatales o privados, respecto a los derechos fundamentales de los ciudadanos, entonces no existe un real Estado constitucional. De ahí nace la necesidad de configurar en los sistemas procesales de los países herramientas que permitan una pronta defensa de los derechos tutelados por la Carta Fundamental.

A nivel de Derecho Comparado, ha sido Eto Cruz[10] quien ha desarrollado una importante referencia de esta institución procesal en países como Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, Uruguay, Costa Rica y Venezuela, destacando como rasgo distintivo en estos ordenamientos que los recursos no suspenden la ejecución de sentencia si esta acoge la pretensión del amparado.

Aquí es importante advertir un detalle relevante: la impugnación de la decisión asume un carácter de no suspensión del sentido de la decisión, en cuanto importe una sentencia de condena. Y si la impugnación ocurriere y eventualmente revocare el fallo de primera instancia, solo en el caso de decisión desestimatoria se producirá la suspensión de los efectos de la decisión tutelar.

En la doctrina comparada, los afianzamientos de un tipo de tutela cautelar han sido defendidos por la doctrina alemana a través de la *anti-zipirten Zwangsvollstreckung*[11], en vía de un concepto de tutela cautelar

9 Convención Americana de Derechos Humanos. 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.

10 ETO CRUZ, Gerardo. *¿Existe actuación de sentencia impugnada en el Código Procesal Constitucional peruano?* GACETA CONSTITUCIONAL No. 4. Abril 2008. p. 27-29.
Vid. también sobre una visión de este instituto procesal en el Derecho Comparado CAIRO ROLDAN, Omar. *La actuación de las sentencias de los procesos constitucionales de protección de derechos.* GACETA CONSTITUCIONAL No. 4. Abril 2008. p. 38-40.

11 MITIDIERO, Daniel. *Anticipación de tutela. De la tutela cautelar a la técnica anticipatoria.* Traducción de Renzo Cavan. Marcial Pons. Madrid, 2013. p. 27

INDICE

como anticipación de la ejecución forzada; o bien como *azione assicurativa*[12], desde la doctrina italiana, la cual recoge inclusive ideas de Chiovenda respecto al pensamiento alemán. Afirma el pensador italiano que "toda ejecución material donde el derecho material no fue definitivamente decidido, en donde hay ejecutabilidad sin fuerza de cosa juzgada (*vorläufige Vollstreckbarkeit nichtrechtskräftiger Urteile*) constituye una forma de tutela jurídica provisional"[13].

2. Tutela jurisdiccional efectiva vs. el derecho a la doble instancia

Nos parece pertinente poner de relieve la contrastación material que desarrolla el fallo 607-2009-PA/TC en la acepción que denomina el Tribunal como "el juego de la ponderación: el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva vs. el derecho a la doble instancia." (F.J. 42-43). En este aspecto, se oponen dos derechos fundamentales de vertiente distinta: de un lado, la tutela jurisdiccional efectiva conduce a una realización del "derecho justo", a una materialización de la tutela que exige el derecho de quien resulta afectado ostensiblemente en sus derechos fundamentales y, por consiguiente, a evitarle el penoso tránsito de la formal espera hasta un pronunciamiento final de segunda instancia.

En el ámbito opuesto a esta pauta, advertimos la configuración del derecho fundamental a la doble instancia. Ciertamente, constituye un supuesto de ejecución de sentencia que el debate procesal en sus vertientes formal y material, haya concluido. Deviene pues necesario ejecutar la prestación del mandato de una sentencia siempre que la controversia hubiere llegado a su fin.

Estos son los dos planteamientos base respecto a los derechos en cuestión. Y, sin embargo, es importante advertir que de esa ponderación necesaria a desarrollar, surge un elemento habilitante que bien podemos calificar como un aporte de la doctrina alemana: *el deber especial*

12 MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 28.

13 MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 29

de protección[14] o *Schutzpflicht*[15], noción que a su vez traduce un matiz de tutela extraordinaria si se trata de derechos fundamentales.

Ergo si ocurre que existe necesidad de tutela urgente respecto a derechos especialmente protegidos, como lo son los derechos fundamentales, entonces se justifica que aquella dispensa en positivo que otorga la justicia constitucional respecto a un derecho tutelado por la Constitución, se vea restituida lo antes posible, sin que exista necesidad de diferir hasta el final de una segunda instancia el marco de protección que se demanda.

A propósito de estos desencuentros entre derechos fundamentales cabe la interrogante: ¿Podemos hablar de desfases entre el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal Constitucional, como sugiere García Belaúnde?[16] Por cierto que sí, ambas disciplinas construyen materialmente la defensa de los derechos fundamentales mas no siempre advertimos una marcha al mismo ritmo. El Derecho Procesal Constitucional tiende a ser más activista cuando los tribunales se comprometen en la defensa férrea de los derechos fundamentales y delimitan incesantemente nuevas reglas aplicables a los procesos constitucionales, lo cual se traduce en un activismo judicial necesario. El Derecho Constitucional si bien presenta avances, esboza lenta pero progresivamente esquemas conceptuales, abstractos por naturaleza en fase de construcción, respecto a los derechos a tutelar por parte de la Constitución. Su aporte es valioso, ciertamente, pero su ámbito exige la delimitación abstracta de las instituciones sustantivas relacionadas con derechos fundamentales.

14 STC 0858-2003-AA/TC. Caso Eyler Torres.

7. (…) la constitucionalización del "deber especial de protección" comporta una exigencia sobre todos los órganos del Estado de seguir un comportamiento dirigido a proteger, por diversas vías, los derechos fundamentales, ya sea cuando estos hayan sido puestos en peligro por actos de particulares, o bien cuando su lesión se derive de otros Estados. Se trata de una función que cabe exigir que asuma el Estado, a través de sus órganos, cuando los derechos y libertades fundamentales pudieran resultar lesionados en aquellas zonas del ordenamiento en los que las relaciones jurídicas se entablan entre sujetos que tradicionalmente no son los destinatarios normales de esos derechos fundamentales.

15 Cfr. KLEIN, Eckart. "*Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*", en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 42. Jahrgang, Heft 27, 5. Juli 1989. p. 1633. En FERNANDEZ SEGADO, Francisco. *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. algunas cuestiones dogmáticas*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca. Año 7, Nº 2, 2009, p. 21.

16 GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales". En: *Revista Peruana de Derecho Procesal* N° VIII. Palestra, Lima, 2005. p. 149.

3. Presupuestos de la actuación inmediata de las sentencias estimatorias

La STC 607-2009-PA/TC, caso *John Lojas,* ha merecido un desarrollo relevante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en lo referido a los presupuestos de la actuación inmediata de las sentencias estimatorias, fijando el supremo intérprete diversos criterios para su materialización. La importancia de este caso reside en la delimitación propia de este instituto, respondiendo así a esa responsabilidad de un alto Tribunal de fijar líneas directrices para los jueces de instancias inferiores. Hay una suma de hecho positiva en este aspecto: esta determinación de líneas materiales hace más predictible el derecho, crea uniformidad y perfila líneas de mayor certeza y seguridad en la resolución de controversias jurídicas, más aún si estas atañen a derechos fundamentales. El Derecho, de ese modo y desde una perspectiva argumentativa, se universaliza y se torna más confiable.

Entre los criterios fijados por el Tribunal, figuran las ideas de un *sistema de valoración mixta*,[17] concepto que confiere al juzgador un rango de discrecionalidad para o bien adoptar el criterio de actuación inmediata de una sentencia, o bien adoptar la decisión de preferir otra opción, la más usual, a criterio nuestro, entendida como la figura regular de derivar la controversia a una instancia superior luego de una apelación formal, luego de cuya decisión recién podrá optarse por la ejecución del mandato firme.

En relación al concepto de *juez competente*,[18] la previsión técnica es que actúe inmediatamente la sentencia el juez que dictó la sentencia de primer grado o juez *A quo.* Es la alternativa más razonable y evidentemente más lógica. No lo debe hacer el juez *Ad quem,* o de revisión, pues este debe emitir un pronunciamiento célere tan pronto llegue la controversia a su

17 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas

63. Por ende, para la aplicación de la figura de la actuación inmediata de sentencia estimatoria de primer grado, el juez debe observar algunos principios y reglas procesales, como los que se mencionan a continuación:

***i. Sistema de valoración mixto**: si bien la regla general debe ser la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, el juez conservará, empero, cierto margen de discrecionalidad para tomar una decisión ajustada a las especiales circunstancias del caso concreto*

18 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

***ii. Juez competente**: será competente para resolver la solicitud de actuación inmediata y, de ser el caso, para llevarla a cabo, el juez que dictó la sentencia de primer grado.*

conocimiento. Y en propiedad, resulta el juez *A quo* el juez natural para conocer la figura de la actuación inmediata.

La premisa de *forma de otorgamiento*[19] conlleva algunos matices: goza de legitimidad para el pedido de actuación inmediata de sentencia, por regla general, la parte afectada, y sin embargo, esta regla general se relativiza cuando el juez constitucional aprecia un contexto de urgencia y dispone, vía la decisión, no de exhortación sino de cumplimiento de un deber, de que la prestación ordenada por la sentencia se cumpla en modo inmediato. Advertimos aquí, por el *principio de suplencia de queja deficiente*,[20] que el juez constitucional debe convertirse en un defensor activo de los derechos fundamentales y si observa una actuación deficiente de la parte afectada en la tutela del derecho cuya vulneración se denuncia, pues debe suplir esa ausencia de actividad de la parte solicitante. En rigor, suple el juez esa deficiencia de actuación de la defensa.

En relación a la idea de *sujetos legitimados*,[21] se expresa una noción *clausus* en tanto resultan con interés para obrar tanto el beneficiario de la sentencia estimatoria como quien acredite poder en su representación. No se extiende esta potestad a terceros.

19 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

***iii. Forma de otorgamiento**: si bien como regla general la actuación inmediata procederá a pedido de parte; ello no impide que el juez pueda ordenarla de oficio cuando exista el riesgo de un perjuicio irreparable para el demandante, ello, en virtud de la obligación del juez constitucional de proteger de modo efectivo los derechos constitucionales, conforme a lo dispuesto por el artículo II del Título Preliminar del C.P.Const.*

20 STC 5761-2009-PHC/TC. Caso Carmen Pisfil.

19. (…) dentro de nuestra jurisprudencia constitucional dichos principios han recibido tratamiento individualizado pues por un lado el Colegiado Constitucional ha señalado que: "…la suplencia de la queja deficiente… se trata de la facultad que tienen los jueces constitucionales para adecuar las pretensiones de los quejosos, a fin de otorgarles la protección que sus derechos fundamentales requieran en el supuesto que se advierta un error o una omisión en el petitorio de su demanda…". Y sobre el principio de iura novit curia ha señalado que: "…dicho aforismo, literalmente significa "El Tribunal conoce el derecho" y se refiere a la invocación o no invocación de las normas jurídicas que sirven de fundamento a las pretensiones esgrimidas por las partes dentro de un proceso…"

21 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

***iv. Sujetos legitimados**: tendrá legitimación activa para solicitar la actuación inmediata el beneficiado con la sentencia estimatoria de primer grado o, en su caso, el representante procesal, según lo dispuesto por el artículo 40 del C.P.Const.*

INDICE

En relación a los *alcances* de la actuación inmediata de sentencia,[22] goza al juez constitucional de la potestad de modular los efectos de su decisión respecto a la actuación inmediata de una sentencia, en relación a las prestaciones que determina la sentencia. Puede fijar el juez la extensión de lo otorgado en forma total o parcial, atendiendo a la naturaleza de la pretensión. La consecuencia es directa: formulada la petición de actuación inmediata de sentencia, corresponde al juzgador evaluar los presupuestos procesales de concesión y de acuerdo al cumplimiento de los mismos, fijar la extensión de su decisión.

Respecto al *tipo de sentencia*[23] que involucra esta figura, el Tribunal delimita que la formulación del pedido de actuación respecto de esta sentencia, tendrá lugar en relación a sentencias apeladas como no apeladas, característica que le confiere un *status* especialísimo a este instituto, pues inclusive ejercido el acto impugnatorio respectivo, no devendrá en restricción manifiesta el pedido de actuación inmediata.

El concepto de *mandato preciso*[24] se refiere a la exigibilidad de una determinabilidad del alcance de la decisión, es decir, debe gozar el mandato de especificidad a efectos de que tenga lugar su actuación.

22 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

***v. Alcance**: por regla general, la actuación inmediata ha de ser otorgada respecto de la totalidad de las pretensiones estimadas por el juez a quo; sin embargo, el juez podrá conceder también la actuación inmediata de forma parcial, es decir, solo respecto de alguna o algunas de las referidas pretensiones, cuando ello corresponda según las circunstancias del caso concreto y teniendo en consideración los presupuestos procesales establecidos en el punto viii. No serán ejecutables por esta vía los costos y costas del proceso, ni los devengados o intereses.*

23 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

***vi. Tipo de sentencia**: podrá concederse la actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado, tanto de sentencias que no hayan sido apeladas pero que aún puedan serlo, como de sentencias que ya hayan sido apeladas. La actuación inmediata de la sentencia estimatoria de primer grado se entiende solo respecto de sentencias de condena.*

24 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

***vii. Mandato preciso**: la sentencia estimatoria de primer grado debe contener un mandato determinado y específico (mandato líquido), de acuerdo a lo establecido por el inciso 4 del artículo 55 del C.P.Const., en el cual debe sustentarse el mandato contenido en la actuación inmediata.*

Se constituyen en *presupuestos procesales* para la actuación inmediata de sentencias,[25] la *no irreversibilidad, la proporcionalidad* y *la no exigencia de la contracautela*.

En cuanto a la *irreversibilidad*, es necesario que el juez valore la no conveniencia de un estado de cosas, valga la redundancia, irreversible, es decir, la medida de actuación inmediata de sentencia deberá implicar, de corresponder ante una eventual revocatoria, la figura de retorno del estado de cosas a una situación anterior. Junto a esto tiene lugar la *proporcionalidad* de la medida, en tanto queda proscrita la arbitrariedad de la decisión si ésta resulta excesiva en su otorgamiento. Finalmente, no es exigible la *contracautela*, aunque el juez excepcionalmente la puede solicitar.

En cuanto a la *apelación*[26], es de observarse una condición de inimpugnabilidad tanto de la actuación de la sentencia como de su denegatoria. En posición crítica de este aserto, reviste mayor razonabilidad la viabilidad de la función correctora y nomofiláctica de las instancias correctoras, dado el margen de falibilidad que puede tener lugar respecto de la decisión del juez *A quo*.

En cuanto concierne a los *efectos de la sentencia de segundo grado*[27], advierte el Tribunal que puede ocurrir un caso especial: que exista revocatoria, pero al ocurrir que se mantienen los presupuestos con los cuales

25 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

***viii. Presupuestos procesales**:*

1. No irreversibilidad: la actuación inmediata no debe generar un estado de cosas tal que no pueda revertirse más adelante; en caso contrario, no procederá la actuación inmediata.

2. Proporcionalidad: no obstante que, por regla general, el juez debe conceder la actuación inmediata; al momento de evaluar la solicitud, éste deberá tener en cuenta también el daño o perjuicio que puede causarse a la parte demandada, ponderando en todo caso, el derecho de éste a no sufrir una afectación grave en sus derechos fundamentales y el derecho de la parte demandante a no ser afectada por la dilación del proceso; de manera que la actuación inmediata no aparezca en ningún caso como una medida arbitraria, irracional o desproporcionada.

3. No será exigible el otorgamiento de contracautela. Sin embargo, de modo excepcional el juez puede solicitarla cuando las pretensiones amparadas posean algún contenido patrimonial, y siempre atendiendo a criterios de proporcionalidad.

26 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

***ix. Apelación:** la resolución que ordena la actuación inmediata, así como aquella que la deniega, serán inimpugnables.*

27 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

***x. Efectos de la sentencia de segundo grado**:*

fue concedida la medida, que la ejecución provisoria siga manteniendo sus efectos. Sin duda éste es un caso especial pero se atiende a lo que hemos denominado una condición especial de determinados institutos procesales constitucionales, como por ejemplo sucede con el artículo 16[28] del Código Procesal Constitucional respecto a la medida cautelar. En este último caso, tiene lugar la cancelación de la medida mas solo una vez que exista sentencia con autoridad de cosa juzgada. Ello simplemente informa que la medida cautelar pudiera eventualmente ser revocada, mas ello, en el aspecto procesal constitucional, no necesariamente conduce a su cancelación, figura distinta a lo civil, escenario en el cual la revocatoria de una medida cautelar, conlleva la extinción de ésta.

Finalmente, en la *relación con la medida cautelar*[29], aspecto que desarrollamos a continuación, esta institución fija un carácter de exclusión una vez emitida la sentencia de primera instancia: o se actúa inmediatamente la sentencia o se ejercita la medida cautelar, resultando en exclusión la utilización de una respecto de la otra. Creemos que aquí la estructuración del concepto no ha sido integral pues una vez emitida la sentencia de primera instancia, no es propio solicitar una medida cautelar.

4. Una comparación con la medida cautelar

Ciertamente corresponde nos interroguemos, como cuestión vital en este estudio, por qué las estadísticas arrojan resultados aún exiguos respecto a la utilización de la actuación inmediata de sentencia en comparación a

1. Si la sentencia de segundo grado confirma la decisión del juez a quo que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución se convertirá en definitiva.

2. Si la sentencia de segundo grado revoca la decisión del juez a quo que se venía ejecutando provisionalmente, dicha ejecución provisional podrá seguir surtiendo efectos en tanto se mantengan los presupuestos en atención a los cuales fue inicialmente otorgada; lo que se justifica en la finalidad esencial de los procesos constitucionales que, de acuerdo a lo previsto en el artículo II del Título Preliminar del C.P.Const., es la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

28 Código Procesal Constitucional. Artículo 16.- Extinción de la medida cautelar

La medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución que concluye el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada. (…)

29 STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas. F.J. 63

xi. Relación con la medida cautelar: *una vez emitida la sentencia estimatoria de primer grado, el demandante podrá optar alternativamente entre la actuación inmediata o la medida cautelar; sin embargo, la utilización de una excluirá la de la otra.*

la aceptabilidad, preferencia y recurrencia de las partes con relación a la medida cautelar.

Las razones parecen ser muy puntuales: de un lado, si de eficacia se trata y, además, se persigue obtener un resultado inmediato respecto a una pretensión, observemos que desde la misma interposición de la demanda, existe ya la alternativa de recurrir a una medida cautelar en relación a la parte demandante. Es más, nada obsta, desde una perspectiva procesal válida, que sean postuladas al mismo tiempo la demanda y la medida cautelar vinculadas al proceso propiamente dicho.

Es cierto que debe ser admitida la demanda y en acto cuasi simultáneo sería despachada la medida cautelar, la misma que es conocida en la práctica procesal como sentencia anticipada, siempre que concurran los requisitos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y pertinencia de la medida cautelar.

Entonces, la observación de tiempos procesales es relevante: la medida cautelar puede ser propuesta al juzgador desde la misma postulación de la demanda. Tiene lugar y efecto material en cuanto haya sido admitida a trámite la demanda.

Una estadística referencial es la que puede aportar desde la praxis la Sala Constitucional de Lambayeque, órgano de segunda instancia de especialidad constitucional, la cual en el año 2014, hasta el mes de setiembre, ha resuelto 253 medidas cautelares[30], y ninguna impugnación, de forma, fondo o extraordinaria o vinculada indirectamente a la situación de actuaciones inmediatas de sentencia.

Distinto es el caso, podemos apreciar entonces, de la institución procesal asumida como actuación inmediata de sentencia, pues exige todavía un pronunciamiento que se categoriza como definitivo al referirnos al fallo de primera instancia. No puede ocurrir antes de la sentencia misma y en este aspecto, la defensa de una pretensión constitucional no puede verse desligada de las etapas procesales respectivas, las cuales informan que la sentencia como tal, solo puede tener lugar después de un iter procesal regular que implica la demanda y la absolución de la misma por parte de la emplazada.

30 Sala Constitucional de Lambayeque, Perú. Medidas cautelares resueltas en el año 2014: enero, 25; marzo, 20; mayo, 49; junio, 31; julio, 49; agosto, 38 y setiembre, 41. No obra información sobre impugnaciones respecto a actuación inmediata de sentencia.

INDICE

Y cierto es que una sentencia constitucional, elegible para el régimen de actuación inmediata de sentencia, puede tener lugar hasta como la tercera resolución[31] en el proceso, lo cual es un valioso referente de celeridad. Sin embargo, observemos que la tutela de urgencia aspira a ser inmediata, no mediata, y en esta determinación de características procesales, la medida cautelar implica una inmediatez mayor con relación a la sentencia. Esta puede actuarse igualmente en modo inmediato pero veamos que es prioridad su previa dación. ¿Querrá decir que la sentencia inmediata, a pesar de lo expresado, se vuelve mediata en su pedido? Si apreciamos esta figura en función a la celeridad de la medida cautelar, la respuesta es positiva. No olvidemos, en esos mismos conceptos, que la exigencia de respuestas prontas y céleres, deviene necesaria y atendible en materia constitucional y ello es una característica manifiesta de este tipo de procesos.

Ideas finales

Un balance a modo de conclusión nos refiere el importante desarrollo material de la institución de la actuación inmediata de sentencia. El Tribunal Constitucional ha cumplido una responsabilidad pedagógica de importancia en el desarrollo de esta figura procesal. Desde el proceso STC 0607-2009-PA/TC, caso John Lojas, advertimos una estructuración de relevancia pues los elementos conceptuales de esta noción procesal aparecen delimitados en rangos, valía y alcances.

Y sin embargo, ¿cómo camina la utilización de esta figura en la práctica profesional de los abogados en la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos? Las cifras expresadas *supra* nos dicen, con objetividad, que el uso de la medida cautelar, por diversas razones, es una alternativa procesal mucho más utilizada, en tanto se permite su pedido desde el propio inicio del proceso, a diferencia de la actuación inmediata de sentencia, la cual debe aún esperar hasta la dación del fallo de primera instancia para que tenga lugar el pedido de su formulación.

Y en esa perspectiva de urgencia, es determinante que, mientras la tutela sea más urgente, más debe optarse en la defensa de los derechos fundamentales por el uso de los medios que mejor satisfagan las

31 Un aporte significativo de la urgencia de un proceso constitucional es que un primer proveído respecto a un proceso constitucional, corresponda a la admisión de la demanda; el segundo, a la contestación de la demanda: y el tercero, previsiblemente a la sentencia. Esto no sucede en todos las causas constitucionales naturalmente, pero es importante advertir que la ausencia de etapa probatoria sin duda permita un desarrollo más célere del proceso.

peticiones iusfundamentales, y en ello desempeña un valioso rol la actuación inmediata de sentencia.

Sin perjuicio de ello, queda como reto seguir implementando, reforzando y asignándole valor procesal, en la jurisprudencia, a este régimen de actuación inmediata de sentencia, más aún cuando los derechos fundamentales reclaman una pronta atención a sus exigencias en el seno de las controversias constitucionales y piden, con creces, una judicatura que responda en modo inmediato la atención de controversias vinculadas a los derechos tutelados por la Carta Fundamental.

LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN LA FILIACIÓN

*Ramiro Antonio Bustamante Zegarra**

"La protección constitucional de los hijos, clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad, con la anomalía de atribuir potestades a quien no es el padre biológico y un formalismo riguroso vendría a potenciar una situación injusta"

La concepción de la Constitución como norma suprema se la debemos, sin duda, al constitucionalismo norteamericano, constituyendo no solo una de sus grandes contribuciones al Derecho, sino el fundamento último de la noción de justicia constitucional.

Nuestra Constitución vigente de l993 la recoge en el Art. 51 al establecer que la Constitución prima sobre toda norma legal; y la ley sobre las normas de menor jerarquía y así sucesivamente, es decir, que también se consagra el Principio de Jerarquía Normativa.

Asimismo, en el método Difuso de Control de la Constitucionalidad, es deber de todos los jueces examinar la constitucionalidad de las leyes que deban aplicar en el caso concreto y declarar, cuando ello sea necesario,

* Juez Superior de la corte Superior de Justicia de Arequipa, Docente de las Universidades Nacional de San Agustín y Católica de Santa María. Doctor y Magister en Derecho Constitucional.

que una ley particular no debe ser aplicada a la decisión de un proceso específico que el Juez esté conociendo, en razón de que no es compatible con el texto constitucional; la cual, por tanto, debe considerarse nula y sin valor, para la resolución de un determinado caso.

En efecto, Alexander Hamilton en *El Federalista* (1788)[1], al referirse al papel de los jueces como interés de la ley, afirmó: "La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los Tribunales. Una Constitución es, de hecho, una ley fundamental, y así debe ser considerada por los Jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriese que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios".

Como lo afirmó el Juez Marshall, en el caso "Marbury vs. Madison", todos los jueces y todos los Tribunales deben decidir sobre los casos concretos que les son sometidos "de conformidad con la Constitución, desistiendo de la ley inconstitucional" lo que constituye "la verdadera esencia del deber judicial". Nuestra Constitución también recoge el Control Difuso de la Constitucionalidad de las Leyes en el segundo párrafo del Art. 138 al establecer que, en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente prefieren la norma legal sobre otra norma de rango inferior.

Por su parte, la Filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos. Se obtiene a través del reconocimiento de la paternidad o maternidad de un niño o niña. Sin embargo, en sentido amplio, vincula a una persona con todos sus antepasados y descendientes como los abuelos, hijos y nietos; y en sentido estricto o paterno filial, vincula únicamente a los padres con los hijos, que tradicionalmente ha sido dividida en Filiación Matrimonial (antes denominada Legítima) que corresponde al hijo procreado por padres casados entre sí y Filiación Extramatrimonial (Antes mal denominada ilegítima) que corresponde al hijo procreado por un varón y una mujer no unidos por el vínculo del matrimonio.

Sin embargo, debemos tener presente que la filiación no solo comprende a la biológica o natural, sino también generada a través

1 Recuperado de: http// www.librodot.com

de las técnicas de procreación asistida, donde pueden participar terceros y hasta los casos de adopción donde el soporte biológico está totalmente ausente.

Es importante diferenciar el acto de la inscripción que nos permite tener un nombre, una nacionalidad, conocer nuestra procedencia, etc., con el acto del reconocimiento que establece recién el vínculo de filiación, y por ende genera las obligaciones del padre a otorgar una pensión de alimentos, herencia, etc.

El reconocimiento puede hacerse antes del nacimiento del niño o niña, al momento de la inscripción o posterior a dicha inscripción; en tal sentido, debemos tener claro que el acto de la inscripción no se supedita al reconocimiento. Además, el reconocimiento se hace efectivo a través de la firma del padre o madre en el acta de nacimiento, en escritura pública (en el caso del reconocimiento por vía notarial) o mediante testamento. No podemos dejar de resaltar que, exceptuando el reconocimiento judicial, nada obliga al varón a reconocer a un niño o niña como su hijo o hija, aún cuando su nombre figure en la acta de nacimiento.

De otro lado, el Derecho a la Identidad, previsto en el inciso primero del artículo dos de la Constitución y artículo diecisiete inciso cinco del Pacto de San José de Costa Rica permite que nos diferenciemos de los demás, ya sea por nuestras características físicas: estatura, peso, color de la piel, color de los ojos o del cabello, el sexo; por nuestros nombres y apellidos; por la fecha y lugar de nacimiento; por la nacionalidad e idioma; por nuestra profesión, arte u oficio y hasta por nuestro modo de pensar, nuestra cultura y nuestra religión, que nos hacen únicos y distintos a los demás.

En este sentido, el Derecho a la Identidad es el que permite al ser humano posicionarse como persona, ubicarse como sujeto de derechos y obligaciones en una determinada comunidad. Así, todo individuo tiene derecho a ser reconocido por los demás como poseedor de una identidad propia e inconfundible, a ser el que auténticamente es. Es así que el maestro Fernandez Sessarego señala: "la identidad es, precisamente, lo que diferencia a cada persona de los demás seres humanos, no obstante ser igual estructuralmente a todos ellos. Es, pues, el derecho a ser uno mismo y no otro".

Asimismo, la Convención de los Derechos del Niño, en sus Artículos 7 y 8, también se pronuncian sobre el Derecho a la Identidad, precisando

que el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Ahora bien, los avances científicos y tecnológicos en las últimas décadas, han originado una serie de cambios significativos en el ámbito de la Filiación, lo que ha llevado inevitablemente a modificaciones, cambios o derogaciones de la legislación y a reconocer el valor probatorio, prácticamente absoluto, de las pruebas científicas genéticas como el ADN. Así tenemos el Art. 1 de la Ley 270485 que precisa que e*l marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:* cuando demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. Asimismo, en los procesos de filiación a que se refiere este artículo, es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza. O también la Ley N° 28457 que establece que la paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.

Pero también han provocado una gran cantidad de procesos constitucionales y judiciales en los cuales se impugna la filiación, ya sea matrimonial o extramatrimonial, contenida tanto en un reconocimiento voluntario ante el Registro Civil o por Escritura Pública ante un notario, así como la reconocida en una sentencia judicial.

Todo ello, ha enfrentado a Derechos Constitucionales, como el Derecho a la identidad, la tutela jurisdiccional efectiva y la cosa juzgada; Presunciones Legales, como la "Pater is est quem nuptiae demostrat" (el hijo tenido por mujer casada se reputa hijo de su marido); y Plazos de Caducidad, como los noventa días para la denominada "acción contestatoria de paternidad", entre otras, que han originado pronunciamientos por parte

de los Jueces de Familia, de la Corte Suprema de Justicia de la República y del propio Tribunal Constitucional. Pero además de varias instituciones como la Defensoría del Pueblo y Organismos No Gubernamentales.

El Poder Judicial, para resolver estos problemas suscitados ha hecho uso del Control Difuso y ha inaplicado, para el caso concreto, los siguientes artículos del Código Civil:

1.- Artículo 364: "La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de 90 días (…)", sosteniendo que se ha producido un conflicto de normas de un lado la norma constitucional que reconoce el Derecho Fundamental a la Identidad y la otra contenida en el Art. 364 del Código Civil y no existiendo razón objetiva y razonable que justifique fijar en 90 días el plazo para contestar la paternidad, cuando no corresponda a la realidad debe preferirse la norma constitucional (Consultas 466-2011-Lambayeque; 2802-2012-Arequipa; 3038-2011-Ica;1794-2010-Lima)

2.- Artículos 366, 367 y 399: El marido no puede contestar la paternidad del hijo que alumbró su mujer en los casos del artículo 363, incisos 1 y 3: Si antes del matrimonio o de la reconciliación, respectivamente, ha tenido conocimiento del embarazo; Si ha admitido expresa o tácitamente que el hijo es suyo; Si el hijo ha muerto, a menos que subsista interés legítimo en esclarecer la relación paterno-filial.

La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquel lo hubiese iniciado.

El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395. (Consultas 4895-2012-Arequuipa; 2520-2012-La libertad).

3.- Artículos 400 y 401: El plazo para negar el reconocimiento es de noventa días, a partir de aquel en que se tuvo conocimiento del acto. El hijo menor o incapaz puede en todo caso negar el reconocimiento hecho en su favor dentro del año siguiente a su mayoría o a la cesación de su incapacidad.

INDICE

Precisando la Corte Suprema que el Derecho a la Identidad (Art. 2 inciso 1 de la Constitución y artículos 7 y 8 de la Convención del Niño) y la persona humana es sujeto de derechos desde su nacimiento (Art. 1 del C.C.), no tienen límites de naturaleza temporal o material (Consultas 3113-2011-Lima; 1897-2012- Lima Norte; 4452-2011-Moquegua; 4229-2011-Piura; 4813-2011- San Martín; 656-2010-Lambayeque.)

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamientos al respecto, reivindicando el Derecho Fundamental a la Identidad, en las siguientes sentencias:

1.- 2273-2006 y 2223-2005-PHC/TC: La dignidad del ser humano es un principio fundamental (materialmente insuperable) de contenido propio de la constitución material, por cuanto es a través de él que el sistema político define la situación de la persona en y frente al Estado y a la sociedad, por tanto, debe ser protegida y promovida en cuanto al derecho a la identidad, garantizando una vida digna.

2.- 4509-2011-PA/TC: El proceso cuestionado tiene como ingrediente especial el hecho de que la resolución judicial en cuestión se pronuncia a favor de la identidad que en adelante ha de corresponderle a una menor. En tales circunstancias procede dilucidar si la decisión a adoptar puede de alguna manera involucrar el estatus adquirido, sea para mantenerlo, sea para dejarlo sin efecto, pues no se puede tampoco y sin más desproteger los derechos constitucionales de una menor, en cuanto beneficiaria de la declaración judicial de paternidad ya que ello podría resultar particularmente pernicioso en relación con su derecho a la identidad.

3.- 550-2008-PHC/TC, respecto a la cosa Juzgada: El inciso 2) del artículo 139.º de la Constitución reconoce el derecho de toda persona sometida a un proceso judicial a que no se deje sin efecto resoluciones que han adquirido la autoridad de cosa juzgada, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso. Sin embargo, el fallo dictado en dicho caso, si bien finaliza el conflicto de intereses de los progenitores, no resuelve en modo alguno el problema del menor, que por su condición de persona humana, constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado y a quien, por tanto, le asiste el *derecho a la identidad*.

El Tribunal Constitucional estima que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos del niño, es un sujeto de derecho de protección especial que requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento. Ningún esquema constitucional donde se reconoce la justicia como valor esencial y se le rodea de garantías de seguridad puede, a la vez de proclamarse legítimo, operar en forma contraria a los mismos derechos que pretende proteger. En dicho contexto, considera que, aun cuando la cosa juzgada es importante, esta institución no puede superponerse al *derecho a la identidad*, por lo que en el presente caso debe ampararse la pretensión de quien exige conocer a su progenitor, así como, de ser el caso, de conservar su apellido.

Por último, este conflicto entre el derecho de restablecerse la verdad biológica, declarando la relación paterno filial real, y la necesidad de proteger la paz familiar contra la interposición de procesos judiciales que la perturbarían gravemente, recién empieza. Sin embargo, en cualquier panorama debemos tener presente que al proclamar la protección integral de los hijos, vincula a esta protección la posibilidad de la investigación de la paternidad, dejando patente que el establecimiento de la verdad real, debe primar sobre cualquier otra consideración en beneficio del propio hijo.

CONSTITUCIÓN Y CULTURA
(LEGITIMIDAD E INTERPRETACIÓN)

*Boris Espezúa Salmón**

Resumen:

El paradigma jurídico de los siglos XIX y XX en materia constitucional, en los últimas décadas ha tenido cambios en aspectos de principios y derechos fundamentales, para los cuales han surgido nuevos enfoques constitucionalistas, que desde la cultura permiten comprender mejor los aspectos de legitimidad reflejado en el pacto social, a fin de consolidar la validez del Derecho Constitucional, así como el aspecto de interpretación constitucional para ampliar los criterios de alcanzar una mejor justicia constitucional. Por ello, la dogmática constitucional contemporánea viene considerando estos aportes que surgen de las canteras de la teoría constitucional pluralista y que incide en acercar una mejor comprensión de estos aspectos importantes en la dinámica constitucional haciendo posible que las constituciones estén más vinculados a una mejor validación social de los derechos fundamentales y al régimen democrático actual.

Palabras clave: *Teoría de la Constitución. Cultura. Pluralismo. Legitimidad. Pacto social. Interpretación constitucional. Derechos fundamentales.*

---

* Doctor en Derecho. Docente de Pre y Postgrado en el sur del País. Autor de *La Protección de la dignidad humana, como derecho social exigible.* Miembro de La Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Introducción:

Muchos países latinoamericanos principalmente, dentro de ellos el Perú, vienen manifestando su preocupación por el asunto de la legitimidad, cuando se trata de articularse con las formas culturas y sociales que tiene en diversidad nuestro país y cuando se habla de la extensividad o cobertura que tienen las constituciones actuales, incluida la peruana, que todavía tienen el carácter rígido que deviene del pasado, de una matriz hegemónica y un enfoque monocultural que resulta incongruente con el Estado democrático de Derecho, donde se debiera superar el déficit de legitimidad que se ha heredado del contexto histórico que ha transcurrido al margen de los principales interés nacionales y del sistema jurídico genuinamente representativo.

Ello implica superar su ortodoxia compositiva por un mayor respaldo consensual y, por otro lado, acercar su interpretación a la cultura jurídica a la que pertenece y especialmente, al pueblo que hoy debiera de dotar de legitimidad democrática en el configuramiento abierto y plural a la Constitución.

En ese sentido, en este trabajo se trata de responder a la pregunta: ¿Es posible darle mayor relieve a la legitimidad para validar mejor una constitución, y a la vez permitir en su interpretación un enfoque cultural abierto para asegurar una mejor justicia? Para responder a ella nos apoyamos en los enfoques de dos distinguidos constitucionalistas como son Zagrebelsky y Häberle con quienes nos permitimos tratar de sustratos críticos, argumentadores y renovadores para tomar en cuenta la naturaleza y la significancia del papel que tiene una constitución dentro de un marco de Estado Constitucional de Derecho fundado en lo social-originario.

No ha sido siempre fácil la relación de Constitución y cultura, más aún cuando se piensa que la cultura está alejada del concepto jurídico y estatal, y porque el corpus de la cultura siempre se ha ligado distante de la objetividad incluso de la misma racionalidad instrumental que excluye el conjunto de creencias, artes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada y es catalogada como cultura. Sin embargo, ahora la cultura no solo se enmarca a nivel histórico, sino también normativo y en esa medida solo podemos comprender a la sociedad en forma cabal, completa y democrática a través de la cultura. Por ello resulta significante dentro de un

Estado Constitucional de Derecho otorgarle mayor legitimidad y eficacia al plexo constitucional en su realización social.

1. La legitimidad como base y validez del orden constitucional

La legitimidad es un factor determinante para la democracia y en el caso del Derecho Constitucional para fundamentar el consenso, respaldar su validez, y asegurar su eficacia. La legitimidad pertenece al poder originario que se refiere al pueblo en su conjunto que debe estar expresado en los términos democráticos de toda Constitución consagrada bajo principios y plenitud de derechos ciudadanos.

El carácter de pacto político de la Constitución, determina su sentido de legitimidad al ser la norma constitucional el resultado de dicho pacto político en el seno del poder constituyente. Es a partir de este elemento, que es posible comprender a la Constitución en tanto norma jurídica por su carácter de pacto político fundante de la comunidad, que organiza jurídicamente, a partir de una decisión política, la vida en comunidad. Como consecuencia de ello, la Constitución tiene una serie de especialidades respecto del resto de las normas del ordenamiento jurídico que la sitúa en una posición especial, en particular respecto de su jerarquía normativa, con contenido material y específica finalidad.

La fuente de su legitimidad radica, precisamente, en el pueblo como su titular y bajo el principio de Soberanía popular. En atención a ello, la Constitución se erige como el marco jurídico de techo ideológico abierto: establece las reglas básicas del estatuto del poder y de los derechos fundamentales, de tal manera que junto con reconocer "*la titularidad de la soberanía en el pueblo*" admita direcciones de políticas públicas con un sentido social, en función de las mayorías de cada tiempo histórico. Así, en virtud de la vigencia normativa del principio democrático de Derecho y de la constatación del pluralismo de la sociedad contemporánea, la Constitución se construye a partir de declaraciones normativas abiertas, que deberán ser concretadas o determinadas por los ciudadanos considerando una serie de factores: las particularidades jurídicas y fácticas de cada caso, el contexto histórico y cultural de aplicación de la norma con enfoque amplio y en especial, la necesidad de respetar la coexistencia de diversos principios y opciones políticas en el seno de una sociedad plural y compleja que, toda ella y no solo la mayoría, le presta legitimidad democrática a la norma fundamental. Toda constitución debe asumir la complejidad que significa determinar el sentido y alcance de una norma que está llamada, por

definición, a tener un contenido abierto que recoja el pluralismo existente en la comunidad.

La cultura está ligada al pueblo intrínsecamente, es su expresión más genuina, y por lo tanto cuando hablamos de legitimidad estamos refiriéndonos al pueblo manifiesto o expresado con todo su bagaje cultural, que además es en ese conjunto de usos, sentimientos, costumbres, historia, la Nación manifiesta o exteriorizada. Por lo que una constitución debidamente legitimada tendrá que tener la raigambre de dicho pueblo, el sabor de su cultura, las entrañas de lo que es y ha sido una determinada sociedad. Y que sus características de legitimidad no solo son porque se tuvieron en cuenta al pueblo, en su determinación normativa, sino porque la Constitución refleja, materializa, incorpora la cultura de ese pueblo en su fisonomía normativa y su aplicación valorativa.

Por otro lado, el pueblo sostiene el consenso que dota de contenido material a las instituciones del ordenamiento constitucional, especialmente a los principios y derechos fundamentales. La evolución de dicho consenso debe dotar de contenido esta institución, pero ello en el caso del Perú no ha sucedido congruentemente y legítimamente. Por lo que hay que relativizar, en abstracto, la posición del poder constituyente originario y el contenido de las instituciones creadas por este, ya que la petrificación de las opciones políticas positivadas en un momento constituyente le resta legitimidad a la norma y termina por mellar su propia vigencia social. Zagrebelzky sostiene al respecto que: "*El derecho no puede separarse del ámbito cultural en el que se halla inmerso y erigirse como un sistema normativo independiente y autosuficiente"(*Zagrebelsky 2003); porque la norma jurídica no busca una justicia abstracta e inmóvil, sino que se encuentra permanentemente sometida a fuerzas de transformación. En consecuencia, la combinación de la naturaleza práctica de la ciencia del Derecho y la pluralidad social actual tienden a poner fin a un derecho por reglas, propio de un contexto político y social homogéneo, donde el cuestionamiento de los valores fundamentales no llegaban al punto de arribar una justicia plena. La pluralidad de la sociedad actual genera la explosión subjetivista de la interpretación del Derecho, ya que se ha agotado un cuadro de principios compartidos por la generalidad. Pero el Derecho debe ser razonable y no cerrarse a esta coexistencia pluralista, sino someterse a la exigencia de composición y apertura. La equidad viene a caracterizar al Derecho actual a través de la constitucionalización de los derechos y principios de justicia, así como del correctivo final de la omnipotencia de la ley.

La vinculación de la carta magna al desarrollo cultural del pueblo se explica a partir de la concepción de Häberle acerca de la Constitución abierta: señala que: "*un orden constitucional abierto debe poner el énfasis en los procesos que permitan y garanticen la participación de todos los miembros de la comunidad, en especial de aquellos sin representación, antes que en los contenidos materiales*". Así, la Constitución es entendida como un conjunto de procesos institucionales y sociales, cuya interpretación, fundamentalmente participativa, desborda los límites de la institucionalidad estatal. Como consecuencia de ello, el contenido de la Constitución se va realizando permanentemente en un proceso abierto en el cual participa toda la comunidad y no solo un grupo de juristas. "*Una Constitución no significa única y exclusivamente ordenamiento jurídico para juristas, sino la expresión de un cierto grado de desarrollo cultural, un medio de autorepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos*" (Häberle 2000). En tal sentido, la realidad jurídica de todo Estado Constitucional es tan solo un fragmento de la realidad de toda la Constitución viva, que a lo largo y ancho de su texto y contexto no es sino una de sus formas culturales. Entendido así, se relativizan los clásicos métodos rígidos e instrumentales frente a la rica pluralidad de una Constitución viva, que surge de una pluralidad de funciones desempeñadas correctamente: juez, legislador, ciudadano, opinión pública, gobierno y oposición. Es decir, un proceso abierto a todos los participantes de la cosa pública, a todos quienes viven en la Constitución.

Esta dimensión de la Constitución deriva de la concepción que Häberle tiene del pueblo y de la democracia: el pluralismo y heterogeneidad del pueblo impide concebir una única manifestación de voluntad unitaria. Eugenio Raúl Zaffaroni (2010) comprende de este modo a Häberle: "*El más lúcido sostenedor del constitucionalismo cultural es Häberle, quien sostiene que junto a los tres capítulos tradicionales de la teoría del estado (pueblo, poder y territorio) es menester incorporar la cultura y con ella incorporar nada menos que a la constitución. Claramente expresa que el poder del Estado debe entenderse como cultural y no como un factum brutum, que no se trata de un fenómeno natural sino cultural. En estas circunstancias del mundo y en trance de sancionar constituciones para pueblos cuya cultura ancestral sobrevivió en las más negativas contingencias, verificando con su resistencia su potencial cultural, puestos a definir la posición del ser humano en la naturaleza y a señalar el camino de convivencia y armonía, no es concebible que se marginen del texto legal los elementos claves con que esas culturas rigen esas relaciones*".

Esta apreciación nos remite al tema de legitimación donde el componente cultural resulta determinante para hablar de una Constitución propiamente tal, que principalmente tenga que ver con expresar lo que es la genuina realidad de un pueblo manifiesta en su cultura como matriz constitutiva.

2.- La Interpretación pluralista como garantía de justicia objetiva

Afirma Zagrebelsky que "*el sentido y el valor que resultan relevantes desde el punto de vista de la aplicación judicial tienen un significado objetivo y no subjetivo*", por lo que "*la categorización de las acciones de (los agentes) debe ir referida al contexto cultural objetivo en que se desarrollan*. Esta afirmación, suscita discrepancias, deja entrever que se debería autorizar al intérprete - juez a decidir por sí mismo, cediendo las pretensiones de objetividad del Derecho frente a las visiones subjetivas del intérprete, lo que no sería aceptable en un Estado democrático. Zagrebelsky funda con sus ideas sobre la interpretación constitucional la inevitable constatación del Derecho en tanto fenómeno cultural. El método de interpretación es solo una herramienta argumentativa destinada a justificar la regla normativa aplicada al caso. Es decir, dadas las cambiantes exigencias, es posible extraer del ordenamiento diversas respuestas posibles, que requerirán que el intérprete justifique razonablemente su elección. Por ello, hoy existe una pluralidad de métodos que desbordan los propios de la escuela histórica y que se explican a partir de la particular complejidad de las sociedades contemporáneas, donde coexisten diversas concepciones ontológicas acerca del Derecho.

El punto no radica tanto en la apertura a criterios subjetivos de decisión, sino en las fuentes a las que recurrirá el juez, bien para decidir, bien para justificar su decisión. Sin embargo, estas argumentaciones no se aplican de igual manera en la interpretación constitucional que en la legal: una cosa es que el contexto cultural 'falte' y otra, distinta, que cambie. Podrá faltar una adecuada comprensión del contexto cultural, especialmente ante el dato de su constante evolución; pero esta situación no puede significar una habilitación al intérprete (en particular al juez) para legitimar la subjetividad en su labor hermenéutica. En este sentido, el espacio de subjetividad del juez siempre estará condicionado por los factores externos (el derecho, el caso concreto y el contexto sociocultural) que provienen de la comunidad, donde radica, en última instancia, la legitimidad de sus decisiones. Zagrebelsky da un paso importante al cuestionar que el legislador, imponga una comprensión de sentido de los casos que

regula; aunque reconoce que sí la presupone, afirma que "*ningún legislador puede pretender que su asunción de sentido sea vinculante" 2003)*. En síntesis, la interpretación no se puede presentar en abstracto, desconociendo la influencia del caso. La combinación de la naturaleza práctica de la ciencia del Derecho y la pluralidad social actual, han puesto fin a un derecho por reglas propio de un contexto político y social homogéneo (dominado por el sufragio censitario), donde el cuestionamiento de los valores fundamentales del orden político-normativo no llegaba al punto de provocar un problema jurídico de relevancia constitucional. Zagrebelsky atribuye a los jueces la función de "*garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia*", 2003) con lo que asumen una mayor función creadora de Derecho.

En cuanto al legislador, su mayor o menor libertad para determinar el contenido de los derechos o de la justicia dependerá de la concepción abierta o cerrada del marco de principios que contemple la Constitución. Por su parte, Peter Häberle teoriza en torno a la idea de Constitución abierta. El autor recoge los clásicos métodos de interpretación constitucional, incorporando a la sociedad en dicho proceso y cuestionando el monopolio estatal a este respecto; entre otros métodos, considera la comparación jurídica como método de interpretación de las normas de derechos fundamentales. Con ello busca incorporar en la interpretación del ordenamiento jurídico los elementos positivados en otras constituciones, permitiendo que estas puedan comunicarse entre sí, determinados problemas de aplicación del ordenamiento constitucional recurriendo, legítimamente, a la forma en que dicha situación ha sido normada en otros ordenamientos.

Häberle asume la interpretación constitucional desde una perspectiva cultural: los elementos propios del Estado constitucional son el resultado de la evolución de una serie de pueblos que han aportado o profundizado sus componentes característicos a lo largo de la historia. Así, se trata de la apropiación cultural permanente desde la tradición, que se conserva y acrecienta desde la evolución del espíritu de las constituciones, determinadas por sus respectivos contextos culturales.

Peter Häberle al respecto afirma: "*En este proceso evolutivo es posible distinguir dos espíritus: por una parte, el espíritu de las constituciones, o del Estado constitucional, en el cual es posible identificar el acervo acumulado a lo largo de la historia de la civilización Occidental; y, por otra, el espíritu de configuración individual de cada pueblo que vive en y bajo las constituciones. De esta*

manera, la universalidad del Estado constitucional convive con la particularidad de las configuraciones nacionales, condicionado por cada contexto cultural" 2004). Así, cada pueblo obtiene sus propias experiencias en virtud de las cuales construye sus propias instituciones constitucionales, sin perjuicio de incorporar los elementos ya consolidados del pasado o de abrirse a un ejercicio de comparación constitucional con otros pueblos.

El autor entiende que la Constitución es más que un ordenamiento jurídico que los juristas deben interpretar siguiendo reglas más o menos determinadas; se trata, principalmente, de "*una guía para los no juristas: para el ciudadano, la 'Constitución' no es solo un texto jurídico o un 'mecanismo normativo', sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio para la representación del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas" (2203)*. Es decir, una realidad mucho más compleja que la declaración normativa: se trata de una manifestación cultural de la sociedad. Siendo la Constitución una expresión de un estadio de desarrollo cultural.

La vinculación de legitimidad con la validez del Juez que realiza la interpretación, para Häberle es contundente. El pueblo es parte central en la construcción del ordenamiento jurídico y en la legitimación de sus representantes: es a partir de la manifestación de su voluntad política que se da vida a la norma. Sin embargo, no se trata de una voluntad unívoca, ya que la pluralidad y diversidad de sus actores requiere que esta sea formada a través de un proceso dialéctico y democrático. En ella radica la propia legitimidad del ordenamiento, en la aceptación de sus postulados por quienes participaron de su construcción. Este proceso de formación de la voluntad política de la comunidad tiene injerencia en los espacios, estatales, de interpretación constitucional, incluso influye en los jueces, quienes no son ajenos al entorno político y social en el cual se encuentran inmersos; pero estas influencias no solo pueden entenderse como amenazas a su independencia, "*también contienen un fragmento de legitimación e impiden una arbitrariedad de la interpretación*". En efecto, los jueces constitucionales no solo deben estar influidos por el contexto sociocultural del cual forman parte; de alguna manera, también es exigible que así sea, ya que sus decisiones no pueden darse en abstracto y con prescindencia de las condiciones de la comunidad en las que serán aplicadas y que, a su vez, legitima el contenido de las mismas. Así, la vinculación del juez a la norma se complementa con su vinculación a la comunidad cultural que se da de dicha norma.

3.- Conclusiones

Prescindir de la legitimidad, como centrarse en una interpretación tubular, sujeta a un enfoque hegemónico y monocultural ha significado desconocer la relación que existe entre el Derecho y la dinámica cultural y política de la sociedad, la que se explica en parte, por el principio de soberanía popular y la posición que ocupa el pueblo en cuanto sujeto activo en la creación del Derecho. El asunto está en que la función de la Constitución es garantizar la apertura del sistema democrático, a través de la protección de aquellos mínimos necesarios para la convivencia pacífica, y no cerrar el sistema mediante la garantía institucional para asegurar la permanencia de determinado proyecto político. En este sentido coinciden nuevos enfoque como es el Garantismo Jurídico de Ferrajoli, El Neoconstitucionalismo de Häberle y Zagrebelsky. Los autores comentados constituyen aportes interesantes, por cuanto comprenden que el sistema se asienta sobre el equilibrio de dos valores que deben ser interpretados en forma armónica: democracia y Constitución. Sus teorías sobre la apertura de los procesos interpretativos se encuentran más en la línea del actual sistema de democracia constitucional y pluralismo jurídico. La doctrina constitucional mayoritaria ha afirmado que la única forma legítima de interpretar la Constitución debe atender a los criterios y parámetros propios del momento histórico identificado como constituyente. Zagrebelsky y Häberle vienen a controvertir abiertamente esta práctica constitucional asentada en muchos países latinoamericanos, relativizando el momento constituyente y privilegiando la legitimidad como apertura democrática de una nueva configuración y aplicación de la constitución, así como con la figura de la interpretación constitucional como un elemento clave en la configuración del ordenamiento jurídico.

Bibliografía

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *La Constitución abierta y su interpretación.* Lima, Palestra, 2004.

HÄBERLE, Peter. "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales. Una contribución

- "*Para la interpretación pluralista y procesal' de la Constitución*", en: HÄBERLE, Peter,

- "*Retos actuales del Estado constitucional*", Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1996.

INDICE

- "*El Estado constitucional*, México DF. Universidad Autónoma de México, 2003, LXXXVII,

- "*Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*", Madrid, Tecnos, 2002, 295 pp.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La Pachamama y el humano* Ensayo Publicado por Raíces Edit. La Paz Bolivia. 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos justicia* –5.ª edición, Madrid, Trotta, 2003.

- *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, 2005.

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y EL RECONOCIMIENTO DE LAS RESTRICCIONES DE DERECHOS FUNDAMENTALES

"A PROPÓSITO DE LA RENUNCIA DEL MANDATO PARLAMENTARIO"

*Jhonny Tupayachi Sotomayor**

En toda comunidad tiene que haber una obediencia sujeta al mecanismo de la constitución estatal, con arreglo a leyes coactivas (que conciernen a todos), pero a la vez tiene que haber un espíritu de libertad, pues en lo que atañe al deber universal de los hombres todos exigen ser persuadidos racionalmente de que tal coacción es legítima, a fin de no incurrir en contradicción consigo mismos.

Immanuel Kant

* Abogado y magister en Derecho Constitucional por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Profesor de pre y post grado de diversas universidades del Perú. Egresado del Doctorado en Derecho por la UNMSM. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Exprocurador Público Especializado en Materia Constitucional. Actual asesor Parlamentario.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN

Hace poco desempolvaba mis libros sobre la mitología griega y encontré en ellos los relatos de la famosa Hidra de Lerna, una criatura similar a una serpiente que poseía numerosas cabezas, con una respiración venenosa que la hacía aún más peligrosa. Cuenta la leyenda que vivía debajo de las aguas del Argolid, donde se encontraba una entrada al mundo subterráneo, siendo la Hidra, su guardiana. Pese a las características antes descritas, dicha bestia fue aniquilada por Hércules durante uno de sus doce trabajos.

Este recuento historiográfico mitológico resurge ante los innumerables comentarios y opiniones por la renuncia del congresista Marco Tulio Falconí Picardo al Congreso de la República y su deseo de postular al Gobierno Regional de Arequipa, forzando así un debate doctrinario en razón a los alcances del artículo 95°[1] de la Constitución Política del Perú, el mismo que expresamente señala que el cargo de congresista es irrenunciable.

El debate encuentra mayor complejidad cuando surgen diversos intérpretes constitucionales que al igual que las múltiples cabezas de la Hidra tienen percepción y competencia determinada; la doctrina, la jurisdicción judicial, la jurisdicción electoral, la jurisdicción constitucional y el fuero parlamentario; todos ellos con opiniones propias y con lógica interpretativa disímil, pero cuya interpretación efectuada genera efectos jurídicos frente a sus símiles interpretativos. En ese sentido, vamos a encontrar una pluralidad de intérpretes (que al igual que las cabezas de la Hidra, cuentan con percepción propia de los alcances del artículo constitucional citado); por otra parte, dichas interpretaciones al igual que el veneno de la Hidra generan debate no solo jurídico sino también político (bien sabemos cómo es ello) y al mismo estilo de Hércules, corresponde al Derecho Constitucional y al Derecho Procesal Constitucional poner fin a este debate, recurriendo para tal caso a los mecanismos de interpretación establecidos por la propia doctrina y jurisprudencia, así como a los antecedentes judiciales y constitucionales que lejos de interpretaciones con sesgo determinado van a plantear tentativas académicas de nuestra posición sobre el tema a tratar.

** Con especial amor y agradecimiento a mi esposa Rosa Ivette, cuya comprensión y amor está por encima de las múltiples horas y tiempo que tengo en deuda con ella.

El caso se hace interesante de analizar, cuando posterior a la "renuncia" del congresista mencionado ante el Congreso de la República y la desidia del mismo de no responder y pronunciarse sobre el pedido realizado, interpone una demanda de amparo contra el Congreso de la República y el Jurado Nacional de Elecciones, buscando que se acepte su renuncia y se admita la inscripción de su candidatura para poder participar en las elecciones regionales de la ciudad de Arequipa. El congresista recoge en buena forma la figura del proceso de amparo, pero siendo mucho más exacto una especificidad dentro del mismo como es el "amparo electoral", figura que fue reconocida y sugerida por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, pero que se delimitó de alguna forma en la sentencia del Exp. N° 5854-2005-PI/TC y que también fue recogido en las propuestas hechas por la Comisión de Estudio y Análisis del Código Procesal Constitucional[1], quien abre nuevamente la necesidad de debatir los alcances no solo de este amparo electoral, sino también de la importancia de los mecanismo interpretativos de la Constitución, los mismos que para tal caso deben ser recurrentes en todas las tareas interpretativas, dejando de lado la supuesta ambigüedad y antinomia constitucional, que lejos de buscar fórmulas conducentes a la protección de la Constitución, nos lleva a desnaturalizar la misma, por fines propios o de interés colectivos pero distintos a los reconocidos y protegidos por la *ratio* constitucional.

II. LA IRRENUNCIABILIDAD DEL MANDATO CONGRESAL Y LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 95° DE LA CONSTITUCIÓN

II.1. Considerando algunos antecedentes

Revisadas las diversas constituciones de nuestro país, podemos advertir que en los textos de las constituciones de 1828, 1834, 1851, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, se establece la prerrogativa de la reelección del mandato parlamentario, siendo solo en este caso posible la renuncia al cargo. Bajo una interpretación *a contrario sensu*, "es irrenunciable el mandato parlamentario salvo reelección" o "es irrenunciable el mandato parlamentario

1 **Artículo 95°.**
El mandato legislativo es irrenunciable.
Las sanciones disciplinarias que impone el Congreso a los representantes y que implican suspensión de funciones no pueden exceder de ciento veinte días de legislatura.

INDICE

en caso de postular a otro cargo", con lo cual podemos afirmar que existen antecedentes de dicha figura parlamentaria.

En los textos constitucionales de 1979 y 1993, se recoge expresamente la figura de la irrenunciabilidad del mandato parlamentario al igual que la incompatibilidad del mismo con otra función pública, salvo la de ministro de Estado. Pese a ello, cabe recordar que en 1983 se expidió la Ley N° 23671 que reiteró la prohibición que senadores y diputados puedan ser candidatos a alcaldes y regidores, situación que cambiaría con la Ley N° 25080 otorgada en 1989, la misma que permitía a los parlamentarios postular a los cargos de alcalde o regidor durante el ejercicio de su mandato, dicha norma tuvo vigencia hasta 1995 donde se expidió la Ley N° 26534, la cual parece haber sido olvidada pese a su vigencia, donde se establece la prohibición que los congresistas postulen o acepten cargos, candidaturas, nombramientos o comisiones, que importen el ejercicio simultáneo de la función pública con las excepciones de los cargos de ministro de Estado o miembro de comisiones internacionales.

Si bien de las doce cartas constitucionales que ha tenido nuestro país, solo las dos últimas reconocen la irrenunciabilidad del mandato parlamentario, es necesario revisar el Diario de los Debates[2] de las mismas. Analizando la Constitución de 1979, podemos apreciar que el objetivo del artículo referido a la irrenunciabilidad al mandato congresal, responde a proteger al parlamentario de las pretensiones provenientes de cualquier sector. En ese sentido, recogemos lo dicho por Enrique Bernales y Marcial Rubio[3], al considerar que si se dejara abierta la posibilidad para la renuncia al cargo de congresista, se exponía a los diputados o senadores a las pretensiones que pudieran recibir desde diversos sectores o grupos de interés e incluso se señaló que bajo determinadas condiciones esta apertura podría generar graves problemas al sistema político, como por ejemplo, la dimisión masiva de representantes.

En igual hecho, la Constitución de 1993 recoge la garantía "*in comento*" de su antecesora, para ello, consideramos lo dicho por Enrique Chirinos Soto, al señalar que el concepto de irrenunciabilidad parlamentaria tiene

2 Comisión convocada y reconocida por el Ministerio de Justicia mediante Resolución Ministerial N° 0201-2009-JUS, cuyo trabajo final terminó en el texto coordinado por el Dr. Domingo García Belaúnde y Jhonny Tupayachi Sotomayor, Editorial Adrus, Arequipa, 2011.

3 Comisión Principal de Constitución de Asamblea Constituyente 1978-1979, Diario de Debates, Tomo V, Edición Oficial, Lima, 1980, p. 103.

doble implicancia[4]. Por un lado, se busca blindar al parlamentario de las presiones de las cuales pueda ser objeto; y por otro, se pretende impedir que las decisiones de los congresistas se vean limitadas, restringidas o condicionadas por los intereses de un determinado grupo de ciudadanos, de sus partidos, movimientos o agrupaciones políticas a las cuales pertenecen o del grupo o cédula parlamentaria de la cual forman parte, hecho que sin lugar a dudas le restaría independencia y autonomía al momento de ejercer sus labores de representación política[5].

Considerando el contenido de los artículos 178° de la Constitución de 1979 y 95° de la Constitución de 1993, denotamos que la protección al mandato parlamentario se funda en la independencia del mismo frente a presiones u condiciones externas que pueda mediar o menguar en sus funciones, brindando al "*mandato parlamentario*" la garantía constitucional y el carácter preceptivo que la propia Constitución reconoce, el mismo que se materializa en el obligatorio cumplimiento del mismo, al ser dicho principio sujeto de desarrollo constitucional y de darse el caso de interpretación constitucional, pudiendo darse también interpretaciones contrarias o atentatorias al espíritu del legislador.

II.2. De la irrenunciabilidad del mandato parlamentario

El contenido del artículo 95° de la Constitución de 1993 es claro a nuestro entender, la irrenunciabilidad del mandato parlamentario es una garantía constitucional que brinda la Constitución al parlamentario en ejercicio de su función, pero también podríamos señalar que toda norma tiene que ser interpretada, pero toda norma tiene que ser interpretada dentro de un contexto, tiene que ser corporizada con las circunstancias, como bien señala el maestro Trazegnies[6]. Sobre dicha premisa y como bien señala el noble maestro, la claridad de lo que se pretende interpretar muchas veces puede convertirse en un problema, dado que lo sencillo de entender quizás pueda ser complejo de aplicar, dado que tradicionalmente se ha considerado que interpretar no es otra cosa que entender lo que el Derecho establece para una situación concreta y determinada o para un

4 RUBIO CORREA, Marcial y BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *Constitución y Sociedad Política,* 3.ª edición, Mesa Redonda, Lima, 1998, p. 344.

5 CHIRINOS SOTO, Enrique. *Constitución de 1993*; lectura y comentario, 2.ª edición, Nerman, Lima, 1995, p.163.

6 Ídem.

INDICE

conjunto de situaciones posibles, es decir, hacer explícito lo que estaba implícito en el texto legal[7].

Si bien el contenido de la norma constitucional responde a la voluntad del constituyente al momento de materializar el pacto social en la carta constitucional, dicho contenido deviene de la pluralidad de opiniones, discrepancias, contraposición de ideas y razonamientos indeterminados que se subsumen en el acuerdo político de aprobar un texto constitucional, que indistintamente del contenido a ser exteriorizado en sus interpretaciones, deviene de un acuerdo ideológico propio que nace del proceso legislativo de aprobación de una ley, el mismo que se resume en la literalidad de la ley y que se materializa en el desarrollo normativo de darse el caso o de la adecuada interpretación por parte del operador del Derecho.

Si bien es cierto, la intencionalidad del legislador solo puede ser considerada como lectura posible del cuerpo normativo, es tarea del intérprete no encontrar la intención recóndita del legislador histórico sino la forma más adecuada de la aplicación de ese texto en la realidad de hoy, en ese sentido, el intérprete se encuentra, solo con una expresión escrita de la ley, que es lo único que le resulta obligatorio[8]. En ese sentido, cabe preguntarnos; ¿cómo poder realizar una interpretación adecuada de la norma constitucional para el caso *in comento*? Para encontrar respuesta a ello, cabe traer a mención la reflexión realizada por Umberto Eco en materia de textos literarios[9], donde hace distinción entre una *intentio auctoris*, una *intentio operis* y una *intentio lectoris*. Sobre ello, Eco no le da importancia a la "*interpretación del autor*" que es la primera intención, dado que, lo que cuenta fundamentalmente de tal intención es aquella parte que ha logrado impregnar la obra y que ha pasado a ser, por tanto, la *intentio operis* o "*intención de la obra*", es decir, del texto mismo. En ese sentido, dicha intención –la misma que debe ser identificable– constituye una limitación de aquella otra limitación que deviene de la misma, la dinámica y divergencia, que es la *intentio lectoris* o intención del lector. En ese orden de ideas, si la norma no es clara y precisa y se presta a interpretación moldeable por el lector, esta no debe desconocer la intencionalidad del propio texto o los límites

7 DE TRAZEGNIES, Fernando. "La muerte del legislador", en *Pensando Insolentemente,* Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2001, p. 32.

8 Cfr. Ibídem, p. 33.

9 Ibídem, p. 43.

que el texto constriñe dentro de sí, la misma que no puede ser desconocida, dado que pasar por encima del texto sería una sobreinterpretación.

Como bien resalta Eco, debe existir siempre una relación entre el autor y la interpretación del lector, la misma que se subsume en la intencionalidad del texto. Dicha *intentio operis* no puede ser reducida a una intención pretextual del autor. Ello no media que podamos considerar una suerte de independencia entre el texto y su autor, debe mantenerse siempre la restricción a la intención del intérprete, la misma que se basa en el texto a interpretar. Como bien lo resume Trazegnies, tenemos que respetar el texto, no al autor del texto; lo que equivale en Derecho a decir subversivamente: tenemos que respetar la ley, no al legislador[10].

En ese entender, encontramos en el contenido del artículo 95° la intención del legislador de la protección del mandato parlamentario, la cual, brinda al parlamentario la posibilidad de ejercer su función con la reserva del resguardo constitucional que la misma Constitución garantiza (*intentio auctoris*), de evitar que cualquier externalidad presentada restringa dicha función y que la misma sea ejercida con libertad e independencia (*intentio operis);* evitando de esta forma que la función parlamentaria no pueda ser desnaturalizada o restringida, dado que el mandato de la irrenunciabilidad es preciso (*intentio lectoris).* En ese sentido, indistintamente de la intención del constituyente que otorgó la carta política de 1979 y de 1993, se desprende del propio texto constitucional que el mandato parlamentario es irrenunciable, contenido literal que pudiera ser interpretado, pero en condiciones propias del contenido exegético de la norma como límite a su interpretación.

II.3. Sobre la interpretación judicial del Art. 95° presentada como antecedente

El antecedente judicial que existe a razón de la renuncia del mandato parlamentario y aceptación de la misma en sede judicial, es el referente al excongresista Javier Valle-Riestra Gonzales-Olaechea, el mismo que en proceso de amparo Exp. N° 30303-2008[11], solicita que cesen los actos que lesionan sus derechos constitucionales al trabajo y al libre desarrollo de la

10 ECO, Umberto. *Interpretación y sobreinterpretación*, Cambridge University Press, Edición en español, 2.ª reimpresión, España, 2002.

11 DE TRAZEGNIES, Fernando, "La muerte del legislador", *en Pensando Insolentemente,* Ob. cit. p. 45.

personalidad y amenazan sus derechos constitucionales a la salud y a la vida; y en consecuencia, se deje sin efecto y sin valor legal la denegatoria ficta de su renuncia al cargo de congresista de la República, y se ordene al Congreso de la República aceptar la renuncia presentada y proceda a declarar la vacancia del cargo[12].

Para el demandante el contenido del artículo 95º de la Constitución, contraviene el contenido de diversos artículos; el 1º que reconoce que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, el inciso 15) del artículo 2º y el último párrafo del artículo 23º de la Constitución, los mismos que reconocen como una manifestación del derecho al trabajo, el derecho a la libertad de trabajo, el mismo que supone el derecho a trabajar libremente, elegir una profesión u oficio y de decidir libremente realizar o no una determinada actividad remunerada o cambiarla por otra, recogiendo para tal caso también, lo establecido en el tercer párrafo del referido artículo 23º que precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Sobre lo señalado, el juez constitucional resuelve haciendo una interpretación del artículo 95º de la Constitución; en el considerando séptimo de la sentencia, señala que el contenido literal del artículo en comentario reconoce que el cargo de congresista es irrenunciable, pero ello, *haciendo referencia a una prohibición de renuncia sin alegar causa alguna o incausada* y que *no basta la sola decisión del congresista de renunciar al cargo para que opere la misma*. Del mismo modo, se entiende *contrario sensu*, que sí es posible renunciar al cargo de congresista cuando exista una causa que justifique dicha decisión, siempre y cuando dicha renuncia sea aceptada por el Congreso de la República.

Indistintamente que dicha interpretación mereció un fallo favorable al demandante en primera instancia, ordenándose al Presidente del Congreso someter a consideración del Pleno del Congreso, como primer punto en el Orden del Día la renuncia presentada por el demandante, que la misma haya sido confirmada ante superior jerárquico con la emisión de diversos votos singulares sobre el segundo punto resuelto en el fallo, considerando además, que la materia ha sido resuelta en última instancia con fecha posterior al ejercicio del mandato parlamentario, lo cual, devendría

12 El proceso llevado por el excongresista Javier Valle-Riestra Gonzales-Olaeche, fue tramitado ante el Décimo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, quien emite sentencia en la Resolución Nº 11.

en una "*sustracción de la materia*", al no poder ejecutarse lo resuelto, pero ello no deja de lado que podamos "analizar" la interpretación realizada por el juez constitucional, estando convencidos que la inmaterialidad de lo resuelto no pueda considerarse como precedente ante futuros casos, pero sí es rescatable el criterio utilizado para el análisis constitucional.

II.4. Sobre la interpretación "aducida" por el parlamentario renunciante

Sobre el caso del congresista Falconí, podemos mencionar que presentó su renuncia el 08 de abril de 2014 ante el Congreso de la República con el objeto de postular a las elecciones municipales y regionales 2014, al no tener respuesta alguna por dicha institución, interpone una demanda de amparo contra el Congreso de la República, aduciendo que la negativa de respuesta sobre su renuncia imposibilitaría su postulación e inscripción dentro del plazo previsto legalmente. En ese sentido, se configura el "*derecho a renunciar*" al mandato parlamentario como un derecho fundamental en primer orden y el de "*ser elegido*" en igualdad de condición como derechos secundarios acotados por el demandante.

Indistintamente de la demanda de amparo, presenta una medida cautelar para garantizar su inscripción en los comicios electorales, para lo cual, el juez de turno admite la misma señalando que si bien el artículo 95° de la Constitución prohíbe la renuncia del mandato parlamentario, "*dicha norma debe ser interpretada con los derechos fundamentales, teniendo presente su razonabilidad y finalidad perseguida; por lo que, la prohibición de la renuncia a cualquier función pública, más que una limitación de derechos, supone una protección contra injerencia de terceros que quieran obligar a alguien a renunciar a un cargo que el pueblo eligió; por lo que, es posible interpretar sin que signifique pronunciamiento sobre el fondo que la norma busca la protección de quién ejerce la función de congresista y no la limitación de sus derechos fundamentales*"[13].

13 Si bien en el petitorio de la demanda hace referencia a dos pretensiones: una principal y otra subordinada, lo cierto es que del texto de las mismas no se advierte tal situación, sino que más bien las mismas tendrían por objeto una sola pretensión, a saber que se deje sin efecto la denegatoria ficta de la renuncia al cargo de congresista, se ordene que se acepte la misma sin más trámite y se declare la vacancia del cargo; y, en ese sentido, lo que si se advierte es que esta única pretensión se sustentaría o tendría como fundamentos dos argumentos o posibles soluciones jurídicas que el actor invoca de manera subordinada, es decir, en caso se desestime una tesis jurídica se opte por acoger otra.

Se admite la medida cautelar considerando que de no hacerlo, se estaría configurando un perjuicio irreparable al demandante por la duración del proceso y sobre todo, en hacer efectiva la tutela; máxime si se considera que la causa expresada en la renuncia al cargo de congresista, es la postulación como candidato a la Presidencia Regional de Arequipa.

III. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL COMO LÍMITE Y GARANTÍA

El objeto principal de la interpretación de las normas jurídicas es otorgarles un sentido. Dicha tarea adquiere mayor importancia, cuando se trata de la Constitución, dado que a través de ella se busca dar un sentido a las normas fundamentales que organizan la convivencia política de un país. Indistintamente de la jerarquía normativa que detenta la Constitución, adquiere mayor trascendencia los mecanismos utilizados para interpretar la misma, porque de su interpretación depende la vigencia de las demás normas, las cuales pueden quedar expulsadas de aquel ordenamiento debido a su inconstitucionalidad, como también puede generar la violación o desnaturalización de un derecho fundamental. En ese sentido, se hace importante cuidar los métodos de interpretación a utilizar al momento de entender los alcances del texto constitucional.

III.1. Los límites de la interpretación "contrario sensu"

La interpretación *"a contrario"* o *"contrario sensu"* es uno de los métodos de interpretación clásico en el Derecho, el mismo que busca optimizar el mandato contrario del texto analizado, pero considerando –a nuestro entender– que por medio del argumento *a contrario* lo que se rechaza es *cualquier otra hipótesis* distinta a la expresamente contemplada por el legislador y no solo la hipótesis contraria, sino también aquellas interpretaciones extensivas que vayan contra el texto originario a interpretar.

Son indeterminables los supuestos a utilizar para la interpretación *a contrario sensu,* pero indistintamente de los mismos, creemos que parten de puntos en común, como son: a) la *duda* respecto a si una hipótesis está o no incluida en la previsión legal, provocada por el silencio del legislador sobre la misma; b) la *presunción* de que ese silencio significa que la *voluntad*

del autor del texto ha sido excluir de la regulación legal toda hipótesis no expresamente mencionada[14].

En ese orden de ideas podemos establecer tentativamente parámetros para la interpretación *a contrario sensu*, los mismos que son:

a) ***El argumento a contrario sensu es considerado como un instrumento de una interpretación lingüística.*** Al realizar la actividad interpretativa por medio de un argumento, este no debe salir fuera del contexto lingüístico a interpretar, se circunscribe a un nivel estrictamente lingüístico y de interpretación exegética.

b) ***El argumento a contrario sensu que sirve para motivar o proponer la denominada "interpretación restrictiva".*** Es la suma de la interpretación literal, restrictiva y argumento *a contrario sensu* los mismos que se encuentran estrechamente relacionados. Mediante dicha interpretación se limita los significados posibles de un texto de tal forma que no todos los efectos sugeridos por la literalidad del texto o por otros datos extratextuales son adoptados.

c) ***El argumento a contrario sensu como condición frente al silencio de la ley.*** Si bien prima la interpretación lingüística esta nace de dos supuestos: a) el expresamente regulado por el legislador, y; b) el no mencionado por el legislador, pero que se desprende del texto y puede ser incluido dentro del contexto normativo. Se entiende que el límite es no extender los efectos de la interpretación a lo no expresamente recogido en el texto.

d) ***El argumento a contrario sensu basada en la presunta voluntad del legislador.*** Se pretende descubrir la voluntad del autor del texto mediante el análisis de sus palabras. Encuentra mayor fuerza persuasiva el hecho de ser fiel a la voluntad del autor del documento.

Bajo las premisas anteriores, cabe analizar qué tipo de interpretación *a contrario sensu* es la utilizada al interpretar el artículo 95° dándoles los alcances señalados en la sentencia del excongresista Valle-Riestra, la misma que señala:

14 Dicho razonamiento puede apreciarse del último párrafo del fundamento 2.1, de la Resolución N° 01-2014 del Exp. 03646-2014, tramitando ante el Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa, la misma que admite la Medida Cautelar presentada por el Congresista Marco Falconí.

Séptimo: Que, (…) el texto constitucional señala que el cargo de congresista es irrenunciable, está haciendo referencia a una prohibición de renunciar sin alegar causa alguna o incausada y que no basta la sola decisión del congresista de renunciar al cargo para que opere la misma. Del mismo modo, es aquella que entiende, *contrario sensu,* que sí es posible renunciar al cargo de congresista cuando exista una causa que justifique dicha decisión, y siempre y cuando dicha renuncia sea aceptada por el Congreso de la República.

- A nuestro entender y bajo una interpretación *a contrario sensu lingüística*, los alcances del artículo 95° son claros; al señalar la irrenunciabilidad del cargo de congresista como mandato expreso al ser una formula *in stricto sensu*, –entendiendo en ese sentido, que se busca proteger el ejercicio continuo e ininterrumpido de la función parlamentaria–, pero frente a ello, en una interpretación *a contrario sensu*, el mismo texto normativo *permite la aplicación de sanciones disciplinarias que conlleve a suspensión de funciones, pero que éstas no sean mayores a 120 días.*
- Al tenor de una interpretación *a contrario sensu restrictiva* podríamos señalar que el cargo de congresista es irrenunciable *pero si cabe "licencias" o "suspensiones" menores a 120 días*, por otro lado, también podríamos entender que *no son permisibles cualquier otro tipo de sanción excepto la disciplinaria que suspenda la función parlamentaria, pero menores a 120 días.*
- Finalmente, una interpretación *a contrario sensu frente al silencio de la ley*, la misma que a nuestro entender no es aplicable al ser una fórmula cerrada *in stricto sensu* y existir la excepcionalidad de la "suspensión" y por ende "la licencia" contemplada en el mismo contenido normativo, conlleva a que no haya vacío o silencio que interpretar; y dada la *intencionalidad del legislador* que busca proteger al parlamentario de presiones externas y garantizar su función permanente, podemos concluir que no aplicaría en ninguna forma una interpretación *a contrario sensu* que conlleve a interrumpir el mismo –salvo medida disciplinaria–, ni mucho menos a permitir renuncia alguna por motivo justificado o sin él, cayendo en ese sentido en una interpretación extensiva de la norma, cuyo riesgo siempre será el de desnaturalizar el mismo, por lo cual, no encontramos el razonamiento adecuado y sustentatorio al fallo otorgado en la sentencia acotada.

- El razonamiento interpretativo por el juez constitucional acotado, sería válido, si se interpretara la fórmula constitucional contemplada en las constituciones peruanas antecedentes a la Constitución de 1979, donde establecía la posibilidad de la renuncia al mandato parlamentario en caso de reelección, en dicho texto se abre la posibilidad a la renuncia por causa sobreviniente, más aún, expresa literalmente la posibilidad de renunciar, que posiblemente en una interpretación extensiva *"in bonam partem"*, podría albergar la posibilidad de renunciar para postular a otro cargo de representación popular.

III.2. La interpretación "pro homine" y sus límites

El principio *pro homine* es un principio de interpretación que entra en la categoría de los derechos humanos, estableciendo como máxime el acudir a la norma más amplia o la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e inversamente a la norma, o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria[15]. Dicho principio responde principalmente a los derechos humanos, como es estar siempre a favor del hombre.

Si bien es cierto los derechos fundamentales merecen todo tipo de protección, estos también admiten restricciones, las mismas que deben establecerse con arreglo a ciertos requisitos de forma –que atañen a los medios a través de los cuales se manifiestan– y a condiciones de fondo representadas por la legitimidad de los fines que, con tales restricciones, pretenden alcanzarse.

Tales pautas se desprenden del artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la misma que dispone "*en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática*".

Esta regla se ha ido incorporando –con una terminología y alcance variado– a algunos tratados de alcance general, como el Pacto Internacional

15 EZQUIAGA GANUZAS, Javier. El argumento a contrario en la jurisprudencia constitucional. *Anuario de filosofía del Derecho,* N° 3, 1986, p. 156.

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[16], la Convención Americana sobre Derechos Humanos[17], el Convenio Europeo[18] y la Carta Africana[19].

Bajo la percepción del derecho convencional e identificada la exigencia de una ley en sentido formal, al momento de restringir derechos fundamentales, recogemos el parámetro establecido por la Corte Interamericana que señala "solo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona"[20].

En ese sentido, la restricción contenida en el artículo 95° de la Constitución encuentra sentido y fundamento, al ser establecida por el órgano competente (Asamblea Constituyente y Congreso Constituyente), en instrumento normativo de mayor jerarquía como la Constitución, con fin u objeto lícito –el de proteger la libre función y permanencia del mandato parlamentario–, además, producto de ello se materializan dos derechos en ejercicio de su labor parlamentaria. Por un lado, se materializa el "*derecho de elegir*" de quienes votaron por el parlamentario electo y, por otra parte se ejerce el "*derecho de ser elegido*" y las prerrogativas que ello conlleva, lo cual, no solo se materializa en los derechos u obligaciones que genera la función, sino también acepta las restricciones impuestas por la propia Constitución.

16 Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, Caso: Colegiación obligatoria de periodistas, Art. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

17 **Art. 4:** "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática".

18 **Art. 30:** "Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas". Por otra parte, el art. 32.2, relativo a la correlación entre deberes y derechos, expresa que "los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

19 **Art. 18:** "Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades, no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para lo cual han sido previstas".

20 **Art. 27.2:** "The rights and freedoms of each individual shall be exercised with due regard to the rights of others, collective security, morality and common interest".

En ese orden de ideas, la interpretación del artículo 95° conforme con la dignidad de la persona y el respeto de los derechos fundamentales[21], encontraría en el *principio pro homine* su base fundamental, pero la propia doctrina, la jurisprudencia constitucional y el propio derecho convencional han establecido que las restricciones pueden ser permitidas, más aún, cuando las mismas son previas a la asunción del mandato parlamentario, convirtiendo la supuesta restricción en "*una garantía*".

III.3. La interpretación constitucional

La tarea de interpretar la Constitución es muy delicada, ello a razón de la importancia del cuerpo constitucional y de la trascendencia del mismo, por lo que no podemos olvidar que la doctrina admite la existencia de principios interpretativos. Como bien señala Hesse y materializa el Tribunal Constitucional en sus sentencias, debe reconocerse la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, así como también la posibilidad de que sea objeto de interpretación[22].

"La interpretación de la Norma Fundamental debe efectuarse apelando a determinados principios constitucionales. En primer lugar, al principio de unidad de la Constitución (…). En segundo lugar, al principio de concordancia práctica (…). En tercer lugar, al principio de corrección funcional (…). En cuarto lugar, al principio de función integradora (…) Y, finalmente, apelando al principio de fuerza normativa de la Constitución"[23].

En ese sentido, si analizamos el contenido del artículo 95º de la Constitución podemos señalar lo siguiente:

- ***El principio de unidad de la Constitución*[24]:** Bajo este precepto, al interpretar el artículo 95º de la Constitución, no debe hacerse bajo una singularidad del mismo, dado que la Constitución es una pluralidad normativa que forma una unidad de conjunto y de sentido. En consecuencia, el artículo 95º debe interpretarse en concordancia –no solo con el artículo 2° incisos 15 y 23º (libertad de trabajo) y el

21 **CORTE IDH,** Opinión Consultiva OC-6/86, La expresión "leyes" en el artículo 30° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", del 9 de mayo de 1986, Serie A, nº 6, párrafo 37.

22 Considerando Séptimo de la Sentencia Exp. 30303-2008 a favor de Javier Valle-Riestra.

23 Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. Nº 5854-2005-PA/TC, fundamento 12.

24 Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. Nº 5976-2006-PA/TC, fundamentos 17-20.

INDICE

artículo 31º (derecho a elegir y ser elegido) como antojadizamente se ha hecho, sino que debe considerarse también los artículos 38º (deberes como peruano) y el artículo 92º (incompatibilidad del congresista), para una adecuada interpretación.

- ***El principio de concordancia práctica***[25]**:** Para entender los alcances del artículo 95º cabe reconocer que el mismo establece la restricción de renunciar al mandato parlamentario dentro del propio texto normativo, es decir, no es una "*restricción sobreviniente*" sino "*pre existente*", de modo que el ciudadano que en ejercicio del artículo 31º asume la condición de parlamentario, encuentre desde el inicio la restricción de renunciar a dicha condición, ello, en el caso del congresista acotado, desde antes de tener la intención de postular al parlamento. Una interpretación contraria conllevaría a desconocer lo establecido en el artículo 38º que obliga a todo ciudadano a respetar, cumplir y defender la Constitución y por ende el ordenamiento jurídico nacional. Por otra parte, se desprende de la propia Constitución la posibilidad de restringir los derechos fundamentales, la misma que está contemplada de la interpretación del artículo 2º inciso 24 a.
- ***El principio de corrección funcional***[26]**:** De la interpretación realizada por el juez en el Exp. N° 30303-2008 y recogida posteriormente en la resolución que admite la medida cautelar en el Exp. N° 03646-2014 acotada líneas arriba, podemos apreciar que el juez va más allá de su función realizando una interpretación temeraria, puesto que al desnaturalizar el contenido del artículo 95º de la Constitución, irrumpe en la competencia del Parlamento, ordenando se someta como primer punto en el Orden del Día del Pleno del Congreso resolver dicho pedido de renuncia, al igual que irrumpe en la competencia

25 Conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un "todo" armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto. Exp. Nº 5854-2005-PA/TC, Fj. 12.A.

26 En virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta "optimizando" su interpretación, es decir, sin "sacrificar" ninguno de los valores, derechos o principios concernidos, y teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución). Exp. Nº 5854-2005-PA/TC, Fj. 12.B.

del Jurado Nacional de Elecciones, al ordenar la inscripción de la candidatura a la presidencias del Gobierno Regional, situaciones que exceden las competencias otorgadas al juez.

- ***El principio de función integradora***[27]**:** La interpretación *a contrario sensu,* extensiva de principio del artículo 95º de la Constitución, realizada inicialmente por el juez constitucional ha generado un conflicto interinstitucional, entre el Congreso de la República, el Jurado Nacional de Elecciones y el Poder Judicial, más aún, ha conllevado a la afectación del artículo 2º inciso 17 y el artículo 31º de la Constitución, para aquellos ciudadanos que encuentran en la candidatura del congresista un trato preferencial, frente a la correcta aplicación e interpretación de la normativa electoral y constitucional.
- ***El principio de fuerza normativa de la Constitución***[28]**:** Dicho principio encuentra su desarrollo en el principio de jerarquía normativa, el mismo que nos lleva a tomar la Constitución como norma fundamental. El desnaturalizar el artículo 95º de la Constitución, tiene como efecto la creación de desestabilidad en las normas de desarrollo constitucional, generando que existan "*vacíos normativos" y "lagunas de derecho*", que naturalmente van a generarse frente a una situación *no contemplada y sí forzada* del propio texto constitucional, no siendo el fin de la interpretación constitucional el enfrentamiento normativo vertical (norma superior a norma inferior) como corolario de la protección de un derecho fundamental.

IV. LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como bien lo ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, los derechos fundamentales no son absolutos y los mismos permiten restricciones, cuando tal limitación se halle razonablemente justificada, hecho que debe encontrar apoyo explícito en la Constitución o bien pueda extraerse

27 Este principio exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que, el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado. Exp. Nº 5854-2005-PA/TC, Fj. 12.C.

28 El "producto" de la interpretación solo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de estos con la sociedad. Exp. Nº 5854-2005-PA/TC, Fj. 12.D.

implícitamente de esta[29], en cuanto responde a la "necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos.

IV.1. De los derechos fundamentales invocados y la "supuesta" lesión

Al revisar la demanda de amparo presentada por el congresista Falconí, vemos que la interpretación exegética del artículo 95º de la Constitución lesiona su "*derecho de ser elegido*", dado que, al entenderse en forma literal la restricción de "irrenunciabilidad del mandato parlamentario" se le estaría impidiendo postular a las elecciones municipales y regionales del presente año.

Al respecto, cabe recordar que la existencia de una norma imperativa que condicione la conducta de los ciudadanos puede aparecer *prima facie* como una limitación, pero si después de una rigurosa interpretación, resulta que no afecta a los derechos, su validez sería incuestionable, dado que no hay que pensar que toda conducta se halla en principio amparada por un derecho.

Si bien el artículo 32º de la Constitución reconoce el "derecho a ser elegido" y el artículo 2º Inc. 15 y artículo 23° el derecho a la *"libertad de trabajo"*, estos no pueden verse limitados por una interpretación literal del artículo 95º de la Constitución, dado que no pueden inventarse límites a los derechos donde la Constitución a tutelado ciertas esfera de actuación, no cabe introducir nuevas restricciones que directa o indirectamente no formen parte de lo requerido o permitido por la propia Constitución. Si bien *a priori* se pretende interpretar el artículo 95º con los artículos 2º Inc. 15 y artículo 32º para obtener un resultado positivo a los fines que pretende el congresista (renunciar al mandato parlamentario), también puede hacerse el mismo ejercicio interpretativo con los artículos 38º y 92º. El resultado de dicha interpretación sistemática sería que el mandato parlamentario es irrenunciable e incompatible con el ejercicio de cualquier otra función pública, siendo el deber de todos los peruanos (incluidos los

29 La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no solo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto. Exp. Nº 5854-2005-PA/TC, Fj. 12.E.

parlamentarios) respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

Sobre la lesión a derechos fundamentales como es el derecho a *"ser elegido"*, a nuestro entender *dicho derecho no se ve lesionado en ninguna forma*, dado que *dicho derecho está siendo ejercido en la actualidad* por el parlamentario al ejercer el *"mandato de representación"* reconocido en el artículo 93º del propio texto constitucional. En ese sentido, no existe una lesión externa al derecho acotado al no darse impedimento en el cumplimiento de la función parlamentaria, siendo el *"mandato de representación"* el resultado del *"derecho a ser elegido"*. En ese orden de ideas, si no existe una afectación que lesione el derecho fundamental y no podríamos sustentar una teoría de una autolesión al propio derecho fundamental, podemos concluir que no existe la afectación invocada.

Respecto a la violación al derecho de *"libertad de trabajo"* (Art. 2° inciso 15 y artículo 23°) y el derecho a la no sujeción a relación laboral que limite los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador, podemos señalar que dicha premisa responde a una errónea interpretación de los alcances del artículo 95º, dado que la supuesta restricción es *preexistente* y no *sobreviniente*, generando así la aceptación del parlamentario a la misma al momento de postular al cargo de congresista de la República.

IV.2. La constitucionalidad de las restricciones

Como bien hemos señalado, todo derecho es pasible de ostentar límites. Respecto al artículo 2º, inciso 24, literal a) de nuestra Constitución, se desprende que toda limitación a un derecho fundamental debe provenir de una ley. Así también lo ha reconocido la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 32º, inciso 2, que contempla lo siguiente:

"[…] Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática"; y en su artículo 30 sostiene que *"Las restricciones permitidas, de acuerdo con ésta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas"*.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostiene que "(...) no es posible interpretar la expresión leyes, utilizada

en el artículo 30º de la Convención Americana, como sinónimo de cualquier norma jurídica" y que la "(...) expresión leyes (...) no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado"[30]. Al amparo de la normativa convencional, cabe la restricción de un derecho fundamental, si la misma es reconocida por ley y bajo el cumplimiento de los cánones legales respectivos.

Por ello, el derecho a "*ser elegido*" en tanto derecho fundamental, no es ajeno a limitaciones establecidas por ley; más aún, cuando la limitación a tal derecho, encuentra amparo en la propia Constitución, donde se busca garantizar la "función parlamentaria" frente a terceros en la medida que se desarrolla en el marco social, justificándose las limitaciones al ser una limitación preexistente. Si entendemos que tal restricción resguarda la "función parlamentaria", esta se manifiesta en beneficio de todos los ciudadanos. Además, en el caso *in comento*, la restricción también se materializa en la normatividad electoral, la misma que no contempla la posibilidad de la elección de un congresista en comicios electorales durante su mandato.

Situaciones similares en la restricción de derechos fundamentales por ejercicio de labor funcional, no solo se ha visto en forma exclusiva en la labor parlamentaria, tal condición se ha dado en la labor de los Ejecutores Coactivos. Así lo entendió el Tribunal Constitucional al momento de resolver dicha situación en la STC Nº 02235-2004-AA/TC, donde sostuvo, que dichos profesionales deben cumplir con las exigencias del artículo 7°, inciso 2 de la Ley Nº 26979, esto es, a dedicación exclusiva y a tiempo completo en la labor de ejecutor, aun cuando ello limita su derecho al libre ejercicio profesional, justificando ello porque:

"[…] Tales restricciones se derivan de la propia naturaleza de la función que desempeña el Ejecutor Coactivo, […] en esa medida, la necesidad de evitar colusiones ilegales, favorecimientos indebidos, u otros de naturaleza análoga, que pongan en peligro los deberes del ejercicio del cargo para con el órgano de la administración, la comunidad y el Estado, tornan razonable una medida como la contemplada en el artículo 7, inciso 2 de la Ley Nº 26979".

30 Para mayor información, véase: MARTÍNEZ-PUGALDE, Antonio Luis. *La Garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 22.

El Tribunal Constitucional, en diversas oportunidades, se ha pronunciado sobre la base del principio general de libertad, que el ser humano en principio es libre para realizar todo aquello que no esté prohibido en virtud de una ley, ni obligado de hacer aquello que la ley no manda. En ese sentido, si bien las limitaciones a los derechos fundamentales solo pueden establecerse respetando el principio de legalidad, la interpretación de una limitación legalmente impuesta, deberá además, realizarse en términos necesariamente restrictivos, encontrándose vedada la interpretación analógica, "*in malam partem*", de las normas que restrinjan derechos.

Puede darse el caso, donde el legislador no haya afirmado expresamente una restricción a un derecho fundamental, no siendo ello obligatorio al momento de legislar, opinión que comparte y desarrolla el Tribunal Constitucional en el caso acotado, cuando valida la misma al constatar que detrás de la disposición limitativa del derecho a ejercer libremente la profesión de quienes tienen la condición de Ejecutores Coactivos se encuentra el principio constitucional de buena administración, implícitamente constitucionalizado en el Capítulo IV del Título I de la Constitución[31].

Si bien es aceptable la restricción de derechos fundamentales como medio para lograr la buena marcha de la administración pública, podemos entender también, que dicha restricción opera también para los congresistas, para quienes, de acuerdo con el tercer párrafo del artículo 92° de la Constitución, su cargo es incompatible con la condición de gerente, apoderado, representante, mandatario, abogado, accionista mayoritario o miembro del directorio de empresas que tienen con el Estado contratos de obras, de suministro o de aprovisionamiento o que administran rentas públicas o prestan servicios públicos. A ello se suma el caso de los jueces, quienes tampoco pueden actuar como abogados, salvo casos muy excepcionales contemplados en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El mandato parlamentario está relacionado a la esfera de la función pública y en virtud de ello, tales restricciones se derivan de la propia naturaleza de la función que desempeña el parlamentario. Consideramos entonces que la medida limitativa del derecho a "*ser elegido*" por el carácter de "*irrenunciabilidad*" del mandato parlamentario satisfaga las exigencias del principio de proporcionalidad, pues como se ha visto se trata de una medida: a) idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo; b) necesaria porque no se ha acreditado otro medio menos aflictivo para

31 Opinión Consultiva 6/86, párrafo. 26

INDICE

conseguir el mismo fin, ni consideramos que la opción adoptada por el legislador importe un sacrificio excesivo o innecesario, sobre el derecho limitado; y, c) los perjuicios que genera sobre el derecho afectado no son superiores al interés que se persigue satisfacer.

V. LA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL

Como bien reconoce Häberle[32], los derechos fundamentales no pueden ceder ante las *"leyes generales"* o frente a la *"norma constitucional"*, aunque ello no signifique que posean una primacía absoluta frente a las mismas. Los derechos fundamentales y las normas ordinarias y constitucionales están en una recíproca relación; por un lado, en la interpretación de un derecho fundamental hay que tomar en consideración los valores jurídicos protegidos a través de las leyes generales y constitucionales; y por otro, en la revisión del efecto limitador de las leyes acotadas sobre los derechos fundamentales hay que tener en cuenta el especial contenido axiológico del derecho fundamental en cuestión.

Robert Alexy indica que de darse restricciones a los derechos fundamentales en concordancia con la Constitución, no siendo estas válidas, *"por normas que no son elemento constitutivo del orden constitucional, es decir, que no son formal y materialmente acordes con la Constitución"*[33]. En ese sentido, agrega más adelante el mismo autor:

"una norma puede ser una restricción de derecho fundamental solo si es constitucional. Si no lo es, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención pero no de una restricción. Con esto, puede fijarse ya una primera

32 En la sentencia acotada, el Tribunal Constitucional, señala que los funcionarios y trabajadores públicos no solo sirven y protegen al interés general, pues "están al servicio de la Nación", siendo, que dicho servicio de modo transparente, siendo que el Estado debe prever los medios organizacionales, procedimentales y legales destinados a evitar que determinados funcionarios y trabajadores públicos, con poder de decisión o influencia en la toma de decisiones trascendentales para la buena marcha de la administración, puedan encontrarse restringidos en mayor medida que otros servidores públicos en el ejercicio de determinados derechos fundamentales.

33 HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la Ley. Dykinson, Madrid, 2003, p. 143.

característica: las normas son restricciones de derechos fundamentales solo si son constitucionales[34].

Bajo esta perspectiva y considerando lo dicho por Alexy, solo la Constitución puede permitir la imposición de limitaciones a los derechos, para lo cual podemos considerar dos clases de restricciones de los derechos fundamentales[35]:

a) Restricciones directamente constitucionales

Dichas restricciones son de *rango constitucional*. Para tal caso, la cláusula restrictiva consta en la propia Constitución, sin existir delegación a otra autoridad o persona para imponer tales limitaciones.

Identificar dichas restricciones directamente constitucionales son bastante evidentes, por ejemplo, podemos avizorar de nuestra carta constitucional que la libertad de conciencia y religión (Art. 2º Inc. 3) reconoce como limitación el respeto a la moral y el orden público, el derecho a solicitar sin causa información que requiera (…) (Art. 2º Inc. 5) que reconoce como limitación que dicha información no atente contra la intimidad o la seguridad nacional. Por su parte, el derecho a la inviolabilidad de domicilio tiene como limitación el flagrante delito o muy grave peligro de cometerse delito, mientras que la libertad de asociación se ve restringida, al prohibirse las asociaciones contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional por nombrar algunos casos. Todas estas restricciones tienen un reconocimiento constitucional directo.

Por otro lado, podemos identificar también en el texto constitucional otros casos donde la calidad de las limitaciones directamente constitucionales, es menos nítido, ello lo podemos apreciar cuando en la Constitución se hace referencia a los *"derechos de terceros"* como restricción al ejercicio de un determinado derecho. En tal caso, la limitación será directamente constitucional cuando los derechos que generan una restricción respecto de otra, tienen consagración constitucional, en caso contrario, serán limitaciones solo indirectamente constitucionales[36].

34 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 270.

35 Ídem. p. 272

36 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. cit., pp. 276-286.

b) Restricciones indirectamente constitucionales

Dichas restricciones son impuestas y autorizadas por la Constitución, es decir, no se trata de restricciones expresamente establecidas en la Constitución, sino que es la que genera competencia en favor de la ley u otro tipo de norma, para que sean ellas las que impongan la limitación respectiva.

En ese sentido, señala el profesor Robert Alexy:

"la competencia para imponer restricciones indirectamente constitucionales se expresa de manera clarísima en las cláusulas de reserva explícitas", siendo estas últimas *"aquellas disposiciones iusfundamentales o partes de disposiciones iusfundamentales que autorizan expresamente intervenciones, restricciones o limitaciones"*[37].

En nuestra Constitución, existen variedad de cláusulas de reserva explícitas, por medio de las cuales se habilita especialmente a la ley para generar restricciones a determinadas garantías, sin dejar de lado también, la autorización a determinadas autoridades administrativas e incluso a jueces y particulares para restringir derechos fundamentales en ejercicio de su función o fines de cometido.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como bien hemos desarrollado reiteradamente, los derechos fundamentales no son absolutos y de darse restricciones estas deberán ser debidamente justificadas y ser proporcionales al contenido constitucional. En ese sentido, el hecho de que las limitaciones sean justificadas, quiere decir que deben tener una causa o motivo jurídico concreto, susceptible de ser comprendido y por lo mismo de ser revisado. Por otra parte, deben ser razonadas y razonables y en ningún caso arbitrarias o caprichosas.

Es entendible que las restricciones puedan provenir en la necesidad de dar protección a otros derechos[38] o bien a intereses y valores comunes a la sociedad. La necesidad de justificar las limitaciones a los derechos emana como consecuencia de la circunstancia que ellas son por

37 TÓRTORA ARAVENA, Hugo. "Las limitaciones a los Derechos Fundamentales". *Estudios Constitucionales,* Año 8, N° 2, 2010, pp. 167 - 200.

38 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Ob. cit., 282.

naturaleza excepcionales y para que sean válidas deberán estar amparadas en criterios de razonabilidad.

En el supuesto que sea aceptable la renuncia de un congresista frente a la vulneración de un derecho fundamental como consecuencia de la aplicación del artículo 95° de la Constitución, se tendría que demostrar indubitablemente, que la aplicación de este artículo constitucional a un caso concreto resulta desproporcionada, llevándonos a analizar la restricción, recogiendo para tal caso el apotegma establecido por Alexy, "*cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debería ser la importancia de la satisfacción del otro*"[39].

De dar por válida la interpretación *"a contrario sensu y extensiva"* realizada por el juez constitucional que emite el fallo *in comento*, no solo se estaría validando la desnaturalización del propio texto constitucional, sino que se estaría dando pie a poder interpretar diversos artículos de la Constitución bajo el argumento de la "*protección de derechos fundamentales*". En el caso del Poder Legislativo, podría permitírseles las prohibiciones a los parlamentarios o darse por inválidas las incompatibilidades reseñadas en el artículo 92° por ser atentatorias con los derechos vulnerados en el artículo 2°, inciso 15 y el artículo 23°, además de los derechos de "libertad de empresa" (Art. 59°) y "libertad de contratar" (Art. 62°) y demás derechos contemplados en la Constitución, pero que por ejercicio de la función puedan contravenir al mandato parlamentario.

De tomarse como antecedente el caso del excongresista Javier Valle-Riestra –y no por ello lo damos por válido-, la justificación y motivación para que el juez interpretara la Constitución en la forma que la hizo, fue la de proteger un derecho vital para el ser humano como es el *"derecho a la salud"* priorizando en ese sentido una interpretación *"pro homine"* a favor del recurrente, principio que no puede ser aplicado al caso *in comento*, dado que la motivación del congresista Marco Tulio Falconí Picardo para renunciar al mandato parlamentario, no tiene como motivación el cuidado de su salud, sino la de postular a otro cargo de elección popular, desnaturalizando así, su propio mandato de representación vigente.

39 Podemos citar el derecho al acceso de información a cualquier entidad pública, contemplado en el Art. 2º Inc. 5. Reconoce el derecho a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional. (…).

Si bien es cierto, la restricción puede ser sujeta a debate en torno a su eficacia en la actualidad, creemos que la mejor solución para corregir tal situación no es la interpretación *a contrario sensu extensiva* de la Constitución, sino hace falta una reforma Constitucional. Por otro lado, de darse el caso de condiciones que imposibiliten el cumplimiento del mandato parlamentario tales como salud, deslegitimación social u ocio legislativo, entendemos que la solución a dichos problemas se contempló en anteriores constituciones, al establecerse la renovación parlamentaria por tercios o mitades, propuesta que fue tomada y materializada en diversas iniciativas legislativas en el periodo parlamentario de 2006-2011.

Por otro lado, si por algún caso diéramos por válida la interpretación acotada por el juez constitucional citado, entenderíamos que el mismo debería tener un criterio integrador al momento de interpretar la Constitución, ello podría materializarse al considerar en su argumentación que si bien para efectos normativos en algunos casos se ha equiparado la jerarquía de los ministros con el de los parlamentarios, cabe también, que se equiparen las restricciones en relación con el marco normativo electoral, pese a que la norma no contempla tal situación, pero por ningún caso podríamos considerar un trato desigual o diferenciador, cuando por práctica normativa se ha homogenizado ambas funciones. En ese sentido, el congresista acotado en el caso descrito, debería sujetarse a la normatividad electoral, con las restricciones de función contempladas y con las incompatibilidades que se desprendan de darse resultado electoral favorable, siendo utópica tal situación podríamos afirmar que estamos frente a una posible infracción constitucional.

Miraflores, primavera de 2014

EFECTOS DE LA VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL VINCULANTE EN MATERIA DE BONIFICACIONES ESTATALES

*Eduardo J. Meza Flores**

I. INTRODUCCIÓN

Es conocida la importancia que ha asumido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional –tanto de su jurisprudencia vinculante (Art. VI del T.P. del Código Procesal Const.) como de la jurisprudencia constitucional vinculante (Art. VII del T.P. del mismo código adjetivo)– principalmente desde la vigencia del Código Procesal Constitucional, no solo en el ámbito de los procesos constitucionales sino también en la resolución de los procesos contencioso administrativos, que incluso son recogidas en las casaciones de la Corte Suprema de la República.

Al respecto, es oportuno mencionar que en materia de bonificaciones en las que se reclamaba por los servidores estatales la inadecuada aplicación de la disposición legal que las otorgaba, estos interponían inicialmente procesos de amparo o de cumplimiento en contra de la Administración pública, los que eran resueltos en muchos casos en última instancia por el Tribunal Constitucional, quien estableció doctrina jurisprudencial que después era variada por otra o por precedentes vinculantes, lo que ha originado cierto

* Doctor en Derecho, docente de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa.

INDICE

desconcierto entre los operadores jurídicos –principalmente en la Administración pública– respecto a su aplicación en el tiempo. Es decir, este nuevo criterio ¿debe aplicarse a partir de la nueva doctrina o precedente vinculante o desde que se produjo la "inadecuada" aplicación de la disposición legal? ¿Cuáles serían los probables efectos?

Cabe mencionar que estas mismas materias que se reclamaban –y en algunos casos aún se reclaman– a través de los procesos constitucionales, actualmente son interpuestas ante los juzgados competentes en materia contenciosa administrativa, quienes usualmente aplican la jurisprudencia que al respecto expide el Tribunal Constitucional.

En este breve trabajo planteamos el problema a partir de un caso concreto que nos brinda una idea así como esbozamos una respuesta primigenia a tal situación, todo ello con la finalidad de generar reflexiones acerca de la importancia y trascendencia que en el ámbito laboral público y pensionario se está generando y sobre todo, en el presupuesto nacional.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES EN EL TIEMPO

2.1. El principio de legalidad y su importancia en la Administración pública

El principio de legalidad es uno de los más importantes que rigen el desempeño de toda la Administración pública tanto en su aspecto formal como material; constituyéndose, además, en una garantía para los administrados y la ciudadanía en general al establecer los límites de lo que la Administración puede o no hacer a través de sus autoridades, funcionarios y servidores públicos, quienes se hallan sujetos al ordenamiento jurídico, especialmente a la Constitución, a la ley y al derecho[1]. Para el Tribunal Constitucional, el principio de legalidad "en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución"[2].

De manera tal que las autoridades, funcionarios y servidores públicos deben respetar y cumplir la Constitución, la ley y el derecho; sin embargo,

1 En este sentido el artículo IV del T.P. de la Ley Nº 27444 señala que por el principio de legalidad las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

2 FJ Nº 6 STC Nº 3744-2004-AA/TC.

debe resaltarse que conforme lo establece la propia Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la Administración pública no tiene la atribución de aplicar control difuso, la que corresponde a quienes ejercen realmente jurisdicción en sentido estricto conforme a la Constitución, tales como, por ejemplo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional[3].

Desde esta perspectiva, si una ley formalmente emitida determina que a los trabajadores del sector público que se encuentran en un determinado supuesto de hecho les corresponde cierta bonificación, el funcionario público encargado de su cumplimiento –que no necesariamente es abogado- debe cumplir con tal ley no pudiendo vía interpretación determinar si debe o no cumplir con lo ordenado legalmente en aplicación del control difuso o porque esta bonificación no es tan beneficio como otras, por lo que no aplica ésta sino la otra bonificación aun contra prohibición legal expresa; de hacerlo estaría infringiendo el principio de legalidad incurriendo en responsabilidad funcional.

2.2. Los efectos en el tiempo de las sentencias constitucionales

Las sentencias constitucionales han de producir efectos en las personas, pero también en el tiempo, siendo necesario efectuar algunas disgregaciones.

3 En un primer momento el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia determinó que la Administración pública no se encontraba facultada para aplicar control difuso. Posteriormente, consideró que sí era una atribución de toda la Administración pública y luego el Tribunal apreció que en aplicación de los artículos 51 y 38 de la Constitución, la facultad de aplicar el control difuso era atribución de la Administración pública, como se señalaba expresamente en el precedente vinculante contenido en la STC N.° 3741-2004-AA/TC, publicada el 11 de octubre del 2006; pero no de toda la Administración pública sino de determinados órganos colegiados dependientes del Poder Ejecutivo debiendo cumplirse con determinados requisitos. Sin embargo, mediante precedente vinculante contenido en la STC Nro. 04293-2012-PA/TC se dejó sin efecto este precedente vinculante; señalándose que ello no deja sin efecto las obligaciones derivadas de los artículos 38º, 44º y 51º de la Constitución, tanto para los ciudadanos como para la Administración pública, en lo que sea pertinente en cada caso concreto (F.J. 35). En este último precedente, el Tribunal remarca que los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales ni tampoco forman parte del Poder Judicial, por lo que no les corresponde ejercer esta importante atribución.

a. La sentencia en los procesos constitucionales de amparo y cumplimiento

La sentencia que se expide en un proceso constitucional puede ser considerada sencillamente como el acto procesal emitido por un órgano jurisdiccional especializado que da término a un proceso constitucional.

En el caso del proceso de amparo la sentencia tiene como finalidad proteger el derecho constitucional reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o a la amenaza de violación de tal derecho; y en el caso del proceso de cumplimiento, la finalidad es proteger derechos constitucionales disponiendo el cumplimiento del mandato legal o de un acto administrativo (Art. 1 del C.P. Const.)

b. La jurisprudencia vinculante y el precedente constitucional vinculante

Al respecto la jurisprudencia constitucional vinculante –doctrina jurisprudencial vinculante[4]– se encuentra regulada por el artículo VI último párrafo del Código Procesal Constitucional concordante con la Primera Disposición Final de la Ley N° 28301. De acuerdo a tales disposiciones los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

Por otro lado, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se refiere al precedente constitucional vinculante

4 Es importante indicar que también se suele hacer mención al concepto de "doctrina jurisprudencial". Sobre el particular, para Ramón Punset tal concepto tendría el siguiente significado en el contexto español: "… Se puede hablar con toda propiedad de una 'doctrina jurisprudencial' del Tribunal Constitucional, en cuanto éste es supremo intérprete de la Constitución. Tal doctrina jurisprudencial (aquella que cabe abstraer de su interpretación esencial de la Ley Fundamental en todo tipo de procesos constitucionales o, si se quiere, de la *ratio decidendi* de sus pronunciamientos de fondo), a diferencia de la prevista en el artículo 40.2 LOTC, no integra el ordenamiento, sino que lo 'complementa' (siempre que sea 'reiterada'), al igual que sucede con la doctrina del Tribunal Supremo".(Ramón Punset, *Doctrina Constitucional y órganos judiciales*, en *Revista española de derecho constitucional*, Año 16, Nro. 46, enero abril de 1996; Pg. 288).

estableciendo que las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo; pero si el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, deberá expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

En atención a lo expresado por el Tribunal Constitucional en la STC N.º 3741-2004-AA/TC tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen coincidentemente la característica de su efecto vinculante, pero la primera solo para los jueces y la segunda, para todos; siendo el precedente una técnica para la ordenación de la jurisprudencia, permitiendo, al mismo tiempo, que el Tribunal ejerza un poder normativo con las restricciones que su propia jurisprudencia deberá ir delimitando paulatinamente (STC. Nro. 01333-2006-PA/TC).

A partir de la sola lectura de las disposiciones indicadas se aprecian diferencias entre jurisprudencia constitucional vinculante y precedente constitucional vinculante, fundamentalmente por sus efectos. Así, para el Tribunal Constitucional, la jurisprudencia constitucional vinculante establece criterios uniformes mantenidos en resoluciones del Tribunal, vinculando solo a los jueces del Poder Judicial y las reglas vinculantes quedan sujetas a la distinción entre *obiter* y *ratio*. Mientras que el precedente constitucional vinculante implica el empleo del poder normativo general del Tribunal Constitucional –obligando no solo a jueces sino a todos–, cuyo carácter vinculante general brinda mayor predictibilidad. Entre ambas, existen diferencias de grado. Sin embargo, al no ser materia de este trabajo profundizar sobre esta temática, no efectuaremos un análisis sobre el particular, siendo lo señalado suficiente para nuestro objetivo.

c. Efectos en el tiempo de las sentencias constitucionales

Tanto para la doctrina como para la jurisprudencia las sentencias constitucionales producen efectos personales como temporales. Los efectos personales comprenden directamente a las partes intervinientes en el proceso como indirectamente a la ciudadanía en general, cuando se trata especialmente de un precedente vinculante.

En cuanto a los efectos en el tiempo se señala que pueden ser de aplicación diferida en el caso de las sentencias con *vacatio setentiae*; con efecto diferido en el caso de las sentencias exhortativas y en sentencias

con precedente vinculante de eficacia diferida. Pero para nuestro estudio nos interesa aquella otra, que considera a las sentencias por su efecto en el tiempo en retroactivas e irretroactivas, para cuyo fin consideraremos los fundamentos expresados en la STC N° 0024-2003-AI/TC:

- Tratándose de sentencias expedidas en procesos de inconstitucionalidad, cumplimiento y conflictos competenciales, en inicio, se aplican con efectos irretroactivos; es decir, tienen alcances *ex nunc*.
- Por otro lado, en el caso de sentencias recaídas en procesos de hábeas corpus, amparo y hábeas data se aplican con efectos retroactivos; por cuanto su objeto es reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho constitucional, teniendo alcances *ex tunc*.
- Si se trata de sentencias expedidas en los procesos de inconstitucionalidad, cuando se refieran a la existencia de violación de los principios constitucionales tributarios contenidos en el artículo 74° de la Constitución Política del Perú de 1993, deben contener la determinación sobre sus efectos en el tiempo; lo que también deberá efectuarse respecto de las situaciones judiciales durante la vigencia de la norma declarada inconstitucional. Por ende, es probable que se establezca la aplicación del principio de retroactividad, pudiendo tener efectos *ex tunc* (Ej. STC N.° 009-2001-AI/TC). Igual efecto tendrá en materia penal cuando favorece al reo en concordancia con el artículo 103° de la Constitución.

En el caso específico del precedente vinculante, de acuerdo al Tribunal Constitucional este tiene efectos similares al de una ley.

> *"Es decir, la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos (…) En puridad, la fijación de un precedente constitucional significa que ante la existencia de una sentencia con unos específicos fundamentos o argumentos y una decisión en un determinado sentido, será obligatorio resolver los futuros casos semejantes según los términos de dicha sentencia" (STC. N° 0024-2003-AI/TC).*

Desde tal perspectiva, si el precedente tiene efectos similares de una ley y de acuerdo al artículo 103° de la Constitución Política del Perú la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece

al reo; entonces puede concluirse que el precedente vinculante se rige por el principio de aplicación inmediata, no teniendo fuerza ni efectos retroactivos, sino en materia penal cuando favorece al reo y cuando se trate de la violación de principios tributarios, conforme se desarrolló anteriormente.

2.3. Cuando se sustituye una jurisprudencia o un precedente vinculante en materia de bonificaciones estatales, ¿desde qué momento surte efectos tal sustitución?

A fin de poder comprender de mejor manera el problema, plantearemos un ejemplo: el pago de la bonificación establecida por el artículo 2 del D.U. Nº 037-94 que ha ocasionado la interposición de miles de demandas de amparo y de cumplimiento a nivel nacional –y también en la vía contenciosa administrativa– desde hace varios años generando la expedición de doctrina jurisprudencial y de hasta un precedente vinculante.

El Art. 1 del D.S. Nº 019-94-PCM publicado el 30/03/1994 determina que a partir del uno de abril de 1994 se otorga una bonificación especial a los profesionales de la salud y docentes de la carrera del Magisterio Nacional de la Administración Publica, así como a los trabajadores asistenciales y administrativos de los Ministerios de Salud y Educación y sus Instituciones Públicas Descentralizadas, Sociedades de Beneficencia Pública, Unión de Obras de Asistencia Social y de los Programas de Salud y Educación de los Gobiernos Regionales.

Posteriormente, el 21/07/1994 se publicó el D.U. Nº 037-94 cuyo Art. 2 establece que a partir del 1 de julio de 1994, se otorga una bonificación especial a los servidores de la Administración Publica ubicados en los niveles F-2, F-1, profesionales, técnicos y auxiliares, así como al personal comprendido en la Escala N.º 11 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM que desempeña cargos directivos o jefaturales, de conformidad con los montos señalados en el anexo que forma parte del indicado Decreto de Urgencia. Esta disposición en su artículo 7 establece expresamente lo siguiente:

> *"Artículo 7º. No están comprendidos en el presente Decreto de Urgencia:*
>
> *(…)*
>
> *d. Los servidores públicos, activos y cesantes, que hayan recibido aumentos por disposición de los Decretos Supremos Nºs. 19-94-PCM, 46 y 59-94-EF y Decreto Legislativo 559. (…)".*

En el caso concreto de los servidores administrativos del sector Educación que se encuentran en los grupos ocupacionales de técnicos y auxiliares de la Escala Nos 8 y 9 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM; como consecuencia de la vigencia del artículo 1 del D.S. Nº 019-94-PCM se les pagó la bonificación establecida en esta disposición. Pero meses después cuando entró en vigencia la bonificación del artículo 2 del D.U. Nº 037-94 se les denegó el pago de esta última al considerarse que conforme al inciso d) del artículo 7 del D.U. Nº 037-94 si ya estaban percibiendo el aumento por disposición del D.S. Nº 019-94-PCM no estaban comprendidos en el D.U. Nº 037-94.

Los servidores activos y cesantes afectados interpusieron procesos de amparo los que finalmente eran declarados infundados por el Tribunal Constitucional por el mismo argumento antes señalado, cuya doctrina jurisprudencial consideraba básicamente que si ya recibieron el aumento del D.S. Nº 019-90-PCM no estaban comprendidos en el D.U. Nº 03794:

> *"7. Al respecto es importante precisar que el literal d) del artículo 7° del Decreto de Urgencia N.° 37-94, dispone que los servidores públicos activos y cesantes que hayan recibido aumentos por disposición del Decreto Supremo N.° 19-94-PCM, no están comprendidos en su ámbito de aplicación.*
>
> *8. Pudiendo apreciarse de la boleta de pago presentada por el accionante a fojas 4, que viene percibiendo, en calidad de cesante, la bonificación a que se refiere el Decreto Supremo N° 19-94-PCM, hecho sobre el cual no hay controversia.*
>
> *(…)*
>
> *10. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el precitado dispositivo legal como se detalla en el fundamento 7., que antecede, dado que actualmente percibe como cesante los beneficios contenidos en el Decreto Supremo N.° 19-94-PCM, está automáticamente excluido de la bonificación regulada por el Decreto de Urgencia N° 37-94".* (STC Nº 03654-2004-AA/TC).

Sin embargo, posteriormente el Tribunal Constitucional cambió de criterio y ordenó en la STC Nº 2616-2004-AC/TC del 12/09/2005 como precedente vinculante que los operadores judiciales cumplan con lo dispuesto en el fundamento 14 de la misma y que tengan en consideración que a los servidores y cesantes a quienes corresponde la bonificación dispuesta en el Decreto de Urgencia Nº 037-94 son los mencionados en el fundamento 10 de la indicada sentencia. En esta última sentencia señala:

> *"En el caso de los servidores administrativos del sector Educación, así como de otros sectores que no sean del sector Salud, que se encuentren en los grupos ocupacionales de técnicos y auxiliares de la Escala N.os 8 y 9 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM, por no pertenecer a una escala diferenciada, les corresponde que se les otorgue la bonificación especial del Decreto de Urgencia N.º 037-94, por ser económicamente más beneficiosa, pues la exclusión de estos servidores conllevaría un trato discriminatorio respecto de los demás servidores del Estado que se encuentran en el mismo nivel remunerativo y ocupacional y que perciben la bonificación otorgada mediante el Decreto de Urgencia Nº 037-94".*

Como podrá apreciarse el inciso d) del artículo 7 del D.U. Nº 037-94 era claro cuando determinaba expresamente que los servidores públicos, activos y cesantes, que hayan recibido aumentos por disposición de los Decretos Supremos Nros. 19-94-PCM no estaban comprendidos en los alcances del D.U. Nº 037-94. En el mismo sentido se pronunciaba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta cuando se publica la STC Nº 2616-2004-AC/TC que varía de criterio y determina que –a pesar de la prohibición expresa– a los servidores administrativos del sector Educación que se encuentren en los grupos ocupacionales de técnicos y auxiliares de la Escala Nros. 8 y 9 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM "les corresponde que se les otorgue la bonificación especial del Decreto de Urgencia Nº 037-94, por ser económicamente más beneficiosa", criterio que también se aplica a los cesantes que se encuentren en similar situación.

Aquí surgen algunos aspectos a tener en cuenta:

- Las autoridades y funcionarios de la Administración pública en aplicación del principio de legalidad procedieron a otorgar a partir del uno de abril de 1994 la bonificación especial del D.S. Nº 019-94-PCM publicado el 30/03/1994.
- Las mismas autoridades y funcionarios de la Administración pública en aplicación del principio de legalidad procedieron a aplicar la prohibición establecida en el inciso d) del artículo 7 del D.U. Nº 037-94 y, por tanto, no consideraron dentro del ámbito de aplicación del D.U. Nº 037-94 a quienes ya percibían el aumento del D.S. Nº 019-90-PCM.
- El Tribunal Constitucional hasta antes de la STC Nº 2616-2004-AC/TC avaló el accionar de las autoridades y funcionarios anteriores al

aplicar el mismo fundamento en observancia del d) del artículo 7 del D.U. Nº 037-94.

- El Tribunal Constitucional en la STC Nº 2616-2004-AC/TC cambia de criterio y en buena cuenta deroga el inciso d) del artículo 7 del D.U. Nº 037-94 y establece que les corresponde que se les otorgue la bonificación especial del Decreto de Urgencia N.º 037-94, *por ser económicamente más beneficiosa*.

  Al respecto caben las siguientes interrogantes:

- ¿Podían las autoridades y funcionarios de la Administración pública inaplicar el inciso d) del artículo 7 del D.U. Nº 037-94 y establecer que sí correspondía a los servidores administrativos del sector Educación que se encuentren en los grupos ocupacionales de técnicos y auxiliares de la Escala Nros. 8 y 9 del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM; que se les otorgue la bonificación especial del Decreto de Urgencia Nº 037-94 en lugar de la bonificación especial del D.S. Nº 019-94-PCM, *por ser económicamente más beneficiosa*?

  Teniendo en cuenta la fecha en que se publicaron ambas normas y el criterio que primeramente estableció el Tribunal Constitucional sobre la materia, las autoridades y funcionarios de la Administración pública no podían jurídicamente inaplicar (control difuso) el inciso d) del artículo 7 del D.U. Nº 037-94, ya que no tenían ni tienen facultad para ello, máxime que tales funcionarios –entre ellos jefes de personal o de planillas– no necesariamente eran abogados. Tampoco se encontraban ni se encuentran facultados para, discrecionalmente, establecer en estos casos si una bonificación puede ser económicamente más beneficiosa que otra y consecuentemente determinar cuál otorgan y cuál no, ya que ello hubiera significado incumplir la prohibición legalmente establecida, habiéndose regido por el principio de legalidad como correspondía de acuerdo a las disposiciones legales vigentes y al criterio inicial del Tribunal Constitucional que corroboraba la legalidad del inciso d) del artículo 7 del D.U. Nº 037-94.

- A partir de cuándo tiene vigencia el nuevo criterio establecido en la STC Nº 2616-2004-AC/TC: ¿Desde la vigencia del D.U. Nº 037-94 o desde la publicación de la STC Nº 2616-2004-AC/TC?

  En razón de lo anteriormente expuesto, apreciamos que si el Tribunal Constitucional hasta antes de la vigencia de la STC Nº 2616-2004-AC/TC consideró con su jurisprudencia que el inciso d) del artículo

7 del D.U. Nº 037-94 era plenamente constitucional y legal; y que la Administración pública aplicó la disposición vigente concordante con la jurisprudencia del Tribunal, entonces la actuación de la Administración estaba de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Por tanto, al variarse sustancialmente de criterio por el Tribunal Constitucional y dejarse jurisprudencialmente de lado el inciso d) del artículo 7 del D.U. Nº 037-94 con la STC Nº 2616-2004-AC/TC, este nuevo criterio sería aplicable a partir de su publicación de la sentencia que contiene el precedente mas no desde la vigencia del D.U. Nº 037-94.

Debe agregarse que aun tratándose de un proceso de amparo que tiene por efecto reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho constitucional –cuyos efectos serían teóricamente retroactivos– el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia respaldó el criterio de la Administración en cuanto a la legalidad del inciso d) del artículo 7 del D.U. Nº 037-94 rechazando las demandas interpuestas.

Posteriormente, de acuerdo con el nuevo criterio que deja de lado el anterior, recién varía la situación jurídica, no pudiendo retrotraerse los efectos del nuevo precedente a momentos en los cuales la situación jurídica era diferente y en el que las autoridades y funcionarios solo se limitaron a cumplir con las disposiciones legales y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lo contrario implicaría un cuasi absurdo: sancionar a la Administración con el pago de devengados por cumplir con el principio de legalidad y por cumplir con la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional vigente en su momento, habida cuenta que no estamos ante un caso en el que la Administración incumplió con una disposición legal; sino que por el contario, sí cumplió con el texto expreso de la disposición legal, siendo que posteriormente el Tribunal Constitucional vía interpretación dejó sin efecto tácitamente dicha disposición legal. Tal situación se constituye en una excepción a la vigencia de las sentencias en los procesos de amparo.

En este caso debe repararse que la STC Nº 2616-2004-AC/TC recayó en un proceso de cumplimiento, por ende en principio los efectos son irretroactivos.

La situación mencionada resulta de importancia porque actualmente en los procesos contenciosos administrativos –impugnación de

resoluciones y cumplimiento– sobre la materia se está disponiendo en casos similares a los mencionados, que el pago de devengados sean determinados no desde la variación de criterio jurisprudencial contenido en la STC Nº 2616-2004-AC/TC; sino desde la vigencia del 1 de julio de 1994 de acuerdo al D.U. Nº 037-94 lo que ha creado una gran deuda a cubrir por el presupuesto nacional comprendiendo un primer periodo desde el 1 de julio de 1994 hasta la publicación de la STC Nº 2616-2004-AC/TC en el que el propio Tribunal Constitucional consideró aplicable el inciso d) del artículo 7 del D.U. Nº 037-94. En todo caso, hubiera sido conveniente que el Tribunal en la misma sentencia en la que determinó el cambio de criterio y el precedente vinculante, hubiera señalado a partir de cuándo regía tal cambio jurisprudencial al tener incidencia presupuestal.

Finalmente, si se tendría en cuenta solo el carácter de precedente vinculante, por su naturaleza normativa y conforme a lo desarrollado anteriormente, este tendría vigencia a partir del día siguiente a su publicación, pero no tendría efectos retroactivos aplicando concordantemente el artículo VII del T.P. del Código Procesal Constitucional y los artículos 103 y 109 de la Constitución.

III. CONCLUSIONES

- Como podrá observarse, tratándose de bonificaciones para servidores en actividad y pensionistas del sector público es importante que se analice debidamente en cada caso en concreto los efectos que en el tiempo han de tener las sentencias a pronunciarse en los procesos constitucionales en general y en particular las expedidas por el Tribunal Constitucional, al comprender usualmente a un gran número de personas; debiendo observarse también las consecuencias en el erario nacional así como la conformidad con los principios presupuestales.
- Es importante distinguir si la afectación de un derecho constitucional deviene por el incumplimiento manifiesto o la transgresión de la Administración pública de una disposición legal que otorga una bonificación a los servidores y pensionistas estatales; o si la Administración aplicó el texto expreso de la disposición legal vigente en el momento, de conformidad con el propio criterio del Tribunal Constitucional, quien posteriormente cambia de criterio y da una interpretación diferente a la disposición legal generando una nueva norma y una nueva situación jurídica. En este último caso,

consideramos que el efecto de la sentencia debe ser irretroactivo, debiendo aplicarse el nuevo criterio a partir del día siguiente de la publicación del nuevo criterio jurisprudencial considerado como doctrina o como precedente vinculante.

- Debe recordarse que las autoridades, funcionarios y servidores públicos se hallan sujetos en primer lugar al principio de legalidad –a la Constitución, a la ley y al derecho- debiendo aplicar las disposiciones legales; no estando facultados para emplear el control difuso ni menos para inaplicar una prohibición legal por considerar discrecionalmente que una bonificación económicamente es más favorable que otra para un trabajador o pensionista estatal.

BIBLIOGRAFÍA

GUZMÁN NAPURÍ, Christian. *Manual del procedimiento administrativo general*. Pacífico ediciones, Lima, Perú; 2013.

PUNSET, Ramón. *Doctrina Constitucional y órganos judiciales*, en *Revista española de derecho constitucional*. Año 16, N° 46, enero abril de 1996.

TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny. (compilador). *El precedente constitucional vinculante en el Perú*, 2.ª Edición, Adrus Editores, Perú; 2014.

www.tc.gob.pe

Arequipa, septiembre de 2014

LAS RELACIONES INTERNAS DE LAS IGLESIAS:

¿REGIDAS O EXCEPTUADAS A LOS EFECTOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?

*José Víctor García Yzaguirre**

Introducción

El diseño actual de la forma de gobierno y de Estado está condicionada necesariamente en la forma en que estos se vincularán o no con entidades religiosas, pues de ellas se nutrirá o no para la definición de finalidades públicas y de medios para conseguirlas.

El constitucionalismo actual está caracterizado por haber asumido el discurso de los derechos y por tener vocación de garantizarles en todo aspecto público y privado. Ello como fruto de una gesta de siglos que ha cobrado una aceleración inédita en los últimos tiempos. Tal dinámica de humanizar la sociedad y por crear un Derecho de los derechos ha encontrado en las relaciones Estado-iglesias un punto controvertido: ¿el

* Abogado por la Universidad de Lima. Máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Candidato a Máster en Global Rule of Law and Constitutional Democracy por la Universidad de Génova. Miembro del Gabinete de Asesores del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

contenido protegido de los derechos fundamentales es eficaz en las relaciones internas de las congregaciones religiosas?

La problemática entre las religiones y los derechos fundamentales constituye en la no coincidencia e incluso antinomia entre prescripciones. Lo ordenado por una, bien puede ser prohibido por la legislación civil o viceversa. Esto puede manifestarse, por ejemplo, entre la prohibición de realizar un aborto y su tolerancia o permisión en el ordenamiento jurídico de un Estado. Ello en materia de relaciones internas de las iglesias cobra una especial relevancia, pues dado que es frecuente encontrar que estas se encuentran organizadas sobre pautas discriminatorias a determinados colectivos humanos.

En el presente trabajo pretendemos abordar cómo la jurisprudencia norteamericana y la española han abordado esta temática encontrando ambas dos respuestas distintas que se derivan del mandato constitucional que regula la separación Estado-iglesias, entendiendo ambas como propuestas interpretativas que podrían ser empleadas para orientar una posible jurisprudencia nacional.

Es meritorio recordar que en enero del 2007 se publicó en el semanario *Caretas* el artículo "Ayaviri: Hostias con Ají" en el cual se daba relato al caso de un seminarista de Juli, pueblo de Puno cercano a la frontera con Bolivia, que fue expulsado por el obispo local a razón de tener una joroba. El trato diferente por razones físicas es, *prima facie*, un supuesto de discriminación restringido por la Constitución al vulnerar el derecho a la igualdad. Bajo esta premisa, ¿el sujeto excluido de haber judicializado su caso, habría conseguido que la jurisdicción constitucional ampare su pretensión y le reincorpore o no?

La laicidad y la aconfesionalidad de los Estados

Nuestro tiempo está caracterizado por un proceso de secularización. Esta se caracteriza por la liberación del ser humano del control religioso y metafísico, por la liberación del mundo de sus concepciones religiosas, por la ruptura de los mitos sobrenaturales y por la destagilización de la historia[2].

2 TAMAYO, Juan José. *Fundamentalismos y diálogo entre religiones*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p. 29.

Si bien ello es latente y palpable en los diversos ámbitos de acción de las personas y de la política, no es difícil dar razón a la profecía de Ernst-Wolfang Böckenförde quien señaló que el Estado liberal secularizado está construido sobre premisas que este no puede garantizar. La vocación individualista de aspirar la acumulación material en un mundo de recursos escasos genera una alta competitividad, pero a la vez mucha frustración. De ella se derivaría que la población regrese a refugios espirituales para apaciguarse, el regreso de las religiones en el ámbito público como factor protagónico[3].

Los modelos constitucionales actuales han sabido incorporar la secularización conforme a sus historias, siendo las características de las actuales relaciones Estado-iglesias un reflejo de cómo se vincularon en los últimos siglos. A lo dicho, es menester precisar que la confesionalidad de un Estado y la secularización no son incompatibles en un mismo espacio, como es el caso del Reino Unido en el cual la jefa de Estado es a su vez la cabeza jerárquica de la iglesia, pero rigen sobre una sociedad que no tiene como eje medular la convicción religiosa. Caso inverso es el turco, en el cual existe un Estado laico, pero con una sociedad no secularizada.

Las fórmulas más recurrentes para diseñar las relaciones Estado-iglesias son las figuras de la laicidad y el de la aconfesionalidad. Definiendo estos conceptos podremos entender mejor cómo se condiciona la eficacia de los derechos fundamentales dentro de las organizaciones religiosas.

El modelo de laicidad del Estado fue creada en Francia a partir de la Ley de 1905 de Separación del Estado y las Iglesias, mediante la cual se estableció que el Estado no reconoce ni reconocería ninguna confesión y que se prohibía todo tipo de subvención a los cleros y al ejercicio de cultos religiosos. Este mandato es recogido en el artículo 2 de su Constitución vigente. En efecto, la laicidad evoca la no pertenencia a una estructura religiosa, en tanto prohíbe toda relación de cooperación entre Iglesias y Estado.

Por otra parte el modelo de la aconfesionalidad del Estado surge en Alemania, durante el periodo de la República de Weimar. Mediante este, lo público mantiene autonomía frente a las posturas religiosas, pero reconoce a este tipo de organizaciones por igual, reconociéndoles derechos y facilidades, es decir, crea un sistema de cooperación Estado-iglesias.

3 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Madrid: Trotta, 2010, pp. 35-41.

La coincidencia entre el Estado laico y el aconfesional radica en el no reconocimeinto de una Iglesia como oficial del Estado, pero se diferencian en cuanto a que el segundo modelo admite y regula relaciones con entidades religiosas.

En Europa, son Estados laicos Francia y Turquía. Son aconfesionales Alemania, España, Portugal, Irlanda Italia, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, Eslovaquia, Hungría, Croacia y Eslovenia. Son confesionales Reino Unido (iglesia Anglicana), Dinamarca (Iglesia Evangélica Luterana), Finlandia (el presidente tiene potestad de nombrar al arzobispo y a los obispos) y en parte Grecia (declara constitucionalmente dominante a la Iglesia Ortodoxa Oriental de Cristo)[4].

El caso español guarda una especial característica que se evidencia en la evolución de términos y trato jurídico. Con el regreso de la democracia y el recientemente instalado Tribunal Constitucional se tuvo que dar respuesta a cual era el mandato constitucional en relación a las interacciones del nuevo Estado con la Iglesia Católica. Jurisprudencialmente se desarrolló inicialmente el principio de neutralidad del Estado o de aconfesionalidad pública[5]. En la sentencia 24/1982 de 13 de mayo de 1982, se dio vista al caso en el que se evaluó la constitucionalidad de los Cuerpos Eclesiásticos en las Fuerzas Armadas (entidad creada en virtud a un Acuerdo entre el Estado y la Santa Sede para crear oficiales sujetos a la carrera militar y al fuero del derecho canónico católico con el propósito de dar asistencia religiosa a las tropas) la cual implica que se encuentra vedado "cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales"[6]. En efecto, se

4 GÓMEZ MARTINEZ, Carlos. "Aconfesionalidad y laicidad: dos nociones ¿coincidentes ,sucesivas o contrapuestas?". En: AGUIAR DE LUQUE, Luis y REQUERO IBAÑEZ, José (directores). *Estado Aconfesional y Laicidad*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 22.

5 Esta fue entendida a partir del artículo 16 punto 3 de la Constitución de España que señala lo siguiente: "Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones".

6 Respecto a la constitucionalidad de esta entidad, el Tribunal en su fundamento Nº 4 indicó lo siguiente: "El hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no solo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades. No padece el derecho a la libertad religiosa o de culto, toda vez que los ciudadanos miembros de las susodichas Fuerzas, son libres para aceptar o rechazar la prestación que se les

entiende que la libertad religiosa "se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso"[7].

De forma reciente se ha reinterpretado el mandato de cooperación con la Iglesia Católica positivizado en la Constitución reformulándose el modelo de aconfesionalidad pública por uno de laicidad positiva. Este término fue acuñado por el Tribunal Constitucional en su sentencia Nº 46/2001, la cual es equivalente al concepto de aconfesionalidad indicado líneas arriba, es decir, de regulación de las relaciones con la referida entidad religiosa, pero teniendo como prohibición hacer de sus finalidades razones o fines públicos.

Este diseño de aconfesionaldad del Estado español ha sido abordado en distintas aristas por la jurisprudencia constitucional. A continuación hacemos un sumario de aquellas que consideramos más trascendentes a fin de esclarecer la temática:

1) No es posible interponer amparos con las resoluciones emitidas por la jurisdicción eclesiástica (STC 119/1984).

2) Las Universidades del Estado pueden dictar Derecho Canónico (STC 359/1985).

3) Los planes de estudio para acceder a la carrera de Magisterio pueden incluir una asignatura de Doctrina y Moral católica (STC 187/1991).

4) A la luz de la Ley de Arrendamientos Urbanos no es equiparable la Iglesia Católica con otras personas jurídicas (STC 340/1993).

5) La Iglesia es la entidad encargada de elegir a los docentes que dictarán el curso de Religión católica en los colegios públicos (STC 39/2007).

ofrece; y hay que entender que asimismo tampoco se lesiona el derecho a la igualdad, pues por el mero hecho de la prestación en favor de los católicos no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas, que éstos pueden reclamar fundadamente, de suerte que solo el Estado que desoyera los requerimientos en tal sentido hechos, incidiría en la eventual violación analizada".

7 STCE Nº 46/2001, de 15 de febrero de 2001, FJ 4.

INDICE

A la vista de estos puntos el modelo de aconfesionalidad y cooperación español ha sido caracterizado, según atenta doctrina, por los siguientes rasgos[8]:

1) Neutralidad de los poderes públicos.

2) Atender a las creencias de los ciudadanos cooperando con la religión católica y las demás sociológicamente relevantes.

3) La cooperación con la iglesia católica es de carácter obligatorio, con el resto de organizaciones dependerá de la capacidad que demuestren para incidir en la sociedad española.

4) La cooperación con las confesiones religiosas posee, por lo menos, dos límites: a) los fines religiosos y los fines del Estado, pueden coincidir, pero no confundirse. La aconfesionalidad implica que la promoción de una determinada concepción de fe está impedida de constituirse por sí misma con una finalidad pública; b) las diferencias de trato entre confesiones pueden estar justificadas por el grado de incidencia en la sociedad, pero tal consideración no puede derivar en tratos discriminatorios.

Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional

En este apartado pretendemos dar vista de los rasgos generales que poseen los derechos fundamentales en un Estado Constitucional con el propósito de establecer las premisas que luego nos servirán para considerar si los mismos deben ser eficaces o no en las relaciones internas de las iglesias.

Los derechos fundamentales, de acuerdo a Gregorio Peces Barba, poseen las siguientes características[9]:

1) Son pretensiones moralmente justificadas, que se proponen facilitar la autonomía y la independencia de cada individuo. Por ello, su contenido es alérgico a la discriminación y a los privilegios por su vocación universal e igualitaria.

8 SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. "Aconfesionaldiad, laicidad y financiación de las confesiones religiosas. ¿Debe financiarse la libertad religiosa?" En: AGUIAR DE LUQUE, Luis y REQUERO IBAÑEZ, José (directores). *Estado Aconfesional y Laicidad*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 202.

9 PECES BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, p. 109.

2) Forman parte de un subsistema dentro del sistema jurídico, lo cual indica que la pretensión moral justificada sea susceptible de ser diseñada como una norma. Asimismo, dicho carácter resalta la obligatoriedad de su cumplimiento y vinculación efectiva al poder público y a los particulares.

3) Son una realidad social que condicionan su eficacia por contextos históricos.

En este sentido, un derecho fundamental es un principio moral positivizado. Tal como manifiesta Luis Castillo Córdova, son "aquellas expresiones de la dignidad, libertad e igualdad humanas dispuestas jurídicamente, que han sido recogidas —expresa o implícitamente— en la norma constitucional, y que vinculan positiva y negativamente al poder político al punto de legitimar su existencia y actuación"[10].

En cuanto al rol que poseen en el Ordenamiento Jurídico, de acuerdo con la postura de Robert Alexy, puede resumirse en los siguientes puntos[11]:

1) Gozan de máximo rango: son creación de jurisprudencia constitucional que posee un grado de vinculatoridad pleno o están regulados en textos con rango constitucional o superior, por lo que rigen como normas generales y superiores sobre el resto de disposiciones.

2) Poseen máxima fuerza jurídica: la lectura programática de los derechos fundamentales debe ser descartada, dado que todos los fueros jurisdiccionales, organismos administrativos, el ejercicio de la potestad legislativa y los actos privados deben ser efectuados con estricta observación, tutela y promoción de estos.

3) Poseen grado de máxima importancia del objeto: los derechos fundamentales no regulan cuestiones específicas e intrascendentes, todo lo contrario, rigen para los elementos estructurales de la sociedad y el hombre (vida, libertad, propiedad, etc.).

4) Poseen un máximo grado de indeterminación: la normativa es bastante escueta en cuanto a cuáles son los supuestos de hecho sobre los cuales han de aplicarse. En efecto, los derechos son lo que son

10 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales, elementos para una teoría general*. Lima: Palestra, 2007, p. 111.

11 ALEXY, Robert. "Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático". En: CARBONELL, Miguel (copilador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003, p. 33-37.

INDICE

gracias a la interpretación, lo cual le otorga la ductibilidad necesaria para adaptarse a todo tiempo y circunstancia.

Como podemos apreciar, el construir una sociedad fundada en los derechos fundamentales es crear una atmósfera en la que cada concepción y dimensiones individuales sean respetadas y a su vez funcione como un medio de cooperación eficiente limitada únicamente por los criterios de justicia y moralidad. En base a lo desarrollado hasta el momento se puede afirmar que vivimos bajo el paradigma de una Constitución que posee un contenido sustantivo capaz de ordenar al legislador y a todos los sujetos de derecho el respeto por esferas indeterminadas de no intervención, así como hacer explícitas obligaciones (o mejor dicho imperativos) a cumplir respecto del Estado con los ciudadanos y entre particulares. Ello no debe ser entendido como que cada derecho es un título absoluto o que cualquier conducta es susceptible de conseguir amparo siempre que aleguemos que posea sustento constitucional, pues como es obvio, "los derechos no ofrecen cobertura a cualquier conducta, pero sí imponen una carga de justificación o argumentación sobre las restricciones que se impongan"[12].

Consideramos que la descripción formulada por Robert Alexy es la que mejor resume el fenómeno descrito. Nos destaca tres aspectos de los derechos en un reciente trabajo publicado: "primero, los derechos constitucionales han ganado una influencia que va más allá de la relación entre el ciudadano y el estado (sic). Han adquirido un 'efecto irradiación' sobre el entero sistema jurídico. El resultado es la ubicuidad de los derechos constitucionales. Segundo, los derechos constitucionales han sido vinculados de manera intrínseca al principio de proporcionalidad. La aplicabilidad de este principio supone que los derechos constitucionales tienen la estructura de mandatos de optimización. Debido a esta estructura, la ubicuidad se combina con la optimización. Tercero, el contenido *(subject-matter)* de los derechos constitucionales se ha expandido considerablemente más allá y por encima de los derechos liberales clásicos"[13].

12 PRIETO SANCHÍS, Luis. "El Constitucionalismo de los Derechos". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 71, Año 24, 2004, p. 61.

13 ALEXY, Robert. "Sobre los derechos constitucionales a protección". En: *Derechos Sociales y Ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 46.

La *Ministerial Exception* y la Corte Suprema de los Estados Unidos

En enero del año 2012, la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió la sentencia en el caso *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church vs. Equal Employment Opportunity Commission* en la cual se ratificó la denominada *ministerial exception*, la cual consiste, en resumen, en que los actos de las iglesias respecto a la forma en que dicta su credo y se organiza no pueden ser intervenidos por el Estado.

Veamos los sucesos del caso:

1) La iglesia evangélica luterana Hosana-Tabor es dueña y administradora de un colegio, en el cual se educa bajo los cánones de vida ordenados por sus concepciones religiosas. Para la contratación del personal educativo, ellos realizan la distinción entre "called" (llamados) y "lay" (laicos) en función al cumplimiento de ciertos requisitos. Para poder ser un "called" se exigen ciertos requisitos académicos y el pasar por un curso de teología. En cambio, la categoría de "lay" no se requería ser luterano ni el contar con estudios religiosos, estos podían ocupar una plaza dentro del colegio siempre que no hubiera profesores "called" disponibles.

6) Cheryl Perich era una profesora con categoría de "called", la cual se dedicaba a impartir enseñanzas en materias seculares[14], así como el dictado del curso de religión durante cuatro días a la semana, conducía a sus alumnos al templo y debía dirigir el servicio religioso dos veces al año.

7) Perich desarrolló un cuadro de narcolepsia que le impidió el desarrollar sus funciones profesionales. Al inicio del año siguiente, le comunicó al director del colegio que ella se encontraba lista para reanudar sus labores. Sucede que su comunicación es respondida informándole que su plaza no se encuentra disponible debido a que habían contratado a un "lay" para que cubra su puesto por el resto del año, por lo que sus servicios no eran requeridos. De igual forma se le informó que la entidad estaría dispuesta a pagar parte de su seguro de salud siempre que presentará su renuncia como profesora "called".

14 Dictó los cursos de matemática, lenguaje, estudios sociales, ciencia, gimnasio, arte y música.

INDICE

8) Ante tal escenario, ella se presentó en el mes de febrero en las aulas del colegio y se negó a retirarse hasta que se le entregue un documento en el que se haga constar que se reportó al centro de trabajo. Frente a tal suceso, el director le comunicó que esa conducta le podría costar el despido, ante lo cual ella respondió que se encontraba dispuesta a iniciar las medidas legales pertinentes para preservar su plaza. En una siguiente comunicación oficial, se le informó que había sido despedida por "insubordinación y conducta inapropiada".

9) Ella llevó su caso ante la oficina pública de "Equal Employment Opportunity Commission", la cual consideró que había sido despedida como represalia ante una amenaza de demanda por violentar el Acta de Americanos con Discapacidades (ADA en inglés). Ante tal supuesto, interpuso una demanda que llegó hasta el fuero de la Corte Suprema.

La congregación Hosana-Tabor alegó desde la primera instancia hasta la Corte Suprema la aplicación de la *ministerial exception* para declarar desestimar la demanda presentada.

¿En qué consiste este argumento? La *ministerial exception* se deriva de la Primera Enmienda (libertad de expresión), la cual implica, en breve, que la aplicación de las reglas contenidas en la Civil Rights Act de 1964 y del resto de leyes contra la discriminación laboral, están exceptuadas de ser aplicadas en aquellos casos en los que se discutan reclamos laborales que involucren a entidades religiosas y sus ministros (entiéndase, aquella persona que representa y proclama la fe de la congregación).

En este sentido, el Estado a través de la jurisdicción no puede forzar a las iglesias a conservar ni a expulsar a un ministro que ellas no desean dentro de su congregación, de igual forma no pueden generar desincentivos o incentivos para realizar determinadas medida en esta materia. En breve, el gobierno, conducción y proselitismo religioso debe realizarse con total y absoluta independencia de la intervención pública, incluso cuando esta se encuentra justificada por razones de protección de derechos fundamentales.

Esta doctrina se fundamenta en entender que toda intervención pública en las iglesias supone una vulneración al contenido protegido por la Primera Enmienda, la cual reza de la siguiente forma: "el Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o

de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios"[15].

El modelo constitucional estadounidense para regular la vinculación Estado-iglesias posee sus propias características derivadas de su historia. La Primera enmienda a la Constitución de EE.UU. posee dos cláusulas: la *free exercise clause* y la *establishment clause*.

La *free exercise clause* prohíbe la aprobación de cualquier ley que impida el libre ejercicio de la religión. Posee un mandato positivo, es decir, fuerza al Estado a garantizar el derecho a la libertad religiosa al impedir invasiones gubernamentales en la vida religiosa.

La *establishment clause* impide que el congreso federal apruebe una ley que adopte a una religión como oficial del Estado y ordena la completa separación entre el Estado y la religión. Posee un mandato restrictivo que consolida la laicidad del Estado. Ello por cuanto prohíbe confundir lo público con lo religioso y ordena mantener neutralidad del Estado con las diversas creencias y entidades religiosas[16].

Para determinar en qué casos se ha vulnerado la *establishment clause,* la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Lemon vs. Kurtzman*

15 Texto en idioma original: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*"

16 "La establishment of religion clasuse de la Primera Enmienda significa, como mínimo, lo siguiente: Ni un gobierno estatal ni el gobierno federal pueden erigir una iglesia. Ni pueden aprobar leyes que favorezcan a una religión, a todas las religiones o privilegien a una religión frente a las otras. No obligar o influir en una persona para que acuda o permanezca desvinculado de la iglesia contra su deseo, u obligarle a expresar creencia o incredulidad religiosas. Ninguna persona puede ser sancionada por abrigar o profesar creencias o incredulidad religiosas, o por acudir o no acudir a la iglesia. Ningún impuesto, cualquiera que sea su cuantía puede ser exigido para sufragar actividades o instituciones religiosas, cualquiera que sea su denominación o cualquiera que sea la forma que adopten para practicar o enseñar la religión. Ni un Estado ni el Gobierno Federal pueden, públicamente o de manera reservada, participar en los asuntos de cualquier grupo u organización religiosa y viceversa. En palabras de Jefferson, la cláusula en contra del establecimiento legal de una religión tenía la intención de levantar 'un muro de separación entre la iglesia y el Estado'". YLLANES SUÁREZ, Juan Pedro. "Aconfesionalidad, lacidad y ética pública: los jueces ante el fenómeno religioso". En: AGUIAR DE LUQUE, Luis y REQUERO IBAÑEZ, José (directores). *Estado Aconfesional y Laicidad*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009, p. 338.

INDICE

diseñó un test de evaluación de medidas públicas compuesto por los siguientes pasos[17]:

1) Finalidad debe ser secular.

2) Su principal efecto no debe inhibir o fomentar la religión.

3) No debe generar una relación excesiva entre el Estado y la religión.

En este contexto al regular la libertad religiosa y las relaciones Estado-iglesias en un uno puede adoptar tres posiciones. En primer lugar, puede exigir la separación total de lo público y lo religioso, implicando que no exista vinculación alguna tolerada entre entidades públicas y eclesiásticas de cualquier credo. Puede que se opte por una postura de trato no preferencial, es decir, que el Estado regule la religión, siempre que mediante ello no se genere una preferencia por determinado colectivo o se cree situaciones discriminatorias. Por último, se puede elegir tener una conducta neutral, es decir, que la regulación de las instituciones religiosas sea la misma que se aplica a sus equivalentes seculares[18].

Esta Enmienda en relación con la *ministerial exception* se positivizó en el año 1972 al modificarse legislativamente la sección 702 de la Civil Rights Act de 1964, de tal forma que las organizaciones religiosas estén facultadas de poder discriminar laboralmente por motivos religiosos en sus relaciones laborales. Ello implica que todos sus trabajadores o personas con las que se mantenga una relación de subordinación laboral en todo ámbito están exentas de la protección legal al despido discriminatorio por razones de religión.

La constitucionalidad de esta disposición fue vista por primera vez en el caso *Corporation of the Presiding Bishop vs. Amos* mediante la cual se discutió si una iglesia mormona podía despedir a sus trabajadores laicos por no cumplir con ciertas exigencias religiosas. Se sentenció que tales consideraciones eran decisiones exclusivas de las autoridades eclesiásticas.

En concreto la *ministerial exception* permite que las Iglesias puedan discriminar en el ámbito laboral siempre que ello sea por motivos religiosos y que al existir un Estado laico la eficacia de los derechos fundamentales

17 CELADOR ANGÓN, Óscar. *Estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el Ordenamiento Jurídico estadounidense.* Madrid: Dykinson, 1998, p.51.

18 CELADOR ANGÓN, Óscar. *Estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el Ordenamiento Jurídico estadounidense.* Ob. cit., p. 116.

se vea matizada, pues el Estado no puede intervenir en la forma en que las congregaciones y las personas organizan y viven sus creencias.

En efecto, se entiende que cada congregación religiosa puede creer aquello que desee creer y predicar libremente su concepción religiosa. Para que cada persona pueda gozar de sus vivencias de fe de forma adecuada, las iglesias deben tener total discreción para diseñar sus organizaciones, prácticas y políticas internas de la forma que crean más adecuada a sus valores, por lo que toda interferencia en este albedrío se traduce de forma inmediata como una vulneración a la forma en que se materializan sus creencias, es decir, como una imposición de valores y costumbres. Como bien apunta la Corte Suprema estadounidense, "irradia un espíritu de libertad religiosa en la organización e independencia de control o manipulación secular –en breve, tengan el poder para decidir por sí mismos, libres de la intervención estatal en materias como gobierno de la iglesia así como en todos aquellos referidos a la fe y la doctrina"[19].

Ello se evidencia, por ejemplo, en que el Estado no puede obligar a una iglesia a no discriminar funciones por razones de género o de preferencias sexuales, tales prácticas son derivadas de los mandatos de fe o de aquello que consideran correcto.

Esta línea jurisprudencial parte desde el año 1866 con el fallo *Cummings vs. Missouri,* en el cual se determinó que un párroco de la iglesia católica no podría ser privado de su derecho a trabajar como clérigo por no haber tomado un juramento de lealtad al Estado. A partir de tal sentencia, esta doctrina ha tenido una aplicación transversal en el Derecho americano, otorgando un vasto espacio de libre desarrollo a las organizaciones religiosas[20]. Para ilustrar ello y dar cuenta del gran impacto que posee en la jurisprudencia, cabe mencionar los siguientes casos:

1) *McClure vs. Salvation Army:* Este fallo marca el inicio de la aplicación de la *ministerial exception* en materia laboral. Aconteció que el señor Billie B. McClure, párroco de la iglesia del Ejército de Salvación,

19 Corte Suprema de los Estados Unidos. Fallo *Kedroff vs. Saint Nicholas Cathedral of Russian Orthodox Church in North America.* Texto original: "*radiates a spirit of freedom for religious organizations, an independence from secular control or manipulation – in short, power to decide for themselves, free from state interference, matters of church government as well as those of faith and doctrine.*"

20 Una lista completa de la jurisprudencia americana en materia de *ministerial exception* puede ser encontrada en la siguiente página web: http://www.churchstatelaw.com/casesbytopic.asp?topic=Ministerial%20Exception

INDICE

demanda a su congregación por pagos inequitativos en vulneración de la legislación en materia de trabajo. La Corte declaró en virtud al contenido protegido por la Primera Enmienda que tal causa no podía ser resuelta en el fuero civil.

2) *Kedroff vs. Saint Nicholas Cathedral of Russian Orthodox Church in North America:* En la década de los años 50 del siglo pasado, la Iglesia Ortodoxa Rusa de Estados Unidos se apartó del control de la Autoridad Eclesiástica Suprema de Moscú, bajo la consigna de que tal entidad se había convertido en una institución satélite del gobierno soviético. Ante tal supuesto se declaró autónoma y bajo la dirección de un arzobispo electo por ellos mismos. La Corte protegió a la iglesia de las intervenciones de la URSS, declarando que ella es libre de organizarse como considere pertinente, libre de todo tipo de injerencia en su gobierno e impartición de doctrinas.

3) *Serbian Eastern Orthodox Diocese for United States and Canada vs. Miliovejevich:* La iglesia ortodoxa serbia removió a Dionisije Milivojevich como obispo por desafiar a la jerarquía eclesiástica. Ante tal suceso, fue interpuesta una demanda con el propósito de que se le reincorpore en el puesto en función a que su destitución no obedeció la reglamentación interna. Ante tal pretensión, la Corte señaló que cada iglesia estaba en libertad de crear la regulación disciplinaria que estime pertinente, así como sus fueros contenciosos para librar este tipo de disputas. En tal sentido, le compete y corresponde a ese tipo de organismos dilucidar la pretensión y no al fuero civil, dado que ello quebrantaría el contenido protegido por la Primera Enmienda.

En el caso materia de comentario, la Corte Suprema anotó respecto a la aplicación de esta doctrina: "estamos de acuerdo que hay una *ministerial exception.* Los miembros de un grupo religioso pusieron su fe en las manos de sus ministros. Requerir a una iglesia validar o conservar a un ministro indeseado, o castigar una iglesia para que no lo haga así, impone sobre más que una simple decisión del empleo. Tal acción interfiere con el gobierno interno del de la iglesia, privando la iglesia de control sobre la selección de los que personificarán sus creencias. Imponiendo a un ministro indeseado, el Estado infringe la cláusula libre del ejercicio religioso, que protege el

derecho de un grupo religioso de vivir su propia fe y misión bajo sus propios compromisos"[21].

Como podemos apreciar, la idea principal de la *ministerial exception* es garantizar que todas las decisiones en materia de selección y control de personas que han de realizar actos de enseñanza y/o impartición de la fe deben ser emitidas única y exclusivamente por autoridades eclesiásticas. Forzar la contratación de Perich para el año escolar involucraba una intervención directa en las decisiones de gobierno de la iglesia, así como el dictado público de quien debe ejercer la representación e impartición de doctrinas espirituales. El remedio a este acto, *prima facie* contrario a la regulación legal, suponía tener éxito en una intervención estatal en la forma en que la gente vive sus creencias. Ello es considerado excesivo.

Ante el pedido de Perich por pagos indemnizatorios y de costos y costas, la Corte declaró lo siguiente: "una concesión de tal magnitud actuaría como una pena para la iglesia por terminar con un ministro indeseado, y eso no sería menos prohibido por la Primera Enmienda que una orden de reincorporación laboral. Tal medida dependería de una determinación de que Hosanna-Tabor era incorrecto haber aliviado Perich de su posición, y es precisamente ese acto el que está proscrito por la *ministerial exception*"[22].

¿Qué implicancias en el razonamiento práctico tiene esta doctrina? Las actuales tendencias del estudio del Derecho para dar análisis a estos

21 Corte Suprema de los Estados Unidos. Fallo *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School vs. EEOC. Texto en idioma original: "We agree that there is such a ministerial exception. The members of a religious group put their faith in the hands of their ministers. Requiring a church to accept or retain an unwanted minister, or punishing a church for failing to do so, intrudes upon more than a mere employment decision. Such action interferes with the internal governance of the church, depriving the church of control over the selection of those who will personify its beliefs. By imposing an unwanted minister, the state infringes the Free Exercise Clause, which protects a religious group's right to shape its own faith and mission through its appointments".*

22 Corte Suprema de los Estados Unidos. Fallo *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School vs. EEOC. Texto en idioma original: "Perich continues to seek front-pay in lieu of reinstatement, backpay, compensatory and punitive damages, and attorney's fees. An award of such relief would operate as a penalty on the Church for terminating an unwanted minister, and would be no less prohibited by the First Amendment than an order overturning the termination. Such relief would depend on a determination that Hosanna-Tabor was wrong to have relieved Perich of her position, and it is precisely such a ruling that is barred by the ministerial exception".*

supuestos han diseñado una distinción teórica útil para entender la lógica jurídica de los mandatos legislativos y constitucionales[23]:

1) Justificaciones subyacentes: Las disposiciones prescriptivas representan un determinado estado de cosas deseado, el desaliento de otros, el amparo de valores, la condena de cierto tipo de valoraciones, etc. Cada acto legislativo, administrativo y particular está fundado en la materialización de una determinada finalidad u objetivo.

2) Prescripciones normativas: Son las órdenes de hacer, se puede hacer o no hacer que dicta el Ordenamiento. Estas poseen una autonomía respecto a las justificaciones subyacentes, de forma tal que la norma adscrita puede guardar independencia de esta. Esta dimensión involucra los actos que el Derecho impone a los particulares y entidades públicas.

La *ministerial exception* opera a nivel de justificación subyacente funcionando como razón excluyente.

En la deliberación práctica las acciones y omisiones poseen justificaciones subyacentes, suele acontecer que tales motivos se encuentren enfrentadas con otras de una misma jerarquía. Ante tal suceso, es necesario que se presente una regla de preferencia que permita escoger entre una u otra opción. Tal criterio es lo que se denomina una razón excluyente.

La aplicación de la *ministerial exception*, en tal sentido, abarca a todo supuesto que interfiera con la finalidad prevista en la ya citada Primera Enmienda, es decir, se ha constituido como un criterio de preferencia definitivo sobre toda controversia relevante a la autonomía de las iglesias, incluso cuando sus decisiones afecten derechos fundamentales reconocidos legal y constitucionalmente. Reformulando, la jurisprudencia ha entendido que las reglas de derechos fundamentales poseen un problema de adecuación al caso debido que a que no la justificación de los actos de las diversas iglesias (que restringen o vulneran derechos) están abocados a materializar su propósito, debido a que de esa forma se estima se vivirá su fe.

Es necesario no dejar de mencionar como precedente relevante en la materia el caso *Presbyterian Church in U.S. v. Mary Elizabeth Blue Hull Memorial Presbyterian Church,* trascendente para la aplicación de la

23 RODENAS, Ángeles. "En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas". En: *Doxa Nº 24.* Alicante: Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Alicante. 2001, pp. 63-83.

jurisdicción en casos donde esté involucrada la forma en que se imparte o se interpreta una doctrina religiosa. Sucedió en dicho caso que dos iglesias decidieron escindirse del aparato eclesiástico presbiteriano al que pertenecían, pues consideraban que la postura institucional respecto a la guerra de Vietnam era doctrinariamente incompatible con la fe supuestamente compartida.

Dicho apartamiento trajo consigo una disputa entre los párrocos y las máximas autoridades eclesiásticas por las propiedades de los templos en los que se predicaba. Dicha disputa fue llevada a los tribunales civiles. Aconteció que al jurado que resolvía el caso se le instruyó que evaluara si las prácticas actuales de la iglesia eran coherentes con las razones que sirvieron para la creación de la congregación. En efecto, el caso fue presentado al jurado sobre la teoría de que las propiedades estaban implicadas en un fideicomiso de propiedad de la iglesia local para el beneficio de la iglesia general (la pirámide organizacional) con la única condición de que la Iglesia general se adhieren a sus principios de fe y práctica existente en el momento de la afiliación de las iglesias locales. En tal sentido, el jurado recibió instrucciones para determinar si la actuación de la Iglesia general correspondían a un abandono fundamental o sustancial de los principios originales.

El caso fue elegido por la Corte Suprema para su resolución declarando que el fuero ordinario no poseía ningún rol en la determinación de respuestas eclesiásticas o religiosas en los casos de disputas de propiedad, dado que ello vulneraba la Primera Enmienda al constituir una forma de intervención pública en la forma en que los particulares viven y practican su fe.

El nuevo reto a enfrentar por esta doctrina es la aplicación de la *Patient Protection and Affordable Care Act,* conocida informalmente como la Obamacare, que legisla el nuevo sistema de aseguramiento universal de salud en los Estados Unidos. En uno de sus apartados señala de forma expresa que los planes de salud provistos por los empleadores debe incluir a costo unilateral (es decir, asumido solo por la entidad contratante y no por el trabajador), planes de control de natalidad, ya sean estos pastillas anticonceptivas o esterilizaciones.

Diversas organizaciones religiosas han considerado que ello vulnera el ámbito protegido por la Primera Enmienda al forzarlas a incurrir en prácticas que van contra sus creencias en materia laboral con sus

empleados. Si bien todavía no existe una sentencia firme que analice la materia, constituye un supuesto sumamente complejo dado el contexto y la delimitación de los alcances a proteger por el derecho a la libertad religiosa.

El Tribunal Constitucional de España

En la jurisdicción constitucional española se ha dilucidado esta problemática con un ángulo distinto. Nos enfocaremos en el aspecto educativo en tanto que es el que más debate ha despertado recientemente.

España y la Santa Sede firmaron un Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales el 3 de enero de 1979 cuyo artículo III reza de la siguiente forma: "en los niveles educativos a los que se refiere el artículo anterior, la enseñanza religiosa será impartida por las personas que, para cada año escolar, sean designadas por la autoridad académica entre aquéllas que el Ordinario diocesano proponga para ejercer esta enseñanza. Con antelación suficiente, el Ordinario diocesano comunicará los nombres de los Profesores y personas que sean consideradas competentes para dicha enseñanza".

El Acuerdo firmado por España fue cuestionado ante el Tribunal Constitucional en cuanto a si era conforme a la Constitución que la Administración Pública contrate como profesores de religión solo a aquellos que poseen el aval del Obispo de la región. La sentencia 38/2007 de fecha 15 de febrero de 2007 declaró que no existía una incompatibilidad normativa alguna.

En el Ordenamiento Jurídico español en materia de enseñanza pública de religión señala que cada persona tiene derecho a recibir, si así lo desea, enseñanzas en temas religiosas en centros educativos públicos. Por lo que esta materia requiere una buena síntesis o coordinación entre la no obligatoriedad de impartición de enseñanzas bíblicas con el deber de neutralidad religiosa por parte del Estado en la educación fiscal.

Dado que existe el derecho a recibir una educación religiosa, ¿a quién le corresponde armar los sílabos e impartirlos? Aquí radica el problema para algunos a nivel abstracto y que ha suscitado a posterior conflictos concretos muy severos.

De acuerdo con lo señalado líneas arriba, en España existe una inmunidad constitucionalmente protegida de los cultos a cualquier intromisión

pública lo cual se extiende en materia de educación religiosa en colegios públicos. Al respecto, no solo existe en dicho país una obligación legal de no intervención en el contenido, sino que también hay razones de derecho fundamental. La idea de que cada persona debe vivir su fe como lo estime pertinente y de cada organización a impartirla y predicarla como considere más conveniente también es seguida en esta jurisdicción, pues se comparte el repudio a la confusión de las funciones públicas con el ejercicio privado y espiritual de un dogma.

Tal libertad ha sido reconocida incluso en el ejercicio de funciones protocolares castrenses. En un conocido y curioso caso, a un oficial español le fue instruido formar parte de un comité de recepción y saludo en las celebraciones por el V Centenario de la Advocación de la Virgen de los Desamparados, ante lo cual solicitó mediante escrito que se le excusase por razones de culto. Recibió en un primer momento la autorización para ello, pero durante el acto protocolar se le ordenó permanecer formado. Ante tal situación, se retiró formalmente sin causar escándalo a esperar a su cuadrilla en los buses. Por tal conducta fue sancionado. El caso llegó al fuero del Tribunal Constitucional el cual consideró que "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 del art. 16.3 C.E. 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 religiosa"[24].

Volviendo a la constitucionalidad de la posibilidad de que solo la iglesia sea capaz de apuntar a las personas que ocuparan las plazas de profesores de religión en los colegios públicos, caben dos preguntas de interés para nuestro artículo: ¿Cuál es el fundamento para este tipo de medidas? ¿Ello implica que las decisiones eclesiásticas respecto a quienes pueden profesar la fe no pueden ser judicializadas?

24 STCE Nº 177/1996 de 11 de noviembre de 1996. FJ 10. Es importante precisar que el amparo interpuesto por el oficial fue desestimado por razones ajenas a la protección del derecho a la libertad religiosa.

INDICE

El Tribunal Constitucional español sustentó la primera pregunta en el siguiente tenor: "la facultad reconocida a las autoridades eclesiásticas para determinar quiénes sean las personas cualificadas para la enseñanza de su credo religioso constituye una garantía de libertad de las Iglesias para la impartición de su doctrina sin injerencias del poder público (…) la declaración de idoneidad no constituye sino uno de los requisitos de capacidad necesarios para poder ser contratado a tal efecto, siendo su exigencia conforme al derecho a la igualdad de trato y no discriminación (art. 14 CE) y a los principios que rigen el acceso al empleo público (…) son únicamente las Iglesias, y no el Estado, las que pueden determinar el contenido de la enseñanza religiosa a impartir y los requisitos de las personas capacitadas para impartirla dentro de la observancia, como hemos dicho, de los derechos fundamentales y libertades públicas y del sistema de valores y principios constitucionales"[25].

Se ha comprendido que los temas sustantivos respecto a que se debe enseñar y por quienes son temas de competencia estricta de los creyentes organizados, en tanto, ambos elementos son los pilares de su forma de vida, trascendencia y vocación. Si un ajeno, sea este un burócrata, un magistrado, un creyente laico o un completo extraño, se considera con potestad para tomar tal tipo de decisiones, aquellas que tome serán al margen de cómo se ha de vivir tal creencia.

Está línea argumentativa es bastante coincidente hasta el momento con la *ministerial exception* norteamericana. La gran divergencia radica en la segunda pregunta en cuanto a si es posible judicializar este tipo de decisiones.

Asumir que el contenido protegido de esta libertad religiosa no pueda ser intervenido por una limitación razonable es considerar que esta es absoluta o inquebrantable. Dicha concepción no es compartida por este fuero, el cual asume una tesis conflictivista o de límites externos de los derechos fundamentales[26]. En tal sentido, dicho derecho solo ofrece una argumentación a favor que requiere de protección y garantía, siempre que

25 STCE Nº 38/2007 de 15 de enero de 2007. F.J. 12.

26 No es oportuno expandir sobre esta materia en el presente artículo, por lo que recomendamos revisar a BOROWSKY, Martín. *La estructura de los Derechos Fundamentales.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003 y del mismo autor "La Restricción de los Derechos Fundamentales". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid: CECP. Nº 59. Mayo/agosto. 2000.

ello no genere afectaciones a otros derechos que sean desproporcionadas (cuyos perjuicios sean superiores a los beneficios generados).

En vista a que la fuerza normativa de la parte dogmática de la Constitución se irradia por todo el Ordenamiento Jurídico, el convenio firmado por el Estado y la Iglesia no da razones por sí misma, de acuerdo con este fuero, a crear una inmunidad a las competencias de la jurisdicción a velar por el debido cumplimiento de las obligaciones de la Administración Pública a acatar con designar a quienes se elijan como profesores, así como velar por una elección respetuosa y concordante con el resto de derechos.

En tal sentido, afirmó el Tribunal lo siguiente: "los órganos judiciales habrán de controlar si la decisión administrativa se ha adoptado con sujeción a las previsiones legales a las que se acaba de hacer referencia, es decir, en lo esencial, si la designación se ha realizado entre las personas que el Diocesano ordinario ha propuesto para ejercer esta enseñanza y, dentro de las personas propuestas, en condiciones de igualdad y con respeto a los principios de mérito y capacidad (…) habrán de analizar también si la falta de propuesta por parte del Ordinario del lugar responde a criterios de índole religiosa o moral determinantes de la inidoneidad de la persona en cuestión para impartir la enseñanza religiosa, criterios cuya definición corresponde a las autoridades religiosas en virtud del derecho de libertad religiosa y del principio de neutralidad religiosa del Estado, o si, por el contrario, se basa en otros motivos ajenos al derecho fundamental de libertad religiosa y no amparados por el mismo"[27].

A partir de este razonamiento podemos concluir de forma adelantada dos criterios importantes:

1) Se protege toda decisión en materia de elección de profesores de religión siempre que las mismas estén fundadas en razones derivadas de la libertad religiosa.

2) Las decisiones fundadas en este derecho no pueden generar afectaciones desmesuradas o insoportables a sobre otros principios constitucionales. En breve, este tipo de actos eclesiásticos, a pesar de protegidos, son ponderables dentro de la jurisdicción constitucional.

Ello fue comprobado rápidamente con los casos de doña Resurrección Galera Navarro y José Antonio Fernández Martínez con resultados disímiles.

27 STCE Nº 38/2007 de 15 de enero de 2007. F.J. 7.

La señora Galera Navarro se desempeñaba como profesora de religión católica para el área infantil y primaria en diversos colegios a propuesta del obispo de Almería desde el año 1994. Sucedió que esta persona entabló una relación sentimental con un ciudadano alemán divorciado civilmente con quien deseó formar un matrimonio. El problema se centra en que este señor, por su estado civil, estaba impedido por derecho canónico a contraer matrimonio religioso, por lo que dicha opción no era posible. Ante tal supuesto, se presentó un dilema personal: renunciar a casarse con este señor dada su imposibilidad de contraer nupcias religiosas o casarse por lo civil bajo el riesgo cierto de perder su puesto de trabajo como docente de religión católica. Ella optó por la segunda opción.

En mayo del año 2001 le fue comunicado a la señora Galera Navarro que el despacho del obispo de Almería no la propondría para el puesto de profesora para el siguiente curso escolar debido a que contrajo matrimonio civil en septiembre de 2000 con un hombre divorciado, actitud que se considera incoherente con el dogma católico sobre el casamiento. Dicha decisión se confirmó al poco tiempo en la relación de docentes designados presentada ante el Ministerio pertinente, en el cual se hacía omisión de su nombre.

Ella decidió judicializar su caso obteniendo respuestas desestimatorias en todas las instancias judiciales. Su pedido llegó al fuero del Tribunal Constitucional, el cual fundó su fallo bajo los parámetros de la sentencia 38/2007 ya indicada. Para los magistrados no era controvertido que el matrimonio llevado a cabo por la demandante entraba en conflicto con las enseñanzas católicas[28] y que en virtud a ello la declaración de no idoneidad estaba fundada en la libertad religiosa.

28 Sostuvo lo siguiente: "resulta así que la decisión del Obispado de Almería de no proponer a la demandante como profesora de religión y moral católicas para el curso 2001/2002 responde a una razón cuya caracterización como de índole religiosa y moral no puede ser negada, la cual, a juicio de la autoridad eclesiástica, resulta determinante de su falta de idoneidad para impartir dicha enseñanza, como consecuencia de la discordancia de la conducta de la demandante de amparo con los postulados definitorios del credo religioso de la Iglesia Católica en relación con el matrimonio. Como ponen de relieve en sus alegaciones el Abogado del Estado y el Obispado de Almería, es notoria la importancia que el matrimonio tiene en la doctrina moral católica, y asimismo, desde la perspectiva del Derecho canónico, resulta que el católico que contrae matrimonio civil no da testimonio de vida cristiana, dada la inseparabilidad entre contrato y sacramento (canon 1055.2 CIC), por lo que existe en el presente caso una razón religiosa o moral en el sentido del canon 805 CIC, amparada en la libertad religiosa (art. 16.1 CE) del Obispado, como fundamento de la decisión cuestionada". STCE Nº 51/2011 de 14 de abril de 2011. F.J. 10.

Si bien lo anterior es correcto, el Tribunal profundiza su análisis al verificar las razones que justifican tal medida junto con los derechos que se afectan a razón de ella. Sostuvo que "la falta de coherencia con la doctrina católica sobre el matrimonio que le reprocha el Obispado a la demandante lo es en relación con una decisión tomada por ésta en el legítimo ejercicio de su derecho a contraer matrimonio, derecho que implica la consiguiente libertad de elección del cónyuge (elección que, dadas las circunstancias concurrentes, obligaba a acogerse necesariamente a la forma civil del matrimonio)"[29].

Lo indicado, dentro del contexto en el cual la demandante no había sido removida por la forma que en impartía el curso ni por el alarde de la condición de su marido, justificaron que el Supremo Intérprete español concluyera que "la decisión de la demandante de casarse en la forma civil legalmente prevista con la persona elegida queda así, en principio, en la esfera de su intimidad personal y familiar, de suerte que la motivación religiosa de la decisión del Obispado de Almería de no proponerla como profesora de religión para el siguiente curso escolar (por haber contraído matrimonio sin ajustarse a las normas del Derecho canónico) no justifica, por sí sola, la inidoneidad sobrevenida de la demandante para impartir la enseñanza de religión y moral católicas, pues esa decisión eclesial no puede prevalecer sobre el derecho de la demandante a elegir libremente (dentro del respeto a las reglas de orden público interno español) su estado civil y la persona con la que desea contraer matrimonio, lo que constituye una opción estrechamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana"[30]. Como podemos apreciar, el Tribunal consideró que tal decisión se mostró desproporcionada ante los efectos generados en los derechos de la demandante.

Sobre esta caso consideración que lo relevante en cuanto a intervención de derechos radica en que la evaluación de la idoneidad para enseñar religión pasa por juzgar la vida personal de las personas, es decir, cómo conducen su intimidad. Afortunadamente, el Tribunal consideró que tal acto constituía una vulneración desproporcionada ordenando su reincorporación al puesto de trabajo.

29 STCE Nº 51/2011 de 14 de abril de 2011. F.J. 11.

30 STCE Nº 51/2011 de 14 de abril de 2011. F.J. 11.

Sin embargo, tal consideración no ha sido uniforme. Un caso similar, pero con distinto resultado fue el amparo presentado por José Antonio Fernández Martínez resuelto en la sentencia 128/2007 de 6 de julio de 2007. Los hechos fueron los siguientes: este ciudadano se ordenó sacerdote en el año 1961 y en el año 1984 pidió la dispensa al sacerdocio, que le fue concedida en agosto de 1997. En mayo de 1985 contrajo matrimonio civil, del cual nacieron cinco hijos. Además el demandante de amparo es miembro activo del Movimiento Pro-celibato Opcional (MOCEOP), integrado por sacerdotes y exsacerdotes católicos.

Desde el 1 de octubre de 1991, a propuesta del Obispo de Cartagena, inició la prestación de servicios como profesor de religión y moral católicas en el Instituto de Formación Profesional de Caravaca (Murcia), continuando en los cursos sucesivos en los centros de dicha ciudad hasta el año 1995. En el curso 1996-1997 pasó a prestar servicio como profesor de religión y moral católicas en el Instituto de Mula. Sucedió en noviembre de 1996 que esta persona aparece en un reportaje gráfico para el diario *La Verdad* sobre las actividades del MOCEOP, en una foto grupal junto a su familia. Un año después, el 29 de noviembre de 1997, el Obispo notificó su no renovación como profesor de religión por el hecho de haber publicitado su pertenencia a la referida organización.

La no renovación se justificó por el haber hecho pública su participación en el MOCEOP, lo cual suponía un peligro de escándalo.

El religioso judicializó su caso dado que consideró que su pertenencia a tal colectivo era un aspecto de su vida privada que no interfiere ni ha interferido con la idoneidad de las clases de religión que venía impartiendo. Su causa llegó hasta el fuero del Tribunal Constitucional, la cual reiteró su jurisprudencia en la materia, pero consideró que esta pretensión no era amparable. Sostuvo que "la modulación producida en los derechos del demandante a la libertad religiosa, en su dimensión individual, y a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), en conexión con la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE], como consecuencia de que no fuera propuesto por el Obispado como profesor de religión y moral católicas en el curso 1997/1998, en el marco, por lo tanto, de su pretensión de continuar impartiendo la enseñanza del credo de una determinada confesión religiosa en un centro docente público, no resultan desproporcionadas ni inconstitucionalmente proscritas, en la medida en que encuentran su justificación en el respeto al lícito ejercicio del derecho fundamental de la Iglesia católica a la libertad religiosa, en su dimensión colectiva o comunitaria (art. 16.1 CE), en

relación con el derecho de los padres a la educación religiosa de sus hijos (art. 27.3 CE), dado que han sido razones exclusivamente de índole religiosa, atinentes a las normas de la confesión a la que libremente pertenece el demandante de amparo y la enseñanza de cuyo credo pretendía impartir en un centro docente público, las determinantes de que no fuera propuesto como profesor de religión y moral católicas"[31].

Es importante resaltar que la condición de casado y de padre era conocida por las autoridades eclesiásticas y por los padres de familia que llevaban a sus hijos al referido colegio. De igual forma, entre la fecha de publicación del reportaje y la no renovación sustentada en el peligro de escándalo transcurre un año, por lo que el demandante estimaba que la sentencia adolecía de irrazonabilidad.

Este caso fue elevado a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Fernández Martínez vs. Spain*) sustentando que fue vulnerado su derecho a la vida privada. Dicho fuero planteó la problemática de forma precisa: "la cuestión principal que se plantea en este caso es, por tanto, saber si el Estado estaba obligado, en el marco de sus obligaciones positivas derivadas del artículo 8 (*derecho a disfrutar una vida privada*), de hacer prevalecer el derecho del demandante al respecto a su vida privada sobre el derecho de la Iglesia católica a rechazar la renovación del contrato del demandante"[32].

En cuanto al fondo de la controversia, la sentencia no favoreció al demandante, pues esta concordó lo señalado por el Tribunal Constitucional español. Indicó que "la decisión fue tomada después de la publicación de un artículo en el diario La Verdad, donde el demandante aparecía con su esposa y cinco hijos y que relataba ciertas declaraciones de los miembros del Movimiento pro celibato opcional (…) estas personas se declaraban a favor del celibato opcional de los sacerdotes y criticaban igualmente la posición de la Iglesia en varios temas tales como el aborto, el divorcio, la sexualidad o el control de natalidad (…) ciertas particularidades que diferencian a los profesores de religión y de moral católica de los demás docentes (…) no es irrazonable exigir una obligación de lealtad acrecentada por parte de estos docentes. Cuando, como en este caso, el vínculo de confianza se rompe, el Obispo debe en aplicación de las disposiciones

31 STCE 128/2007 de 6 de julio de 2007. F.J. 11.

32 TECDH. *Fernandez Martínez vs. Spain*. F.J. 79.

del código del Derecho Canónico, dejar de proponer al candidato para el puesto"[33].

La gran diferencia entre este modelo de solución de casos y el de la *ministerial exception* radica en la resolución del fondo de la causa. Mientras que en la Corte Suprema estadounidense una vez determinada la naturaleza de la controversia se considera ello razón suficiente para no resolver el fondo, en el Tribunal Constitucional español si se examinan los hechos bajo las premisas normativas del Ordenamiento Jurídico a través de una ponderación entre derechos. Esta última opción abre la posibilidad a que se declare fundado un amparo o un pedido de indemnización.

Conclusiones

La forma en que los casos relacionados con el Estado y las iglesias se resuelven (o no) en la jurisdicción, son una consecuencia inmediata del modelo constitucional laico o aconfesional. Las divergencias entre la *ministerial exception* y las sentencias del Tribunal Constitucional español sin efectos de tradiciones históricas distintas en relación con las congregaciones.

El modelo estadounidense deriva de la separación Estado-iglesias a que estas posean inmunidad frente a la eficacia de los derechos fundamentales pudiendo discriminar amparándose en motivos religiosos. Ello, en tanto, se entiende que el control de los predicadores se confunde en sí mismo con el de las creencias, estando el Poder impedido de cualquier intervención en dicho aspecto.

El modelo de protección español, en cambio, ofrece que el caso se pueda ventilar ante un juez igualando en condiciones al justiciable y a la congregación dependiendo de la fuerza argumentativa de sus pretensiones aquella que deba ser amparada.

De la jurisprudencia vista en el presente trabajo es notorio el interés de las estructuras religiosas por controlar los actos que sus dependientes realizan tanto en ámbitos públicos como en privados. Ello en virtud a la premisa de que la función religiosa es normativa respecto a cómo obrar en espacios públicos como privados, pretende, pues, ser la ética a abrazar por los fieles. Quien tenga injerencia en el predicador, interfiriere en el criterio de valoración de lo bueno y lo malo.

33 TECDH. *Fernandez Martínez vs. Spain*. F.J. 85 y 86.

La técnica de interpretación aplicada por el Tribunal Constitucional para evaluar la afectación a Resurrección García, consideración, se revela como de gran utilidad para evaluar este tipo de casos. En efecto, todos los derechos y principios constitucionales son ponderables, debiéndose eliminar todo acto que sea desproporcionado, es decir, que genere una afectación mayor que el beneficio obtenido. Esta posibilidad de evaluación, creemos, representa la gran ventaja del modelo resolutivo de casos en España y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente al norteamericano.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. "Sobre los derechos constitucionales a protección." En: *Derechos Sociales y Ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2007

ALEXY, Robert. "Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático". En: CARBONELL, Miguel (copilador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta. 2003

BOROWSKY, *Martín. La estructura de los Derechos Fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales, elementos para una teoría general*. Lima: Palestra. 2007.

CELADOR ANGÓN, Óscar. *Estatuto jurídico de las confesiones religiosas en el Ordenamiento Jurídico estadounidense*. Madrid: Dykinson, 1998.

GÓMEZ MARTINEZ, Carlos. "Aconfesionalidad y laicidad: dos nociones ¿coincidentes, sucesivas o contrapuestas?" En: AGUIAR DE LUQUE, Luis y REQUERO IBAÑEZ, José (directores). *Estado Aconfesional y Laicidad*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009.

PECES BARBA, Gregorio. *Curso de Derechos Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.

PRIETO SANCHÍS, Luis. "El Constitucionalismo de los Derechos". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 71. Año 24. 2004.

INDICE

RODENAS, Ángeles. "En la penumbra: indeterminación", derrotabilidad y aplicación judicial de normas". En: *Doxa* Nº 24. Alicante: Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Alicante. 2001.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. "Aconfesionaldiad, laicidad y financiación de las confesiones religiosas. ¿Debe financiarse la libertad religiosa?" En: AGUIAR DE LUQUE, Luis y REQUERO IBAÑEZ, José (directores). *Estado Aconfesional y Laicidad.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009.

TAMAYO, Juan José. *Fundamentalismos y diálogo entre religiones.* Madrid: Editorial Trotta, 2004.

YLLANES SUÁREZ, Juan Pedro. "Aconfesionalidad, lacidad y ética públcia: los jueces ante el fenómeno religioso". En: AGUIAR DE LUQUE, Luis y REQUERO IBAÑEZ, José (directores). *Estado Aconfesional y Laicidad.* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009.

UNIÓN CIVIL NO MATRIMONIAL: ¿UTOPÍA O REALIDAD?

A PROPÓSITO DEL PROYECTO BRUCE

*Luis Valdivia Salazar**

1. Introducción

El Proyecto de Ley N°2647/2013 que establece la Unión Civil No Matrimonial [en adelante UCNM] para personas del mismo sexo formulado por el congresista Carlos Bruce es indudable que ha encendido el fuego del debate sobre tan controvertido tema; así su concreción en norma positiva se constituye en un laxo tránsito que precisa reflexionar: ¿utopía o realidad?

Por un lado, algunos han asumido férrea defensa a la institución del matrimonio, concubinato heterosexual[1] y familia, cuyo basamento ontológico-natural se materializa en el principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad, pero sujeto a parámetros justificados según "causes

* Profesor Asociado en la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Nacional Jorge Basadre Tacna. Miembro ADEHSUR y Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

1 AMPRIMO PLA, Natale. "Unión Civil Entre Homosexuales". *Gaceta Constitucional* Tomo N° 71. Noviembre 2013, p. 297-299.

de argumentación racional, ético-jurídico[2]" que salvaguarden valores que atañen al bien común. En esa línea, el método del escrutinio razonable desarrollado por la doctrina norteamericana a la luz del caso concreto, sería suficiente y eficaz para dilucidar la existencia de categorías sospechosas de discriminación. Aún más, el impacto de tratados supranacionales relativo a derechos humanos y jurisprudencia emanada de tribunales convencionales, deben ser interpretados "no en relación de jerarquía sino más bien una [ ] de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales[3]"; razones suficientes por lo que irremediablemente el proyecto Bruce sería inviable porque colisionaría además con los artículos 4 y 5 de la Carta Fundamental, sumado a ello que diversas encuestas aducen que el 61% de la población la rechazan, pero un considerable 33%[4] apoya dicho proyecto y un 6% no precisan.

Por otro lado, la Defensoría del Pueblo[5] infiere que los grupos minoritarios LGBTI en el Perú no tienen un marco normativo para el ejercicio, salvaguarda y concreción eficaz de sus derechos relativos a su identidad, salubridad, seguridad social, sucesión, patrimonio, pensión, gananciales, alimentos, violencia familiar, por ende, se justifica que el precitado proyecto UCNM Bruce con algunas modificaciones tienda a su regulación normativa. En esa línea abona favorable la opinión vertida por el Ministerio de Justicia en su Informe s/n-2014-JUS/DGDH propugnando su concreción normativa, por lo que desde mi modesta óptica dicho proyecto no deviene en inconstitucional y tampoco se requiere reforma constitucional explícita para su aprobación por el Congreso de la República toda vez que los artículos 1°, 2° numerales 1) y 2), artículo 3° y, 4.ª Disposición Final y Transitoria de la Carta Fundamental se constituyen en preceptos constitucionales habilitadores que viabilizan el proyecto UCNM Bruce, pues inmersos en un Estado Constitucional Democrático la vigencia efectiva de los derechos fundamentales cobran relieve y garantía referente a los derechos fundamentales de dignidad, libre desarrollo de la personalidad, igualdad ante y en la ley, ha motivado el despliegue jurisprudencial

2 La Universidad Privada San Pablo-Arequipa ha realizado un interesante aporte contenido en su Opinión Técnica N°001-2014-FD-UCSP, presentada ante el Congreso de la República el 04 de abril de 2014.

3 Íbidem. p. 14.

4 Recuperdo de: http://www.ipsos-apoyo.com.pe/sites/default/files/magenes%5Canuncios-interes/Uni%C3%B3n%20Civil.pdf

5 Defensoría del Pueblo. Informe de Adjuntía N°003-2014-DP/ADHPD.

mediante la interpretación evolutiva que expondremos más adelante y que el Tribunal Constitucional ha aplicado en diversos fallos jurisprudenciales.

2. El proyecto Bruce "Unión Civil"

El proyecto reconoce derechos civiles, patrimoniales y sucesorios a lesbianas y gays (LG) que voluntaria y libres de impedimento y transcurridos 2 años, previo cumplimiento de requisitos y sin que medie oposición, sientan su inscripción expresa por ante autoridad, denominándose Unión Civil No Matrimonial (UCNM).

Dicha UCNM crea un catálogo de derechos, deberes y obligaciones[6] entre los compañeros civilesrelativo al régimen de gananciales o separación patrimonial, salubridad, visita íntima en caso de privación de la libertad, alimentos, derecho habitación, nacionalidad, seguridad social, pensión de invalidez, jubilación, viudez y contratación[7].

Así mismo, prevé causales de disolución o nulidad del acto jurídico que de mutuo disenso o acuerdo de disolución convencional se recurren ante el alcalde o notario público competente a fin de poner fin a dicho vínculo; y además existen otras causales que para el decaimiento del vínculo civil necesariamente deberá realizarse ante el órgano jurisdiccional respectivo.

Finalmente, propugna la modificación del artículo 816 del Código Civil que atañe a la sucesión ingresando y reconociéndole al compañero civil derechos hereditarios.

3. UCNM, Constitución y Jurisprudencia

El Tribunal Constitucional Peruano, ha pregonado que "la Constitución no es solo norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica[8]". En ese sentido, no solo cabe reconocérsele su previsibilidad y sostenibilidad en el tiempo, sino también su carácter dinámico, flexible, pluralista, inclusivo y optimizado capaz de adecuarse a nuevos escenarios y problemas sociales, por ello tiene razón Hesse cuando alude que las constituciones "son textos ambiguos e inacabados".

6 Art. 4 y 5 Proyecto Bruce.

7 Dichos derechos unos de fuente constitucional y otros de fuente legal forman parte de los denominados derechos civiles.

8 STC N°020-2005-PI/TC, fundamento jurídico 19.

INDICE

En esa línea argumentativa, la doctrina constitucional ha sido coherente en sostener que el freno de los derechos constitucionales son las leyes (reglas) que en tanto y en cuanto sean satisfactoriamente ponderadas con las normas constitucionales, puede delimitarse el ejercicio de un derecho, pero sin vaciarlo en su contenido.

En el caso que nos ocupa, de concretarse en ley la UCNM no trastoca el marco constitucional, pues como adujimos la propia Carta Fundamental ha previsto normas habilitadoras (artículos 1°, 2° numerales 1 y 2, artículo 3°, 4.ª DFT), que posibilitan su viabilidad. Aún más, tampoco desfigura ni caricaturiza las instituciones del matrimonio heterosexual ni el concubinato (Artículos 4° y 5° Constitución), pues dichas instituciones cuyo basamento normativo se esgrimen en el derecho de familia previsto en el Código Civil en la actualidad el Tribunal Constitucional vía el principio de interpretación evolutiva ha extendido y reinterpretado sus alcances ¡¡sin que medie ninguna reforma legal!!, otorgando protección constitucional y jurídica a los matrimonios ensamblados y reconstruidos[9], y el concubinato heterosexual puro[10] (cuando los concubinos no son casados y tienen libertad de casarse), o el concubinato impropio adulterino (aquellas parejas que no podrían contraer nupcias debido a que uno de ellos o los dos tiene ya un

9 STC N° 09332-2006-PA/TC. [Caso Reynaldo Shols Pérez]. Se reconoce por primera vez nuevos tipos o estructuras familiares: familias "ensambladas" [las familias ensambladas se define como la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa. Por su propia configuración estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática diferente, que tiene diferentes aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida] o "reconstruidas", diciendo que no hay razón para hacer diferenciaciones respecto de los derechos de los miembros de estas familias. En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el nomen iuris de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como "la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa".[4] [3] DOMÍNGUEZ, Andrés Gil, et ál. Derecho constitucional de familia. 1.a ed. Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 183. [lo resaltado y subrayado es nuestro].

10 STC N°06572-2006-PA/TC [Caso Janet Rosas Domínguez: derechos de los concubinos].

vínculo matrimonial con tercera persona, o se encuentran impedidos de casarse por cualquier otra causal).

Así, estos nuevos modelos de familia y el pregonado en el Proyecto Bruce, sin duda más temprano que tarde cabe afrontar, y el derecho constitucional no puede ser ajeno a ello, pues ya en la región latinoamericana la UCNM se ha reconocido legalmente en Colombia, Ecuador, México; y el matrimonio entre personas del mismo sexo han proliferado en Argentina, Uruguay, Brasil, Estados Unidos y gran parte de la Unión Europea.

Últimamente en Chile, bajo la nomenclatura de Acuerdo de Vida en Pareja (AVP) el Senado aprobó la mentada posibilidad, estando aún pendiente en la cámara de diputados su discusión respectiva.

Un caso emblemático y que tuvo impacto en Europa, fue sin duda la aplicación del principio de interpretación evolutiva, con cuyo basamento el Tribunal Constitucional español en su sentencia 198/2012 de 06 de noviembre 2012, declaró constitucional la modificación del Código Civil español que equipara el matrimonio heterosexual con el homo afectivo sin mediar ninguna reforma constitucional sobre dicha institución. En efecto, el profesor español Fernando Rey Martínez[11] ha explicitado que la interpretación evolutiva es un mecanismo de interpretación constitucional válido que es factible introducir vía jurisprudencial a la luz del caso concreto y, aunque manifiesta su conformidad con dicha sentencia deja entrever crítica sobre los estamentos que comprende la denominada cultura jurídica y que se traduce en: a) La aplicación del derecho comparado y existencia de tratados supranacionales. No cabe duda que desde el año 1900 el maestro Raymond Saleilles propugnó el estudio del derecho comparado sujeto a un propio método jurídico, el desarrollo de la doctrina, interpretación y en particular de la jurisprudencia que ha desplegado en dinamicidad a lo que hoy se conoce como el fenómeno de la universalización del derecho. A la par, la positivización de elementales derechos fundamentales han propiciado una frondosa normativa en pactos supranacionales, intérpretes y el activismo de los tribunales convencionales que en el tiempo han acentuado la ponderada aplicación de dos elementales principios que sirven de basamento para solucionar colisiones entre ordenamientos internos y

11 REY MARTINEZ, Fernando. *La sentencia del Tribunal Constitucional Español sobre el matrimonio homosexual*. ¿Un ejemplo válido de interpretación evolutiva? IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Libro de Ponencias. Editorial Adrus, Abril 2013. pp. 171 - 176.

externos y que se conocen como el principio del efecto directo[12] –primacía del Tratado o Sentencia supranacional sobre el derecho interno– y el principio de subsidiaridad[13]. Por ello, existen un mínimo catálogo de derechos irreductibles -identidad, sucesión, patrimonio, alimentos, seguridad social, pensión, gananciales, violencia familiar- que prevé el Proyecto UCNM Bruce que tiendan a su positivización normativa, y en tanto y en cuanto aún no se concrete, perfectamente previo proceso constitucional de amparo puede propenderse a su exigibilidad progresiva; b). El despliegue de la jurisprudencia que desarrollan dichos tribunales extraterritoriales, cuyos fallos amplifican y extienden la gama de derechos sexuales de las minorías, en ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo y *Niñas vs. Chile*[14] y la Comisión Interamericana Caso *Martha Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia* N° 11.656[15], Caso *Homero*

12 Caso *Van Gees & Loos,* Simenthal. López Ostra. Ver Los Tribunales Europeos u Organismos Análogos en la encrucijada: LA SUPREMACÍA DEL DERECHO SUPRANACIONAL. PERALTA FRANZIS, Saulo. Revista *Epísteme 2008.* Universidad Nacional de San Marcos, pp. 127 y ss.

13 Casos Solange I y Solange II en Alemania. Se ha previsto vía jurisprudencia que si el tratado no protege con igual o más intensidad el derecho fundamental previsto en el ordenamiento interno, y esto último si lo hace, se aplica el principio de subsidiaridad, es decir, la prevalencia del derecho interno frente al tratado en materia de derecho humanos.

14 Caso *Atala Riffio y niñas vs. Chile,* Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct.H.R. (ser. C) N°239 (24 de febrero 2012). El 29 de marzo de 1999, la señora Karen Atala contrajo matrimonio con Ricardo Jaime López Allendes, producto del cual nacieron las niñas M, V y R [1994, 1998, 1999]. En marzo de 2002, ambos decidieron separarse de hecho, acordando que la Sra. Atala mantendría la tuición y cuidado de las niñas con un régimen de visita semanal a la casa de su padre. En noviembre de 2002, la señora Emma de Ramón, pareja de la señora Atala, empezó a vivir con ella y sus cuatro hijos [el mayor de un primer matrimonio y las tres niñas concebidas con el señor López]. El señor López enterado de esa relación lésbica, interpone demanda de tuición y que en última instancia la Corte Suprema de Justicia de Chile, dispone la tuición definitiva de sus tres hijas, excluyendo a la señora Atala. Recurre a la CIDH y en su fallo sienta por primera vez jurisprudencia en un caso típico de discriminación por orientación sexual favorable a la señora Atala.

15 SANTOS LOYOLA, Carlos. *La protección de la orientación sexual en el Derecho Internacional de los derechos humanos.* "Una mujer que cumplía sentencia de primera instancia en un centro penitenciario solicita, a través de la Defensoría del Pueblo el derecho a la visita íntima que le correspondía como interna para recibir a su compañera de vida. El Estado justificó su negativa en razones de seguridad, disciplina y moralidad en las instituciones penitenciarias, en razones arraigadas en la cultura latinoamericana poco tolerante de las prácticas homosexuales. A

Flor Freire contra Ecuador[16], fundamentan la necesidad de cobertura legal a fin de no excluir a dichos grupos minoritarios; c) Encuestas; y, finalmente, d) la doctrina científica, aunque divergente sobre el tema, consideramos viable dicho proyecto de ley.

Finalmente, se ha planteado una tesis intermedia denominada "Unión Solidaria" que atañe aspectos de orden patrimonial, representación u otros sin importar el sexo o género; por lo que ambos, se encuentran pendiente de debate en el Congreso de la República.

4. A modo de conclusión

a. El Proyecto Bruce Unión Civil No Matrimonial [UCNM] tiende al reconocimiento legal de derechos civiles, patrimoniales y sucesorios entre personas del mismo sexo LG; sin embargo, excluye a otras comunidades minoritarias transexuales, bisexuales e intersexuales TBI que deben agregarse.

b. El Proyecto Bruce UCNM, no requiere reforma previa de la Constitución, sino que es suficiente su explicitación mediante ley.

c. La patria potestad y adopción de niños o adolescentes por parejas sujetas a la UCNM, es un tema que deben resolver los jueces conforme al ordenamiento jurídico a la luz del caso concreto.

d. La aplicación del principio de interpretación evolutiva se constituye en un remedio que vía el amparo puede promoverse de parte

través del Informe N°71/99 la Comisión admitió el análisis de fondo del artículo 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos". *Gaceta Constitucional,* Tomo 71, noviembre 2013, pp. 286.

16 En el caso de Homero Flor Freire contra Ecuador, a dicho señor Flor Freire, oficial de la policía militar, se le inició un procedimiento administrativo de investigación por la presunta comisión de la falta disciplinaria de "mala conducta profesional", basado en testimonio de varias personas que alegaron haberlo visto en conducta homosexual en los dormitorios de una habitación militar, hechos negados por el afectado. Se denunció que durante el procedimiento el señor Flor no habría contado con oportunidad de presenciar las declaraciones de los testigos en su contra ni de interrogarlos; la vulneración a la igualdad se debía a la sanción y el tratamiento distinto dado a las relaciones sexuales heterosexuales y homosexuales al interior de un establecimiento militar. La Comisión declaró admisible la violación a los derechos a las garantías judiciales [art. 8.1], igualdad ante la ley [art. 24] y protección judicial [art. 25] consagrados en la Convención Americana.

INDICE

de dichas menorías sexuales, siempre que el menoscabo sea real, concreto e ineludible.

e. Se apertura el debate en universidades y diversos foros con el fin de propender que esa utopía, progresivamente se haga realidad para aquellos grupos sexuales minoritarios, pues parafraseando a Raudruch "el derecho extremadamente injusto no es derecho".

Tacna, octubre de 2014

Ponencias del
V CONGRESO NACIONAL
DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de:

J C Impresión y Color S.A.C.
Jorge Chávez 1685-Breña
Cel. 9754-63407

en el mes de octubre de 2014